

**Organizadores:**

Cristhian Magnus De Marco  
Magda Cristiane Detsch da Silva

# Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2018

**editora**  
**unoesc**

© 2019 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, Gilvana Toniélo

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 2018 / organizadores Crithian  
Magnus De Marco, Magda Cristiane Detsch da Silva. –  
Joaçaba: Editora Unoesc, 2018.  
982 p. – (Série Diálogos sobre Direito e Justiça, v. 4)

ISBN: 978-85-8422-201-8 (volume 4)

Modo de acesso: World Wide Web

1. Direito. 2. Justiça. I. De Marco, Crithian Magnus.  
II. Silva, Magda Cristiane Detsch da. III. Título. 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 Fátima 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)EFICÁCIA DO PROGRAMA APOIA NO COMBATE À INFREQUÊNCIA E À EVASÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA/SC..... 11

Natália Cristina Pastre, Aristides Cimadon

A DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO NOS PROCESSOS DE INVENTÁRIO E SUAS PROBLEMÁTICAS..... 45

Karolyne Savariz da Silva, Magda Cristiane Detsch

A EFETIVA PUNIÇÃO COMO MEIO DE PREVENÇÃO DOS DELITOS: UM ESTUDO SOBRE A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS ..... 79

Matheus Alves Vidal, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

A INSERÇÃO DOS ADOLESCENTES ADVINDOS DE ABRIGOS NA SOCIEDADE E NO MERCADO DE TRABALHO ..... 111

Stefanie Pinho Huber, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

A NECESSIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA ENQUANTO GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À ISONOMIA ..... 141

Murilo Eduardo Vincenzo Turcatel, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

A ORTOTANÁSIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA E DA DIGNIDADE HUMANA..... 171

Jaqueline Marmitt, Roni Edson Fabro

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS CASOS DE APLICAÇÃO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	195
Brayan Mauri da Silva, Jorge Eduardo Hoffmann	
A VAQUEJADA E OS DIREITOS DOS SERES VIVOS.....	231
Dauana Fracaro, Cristhian Magnus De Marco	
ABORTO EUGÊNICO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA, UMA ANALOGIA À JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	261
Giordana Bittencourt Brezolin, Rafaella Zanatta Caon Kravetz	
ADOÇÃO TARDIA E A ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	285
Jeferson Ribeiro, Roni Edson Fabro	
ANÁLISE PSICOLÓGICA NA EXECUÇÃO PENAL: A IMPORTÂNCIA DO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO DOS APENADOS .....	311
Giovana Zanatto Mitterer, Mauricio Eing	
AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CPC COM A SISTEMÁTICA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL .....	337
Gabriel Filipe De Lima Zenaro, Leonardo Sanguanini	
CIDADE RESILIENTE: AS POLÍTICAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE JOAÇABA VOLTADAS À RESILIÊNCIA E À SUSTENTABILIDADE	373
Inês Maria Picoli, Cristhian Magnus De Marco	
CONDUÇÃO COERCITIVA: DA APLICABILIDADE E POSSÍVEL VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	409
Alana Rizzi, Rafaella Zanatta Caon Kravetz	
DANOS MATERIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO PAGAMENTO DA PENSÃO VITALÍCIA.....	441
Diana Aparecida Gotardo	
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE PACIENTES TERMINAIS ONCOLÓGICOS À VISTA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DIREITO À MORTE DIGNA.....	473
Jéssica Galvão Kuczmainski, Mauricio Eing	

INCONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....	503
Simão Schmith, Roni Edson Fabro	
INEFICÁCIA DO CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ABERTO: A OMISSÃO ESTATAL EM RELAÇÃO ÀS CASAS DO ALBERGADO ...	535
Diego Willy Knevels, Rafaella Zanatta Caon Kravetz	
INFLAÇÃO LEGISLATIVA: (IN)VALIDADE E (IN)EFICÁCIA NORMATIVA.....	565
Frederico Davi Becker, Leonardo Sanguanini	
JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL .....	593
Carla Vogt, Rafaella Zanatta Caon Kravetz	
LEI DO FEMINICÍDIO: A NOVA FORMA DE COMPREENDER O HOMICÍDIO PASSIONAL.....	621
Julia Schneider Mayer, Rafaella Zanatta Caon Kravetz	
O ACESSO À JUSTIÇA PELOS HIPOSSUFICIENTES ECONOMICAMENTE COMO GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	653
Patricia Schmitz, Rafaella Zanatta Caon Kravetz	
O DIREITO À ALTERAÇÃO DO NOME SEM A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.....	685
Alana Lemos, Roni Edson Fabro	
O DIREITO À POSSE E AO PORTE DE ARMA DE FOGO COMO PRINCÍPIO BASILAR DE MANUTENÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA.....	711
Maurício Hackbart, Roni Edson Fabro	
O JUIZADO ESPECIAL NO DIREITO PENAL: O CONSENSO COMO ALTERNATIVA DA JURISDIÇÃO .....	751
Letícia Miotto, Mauricio Eing	
RESPONSABILIDADE CIVIL PELA EXPOSIÇÃO DA IMAGEM À LUZ DAS NOVAS TECNOLOGIAS .....	787
Joice Dondel, Cristhian Magnus De Marco	

TRÁFICO PRIVILEGIADO DE ENTORPECENTES E SUA  
DESCARACTERIZAÇÃO DE HEDIONDEZ: PARÂMETROS PARA  
EXECUÇÃO DA PENA ADOTADOS NO ESTADO DE SANTA  
CATARINA..... 825  
Cristine Santiago Ghizoni, Mauricio Eing

TRIBUNAL DO JÚRI: CRITÉRIO DE ESCOLHA DOS JURADOS  
PARA COMPOR O CONSELHO DE SENTENÇA E MUDANÇAS  
NECESSÁRIAS PARA ATINGIR A FINALIDADE DA INSTITUIÇÃO ..... 863  
Ioná Larissa Ribeiro, Maurício Eing

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

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FRENTE À RELATIVIZAÇÃO  
DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ..... 899  
Mayara Smaniotto, Alessandra Franke Steffens

IDENTIDADES PRECARIZADAS E TRABALHO: INTERLOCUÇÕES  
CONJUNTURAS ..... 937  
Rodrigo Espíuca dos Anjos Siqueira, Thaís Janaina Wenczenovicz

IDENTIDADES COLETIVAS E RESISTÊNCIA: COLONIALIDADE E  
SUBALTERNIDADE A MULHER INDÍGENA..... 961  
Thaís Janaina Wenczenovicz

## 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)EFICÁCIA DO PROGRAMA APOIA NO COMBATE À INFREQUÊNCIA E À EVASÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA/SC

“Se a educação sozinha não pode transformar a sociedade, tampouco sem ela a sociedade muda.” (Paulo Freire)

Natália Cristina Pastre<sup>1</sup>  
Aristides Cimadon<sup>2</sup>

**Resumo:** Neste artigo, objetivou-se verificar a efetividade do direito fundamental social à educação no município de Concórdia/SC, sobretudo por meio da análise dos dados fornecidos pelo Centro de Apoio da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina, acerca da eficácia do Programa APOIA<sup>3</sup> no combate à infrequência e à evasão escolar. Dados referentes aos índices de evasão escolar no país também são apresentados e demonstram índices preocupantes sobre o tema, ressaltando a necessidade de desenvolver políticas públicas, programas e ferramentas que proporcionem o acesso à educação, a permanência e a conclusão da Educação Básica. Pesquisas colocam o Brasil entre os países com maior índice de abandono escolar no mundo. As causas da evasão escolar dizem respeito a fatores internos e externos, possibilitando assim uma perpetuação do problema social. O APOIA por vezes mostra-se insuficiente no combate à infrequência e à evasão escolar, haja vista a existência de falhas pontuais em sua aplicação. Em contrapartida, também se percebeu a constante busca pelo APOIA ideal, por meio do desenvolvimento de ações e projetos com o intuito de suprir lacunas e aperfeiçoar o programa. O direito à educação deve primar pelo pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; natalia\_cpastre@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Reitor da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas.

<sup>3</sup> O APOIA – Programa de Combate à Evasão Escolar foi instituído pelo Ministério Público de Santa Catarina no ano de 2001, com o objetivo de garantir a permanência de crianças e adolescentes nas escolas e incentivar a conclusão da Educação Básica.

e sua qualificação para o trabalho, razões pelas quais esse direito é substancial em uma sociedade.

**Palavras-chave:** Direito fundamental social. Educação. Infrequência escolar. Evasão escolar.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo demonstra a (in)eficácia do Programa APOIA no município de Concórdia. Desenvolvido pelo Ministério Público de Santa Catarina no ano de 2001, o APOIA - Programa de Combate à Evasão Escolar - tem por desígnio garantir a permanência de crianças e adolescentes nas escolas e incentivar a conclusão da Educação Básica. Atualmente, o APOIA abrange escolas municipais, estaduais, públicas e privadas da rede de ensino.

O Programa APOIA foi lançado oficialmente em Florianópolis, em 13 de março de 2001. Na época, o público alvo eram crianças e adolescentes de 7 a 18 anos de idade. A meta estipulada inicialmente era “reduzir em 25%, anualmente, o percentual de crianças e adolescentes evadidos, de tal sorte que, ao final do ano de 2004, a evasão estivesse reduzida para patamares ocorrentes nos países desenvolvidos.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, 2001, p. 7).

Após ser oficialmente apresentado na capital do Estado, foram realizados lançamentos regionais com a presença de representantes do Conselho Tutelar, Secretário da Educação, Coordenador Regional da Educação e Promotor de Justiça da Infância, oportunidade em que se assinou termo de compromisso e cooperação entre as autoridades e o Ministério Público. O Tribunal de Justiça, a Procuradoria Geral de Justiça e a Secretaria de Estado de Educação são os principais parceiros do Programa, sendo inclusive responsáveis pelo subsídio financeiro do Programa.

O presente estudo perpassa uma análise do direito à educação desde sua presença originária na legislação. Ainda, por meio de dados encontrados em estudos e pesquisas anteriores, é feita uma análise da educação brasileira

e da evasão escolar no país. A intenção principal é compreender se o APOIA é eficaz e se favorece o direito à educação. Refletir, mesmo que indiretamente, sobre os impasses encontrados no cotidiano escolar, especialmente aqueles vinculados aos motivos da infrequência e da evasão.

Para tanto, será abordada na seção 2, a garantia do direito fundamental à educação formal, que trata da educação como um bem público. Na seção 3, destacam-se aspectos da evasão escolar no Brasil, em Santa Catarina e em Concórdia e, na seção 4, é analisada a (in)eficácia do Programa APOIA no combate à infrequência e a evasão escolar no município de Concórdia, essencialmente por meio da análise dos dados fornecidos pelo Centro de Apoio da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina.

No curso deste trabalho, fica evidente a importância da educação no desenvolvimento de uma sociedade justa. Além disso, demonstra-se a imprescindibilidade do direito fundamental social à educação para que os demais direitos fundamentais sejam efetivados. A escola precisa cumprir com sua função social, trabalhar com o conhecimento científico e priorizar o exercício da cidadania, por isso, mecanismos como o APOIA revelam-se aliados na promoção da permanência da criança e do adolescente nos bancos escolares e, desta forma, garantem o direito efetivo à educação, bem como contribuem com o protagonismo juvenil, imperioso para o exercício dos demais direitos fundamentais sociais.

## **2 A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO FORMAL**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 22, dispõe que todo ser humano tem direito à realização dos direitos sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Sob estes pressupostos, a Constituição Federal de 1988,

nomeou a dignidade da pessoa humana como premissa máxima, prevista em seu artigo 1º, inciso III. Sobre a dignidade da pessoa humana:

Trata-se da afirmação da posição especial da pessoa humana no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação (pela palavra, pela arte, por gestos, pelo olhar ou por expressões fisionômicas) são atributos únicos que servem para dar-lhes essa condição singular. Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. (BARROSO, 2013, p. 199).

O princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado ao desenvolvimento humano. O Human Development Report<sup>4</sup> 2016 (p. III e 169), publicado pelo United Nations Development Programme,<sup>5</sup> esclarece:

*Human development is all about human freedoms: freedom to realize the full potential of every human life, not just of a few, nor of most, but of all lives in every corner of the world – now and in the future [...] From a human development perspective, we want a world where all human beings have the freedom to realize their full potential in life so they can attain what they value. This is what human development is all about – universalism, leaving no one behind. Universal human development must enable all people – regardless of their age, citizenship, religion, ethnicity, gender, sexual orientation or any other identity – to expand their capabilities fully and put those capabilities to use.<sup>6</sup>*

<sup>4</sup> Relatório de Desenvolvimento Humano.

<sup>5</sup> Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

<sup>6</sup> O desenvolvimento humano consiste nas liberdades humanas: liberdade de realizar todo o potencial de toda vida humana, não apenas de poucos, nem da maioria, mas de todas as vidas em todos os cantos do mundo – agora e no futuro [...] Do ponto de vista do desenvolvimento humano, nós queremos um mundo onde todos os seres humanos tenham a liberdade de

Assim, entende-se que o Estado deve primar pela autonomia e evolução pessoal de cada indivíduo, a fim de que seja assegurada a condição de existência digna de cada um. Perante essa perspectiva, considera-se que as crianças e jovens, para que obtenham a dignidade conferida a eles pelo ordenamento jurídico, só poderão alcançá-la por meio do acesso à educação.

Neste sentido, Carneiro (2012, p. 274) conceitua de forma perspicaz a educação como:

**Um bem público e, mais do que isto, um direito humano fundamental.** Em decorrência, **aos estados cabe respeitar, promover, proteger, avaliar e ajustar**, permanentemente, **políticas que assegurem a igualdade de oportunidades no acesso e na permanência, com êxito, na escola**, de todos os seus cidadãos. (grifo nosso).

O legislador brasileiro inseriu o direito à educação no rol de direitos fundamentais sociais, os quais são resguardados sob uma proibição de intervenção e uma premissa de proteção. O direito fundamental social à educação está elencado no artigo 6º da Constituição Federal e possui respaldo nos artigos 205 e 225 do mesmo diploma legal:

**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.**

**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**

---

realizar todo o seu potencial na vida, para que possam alcançar o que valorizam. É disso que se trata o desenvolvimento humano – universalismo, não deixando ninguém para trás. O desenvolvimento humano universal deve permitir que todas as pessoas – independente de sua idade, cidadania, religião, etnia, gênero, orientação sexual ou qualquer outra identidade – expandam e usem suas capacidades por completo. (tradução nossa).

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também institui, em seu artigo 53, o direito à educação, a fim de garantir o acesso e a permanência na escola e reiterar seus objetivos primários, quais sejam: o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Assim, demonstra-se a importância conferida pelo legislador à educação perante a sociedade, sempre visando à formação cidadã.

Bernardes e Ferreira (2012) explanam acerca do direito à educação:

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. Considerado um direito fundamental subjetivo, o direito à educação é o direito à formação intelectual por meio da construção crítica e participativa do conhecimento, para orientação de uma existência digna, autônoma e em liberdade.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96) elenca em seus princípios, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Ainda, estabelece que os municípios e os estados da federação, em colaboração com a União, deverão zelar pela frequência escolar dos educandos, bem como assegurar o acesso ao ensino obrigatório.

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

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

[...]

Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental 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.

**§1º Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União:**

I – recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II – fazer-lhes a chamada pública;

**III – zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.**

§2º Em todas as esferas administrativas, o **Poder Público assegurará** em primeiro lugar, **o acesso ao ensino obrigatório**, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais. (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Para Carneiro (2012, p. 275), o direito à educação está alicerçado nos princípios da obrigatoriedade, gratuidade, não discriminação e qualidade de acesso e permanência com sucesso na escola. Nesse sentido, igualdade de condições para o acesso e terminalidade da educação básica é direito de todos. Cabe ao Poder Público o dever de zelar pela frequência, em conjunto com os pais ou responsáveis legais. Destaca-se também a seriedade do acompanhamento e fiscalização, conforme prerrogativas legais, para fortalecer ações que incentivem o desenvolvimento intelectual, social e humano dos indivíduos.

Segundo Mendes (2014, p. 675), a Constituição Federal, a respeito do direito à educação:

Estabeleceu uma série de princípios norteadores da atividade do Estado com vistas a efetivar esse direito, tais como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, assim como o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e autonomia universitária. Dispôs, ainda, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão organizar seus sistemas de ensino em regime de colaboração.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 59/2009, que propõe o aumento da obrigatoriedade da oferta da Educação Básica dos 4 aos 17 anos de idade, o desafio da universalização do ensino nesta faixa etária integra as 20 Metas do Plano Nacional de Educação (PNE) proposto pelo Ministério da Educação (MEC). Na Lei 13.005/14, além das 20 metas, são propostas 254 estratégias para melhorar a qualidade educacional do país.<sup>7</sup> O período de vigência é até 2024 e as metas são compartilhadas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A participação dos diferentes segmentos da sociedade é fator relevante, pois agrega o compromisso e a corresponsabilidade para atingir as metas. É imprescindível também, um trabalho em conjunto (família, educadores, educandos, gestores e órgãos competentes), já que a democratização inicia no interior da escola, e nela é possível encontrar diferentes alternativas para implementar políticas públicas que obtenham êxito no ensino. Portanto, para zelar pelo direito à educação é imperioso prover meios para efetivá-lo.

De outro lado, os genitores têm a obrigação de matricular seus filhos na rede regular de ensino, consoante disposição do artigo 55 da Lei nº 8.069/90. Além disso, é dever dos pais fiscalizar a frequência escolar de seus filhos, conforme estabelecido no artigo 229 da Constituição: “Art. 229. Os **pais** têm o **dever** de assistir, criar e **educar** os **filhos menores**, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Assim, é incontestável a obrigação constitucional e legal dos pais de incentivar e promover a correta educação dos filhos, devendo valer-se do poder familiar a eles instituído.

Sob a perspectiva de Mészáros (2008, p. 12), “a educação deve ser sempre continuada, permanente, ou não é educação [...] a educação libertadora

---

<sup>7</sup> <http://pne.mec.gov.br/2-uncategorised?start=8>

teria como função transformar o trabalhador em um agente político, que pensa, que age, e que usa a palavra como arma para transformar o mundo.”

Portanto, é notório que a educação é fator basilar para a formação humana e que os pressupostos de acesso, permanência e terminalidade da Educação Básica favorecem a formação integral da criança e do adolescente, possibilitando o exercício da cidadania, bem como a efetivação dos demais direitos fundamentais sociais, nos diferentes espaços de convivência.

### **3 ASPECTOS DESTACADOS DA EVASÃO ESCOLAR**

A ação educativa tem significado se favorecer a formação cidadã dos estudantes. Nesse sentido, a escola precisa incluir – o que pressupõe a frequência escolar como critério para o acesso ao conhecimento. Assim, a escola estará cumprindo com sua função social se modificar a visão de que fatores externos são mais importantes que estudar. Respeitar as diferenças dos educandos e valorizar sua cultura é fundamental para não gerar conflitos e exclusão.

Para Carneiro (2012, p. 274), “o sucesso da aprendizagem significa não apenas garantir, ao aluno, um rendimento escolar compatível com o que se espera, mas, extensivamente, que adquira todas as competências cognitivas e culturais para continuar estudando ao longo da vida.” A educação, sob esta ótica, transcende as premissas básicas estipuladas pela visão cultural que há séculos se estende no sentido de que a educação é simplesmente a frequência, ou então, a frequência esporádica, e a simples conclusão do ensino básico.

Entende-se que o pleno desenvolvimento da educação, na forma de um processo de ensino-aprendizagem efetivo, deva ser capaz de prover meios para a educação continuada e, assim, garantir qualificação pessoal e profissional. Uma educação de qualidade é reflexo de uma sociedade apta à efetivação de direitos, onde oportunidades se apresentam para todos e o bem comum impera.

Para Mendes (2014, p. 675), o direito à educação “tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos.” Reitera-se que a concretização dos direitos constitucionais perpassa pelo direito à educação e que as condições de cidadania iniciam pelo acesso ao conhecimento. Promover ações que sejam capazes de conferir aos indivíduos independência e consciência social proporciona a toda uma sociedade a possibilidade de mudanças positivas.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD (2018) define o desenvolvimento como: “Um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser [...] a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades.”

Consoante dados divulgados pelo PNUD (2018), o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) brasileiro referente ao ano de 2017 é de 0,759, índice este que faz com que o Brasil ocupe a 79ª posição dentre as 189 economias analisadas. O Índice de Desenvolvimento Humano é definido por Mota [2018] como um exame cuja finalidade é aferir o grau de desenvolvimento daquela sociedade avaliada, por meio da análise dos índices de educação, saúde e renda. Acerca do indicador educação utilizado para determinar o Índice de Desenvolvimento Humano de cada país, Mota [2018] elucida:

Refere-se à quantidade média de anos de estudo de uma população. Entende-se que, quanto maior for o tempo de permanência de uma população na escola, melhores serão as chances de desenvolvimento para esse país. Por outro lado, mostra ainda o comprometimento dos gestores com o futuro de sua nação, na medida em que esse indicador reflete-se diretamente no desenvolvimento das futuras gerações. Assim, as políticas de Estado para matricular todas as crianças e adolescentes nas escolas e diminuir as taxas de evasão e repetência, por exemplo, visam à melhora da posição do país nesse tipo de indicador.

Além da melhoria dos indicadores, a qualidade educacional possibilita o desenvolvimento de um povo. O conhecimento é um bem social que oportuniza ao sujeito sua humanização através de relações e interações socioculturais. A prática educativa crítica possibilita ao educando assumir-se como ser pensante e ativo diante da sociedade. Sob este aspecto, despertar o sujeito para a existência cidadã ainda na primeira infância pode contribuir com a diminuição dos índices de infrequência e evasão escolar.

### 3.1 A EVASÃO ESCOLAR NO BRASIL

A evasão escolar pode ser definida como “a situação do aluno que abandonou a escola ou reprovou em determinado ano letivo, e que no ano seguinte não efetuou a matrícula para dar continuidade aos estudos” (QEdu Academia [2017]). A frequência escolar, premissa básica para uma educação efetiva, refere-se ao comparecimento da criança ou adolescente nas atividades educativas da unidade escolar. De acordo com o artigo 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996):

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

[...]

VI – o controle de frequência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a frequência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação;

Além da frequência escolar, que é fator primordial para o aprendizado e a efetivação do direito à educação, o aproveitamento escolar está atrelado a:

- a) avaliação contínua e cumulativa do desempenho do aluno, com prevalência dos aspectos qualitativos

- sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período sobre os de eventuais provas finais;
- b) possibilidade de aceleração de estudos para alunos com atraso escolar;
  - c) possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado;
  - d) aproveitamento de estudos concluídos com êxito;
  - e) obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos; (BRASIL, 1996).

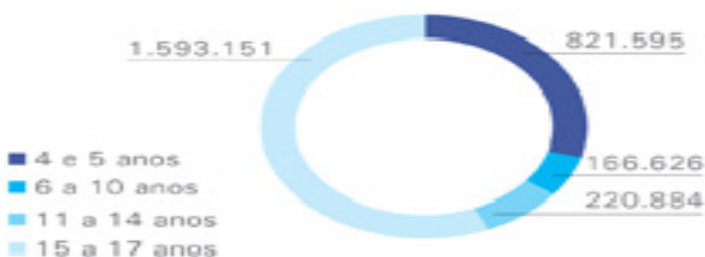
De acordo com análises realizadas pela UNICEF, 2,8 milhões de alunos em idade escolar obrigatória (de 4 a 17 anos) estavam fora dos bancos escolares no Brasil em 2015. O mesmo estudo apresenta a análise de idades dos alunos evadidos e da condição econômica das residências dos menores, quais sejam:

Gráfico 1 – Divisão por idade dos alunos brasileiros fora da escola

### FORA DA ESCOLA

**2,8 milhões** de crianças e adolescentes de 4 a 17 anos estão fora da escola.

**53%** vivem em domicílios com renda per capita de apenas  $\frac{1}{2}$  salário mínimo ou menos.



Fonte: UNICEF ([2017]).

Segundo estudo realizado pelo Ensino Superior em Negócios, Direito e Engenharia (Insper), divulgado em 17 de outubro de 2017, a cada ano, quase

3 milhões de jovens abandonam a escola no Brasil. Ainda, a pesquisa revela que mais da metade das nações possuem um número menor de jovens fora dos bancos escolares do que o Brasil. Os dados brasileiros acerca da evasão escolar são alarmantes e confirmam a necessidade iminente de realização de ações com o desígnio de manter crianças e adolescentes frequentando os bancos escolares, a fim de lhes assegurar o direito à educação. Acerca do tema e da realidade brasileira:

A evasão e o abandono escolar caracterizam uma das fraquezas do sistema educacional brasileiro. Na busca por uma solução efetiva, o tema tem sido alvo de políticas educacionais confusas e que não se sustentam por muito tempo, e isso se faz sentir na falta de identidade do ensino [...] faz-se necessária uma mudança que não seja uma simples adaptação passiva, mas que busque encontrar um lugar próprio de construção de algo novo, permitindo a expansão das potencialidades humanas e a emancipação do coletivo, com olhar em todas as direções e dimensões – histórica, cognitiva, social, afetiva e cultural. (SILVA FILHO; ARAÚJO, 2017, p. 45).

Percebe-se que a evasão e o abandono escolar são problemas que ferem o direito à educação e, por ora, as políticas educacionais demonstram-se ineficientes. Para garantir o direito à educação, são necessárias ações que priorizem a formação integral da criança e do adolescente, superando meras medidas paliativas. Nos últimos anos, também, a BNCC - Base Nacional Comum Curricular - tem estado em debate com intuito de oferecer um ensino de qualidade e que supere a fragmentação das políticas públicas voltadas para a educação, salvaguardando os direitos de aprendizagem e pleno desenvolvimento dos educandos.

### 3.2 A EVASÃO ESCOLAR EM SANTA CATARINA

O IDEB (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica) de 2017 demonstra que o ensino médio da rede estadual do Estado de Santa Catarina obteve a nota de 3,6 no índice. Apesar de ter apresentado um crescimento em relação ao indicador anterior (nota 3,4 em 2015), não atingiu a meta para o ano, que seria 4,8.<sup>8</sup>

A Qedu Academia [2017] esclarece o conceito, finalidade e a forma que as taxas de rendimento são determinadas:

As taxas de rendimento escolar de cada instituição são geradas a partir da soma da quantidade de alunos aprovados, reprovados e que abandonaram a escola ao final de um ano letivo. Elas são importantes porque geram o Indicador de Rendimento, utilizado no cálculo do Ideb. Para calcular as taxas de aprovação, reprovação e abandono, o Inep se baseia em informações sobre o movimento e o rendimento escolar dos alunos, fornecidas pelas escolas e pelas redes de ensino municipais, estaduais e federais.

Conforme indicadores divulgados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), as taxas de rendimento do Estado de Santa Catarina, são as seguintes:

Tabela 1 – Taxas de rendimento escolar de Santa Catarina

ETAPA ESCOLAR	REPROVAÇÃO	ABANDONO	APROVAÇÃO
Anos Iniciais	4,2% 16.634 reprovações	0,1% 480 abandonos	95,7% 379.169 aprovações
Anos Finais	11,2% 38.030 reprovações	0,9% 3.028 abandonos	87,9% 298.184 aprovações
Ensino Médio	13,9% 25.683 reprovações	1,0% 12.833 abandonos	79,1% 146.050 aprovações

Fonte: INEP ([201-?]).

<sup>8</sup> <http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultado.seam?cid=3689553>



Nota-se que o abandono e as reprovações aumentam conforme a etapa escolar, o que também justifica o baixo índice do IDEB no Ensino Médio e os percalços que impedem a terminalidade da Educação Básica. De acordo com Silva Filho e Araújo (2017), fatores internos e externos são causadores da evasão escolar. Situações envolvendo drogas, sucessivas reprovações, falta de incentivo da família e da própria escola, necessidade de trabalhar, excesso de conteúdo escolar, alcoolismo, localização da escola e falta de formação de valores e preparo para o mundo do trabalho são algumas das causas que fazem com que o aluno se evada do ambiente escolar.

### 3.3 A EVASÃO ESCOLAR NA REDE PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA

Em 2016, segundo dados do IBGE, o município de Concórdia teve 7.765 matrículas na rede pública de ensino referente ao ensino fundamental. De acordo com a taxa de rendimento da rede pública de ensino referente ao ano de 2016, em consonância com os dados disponibilizados pela QEdu Academia ([2016]):

Tabela 2 – Taxas de rendimento escolar no município de Concórdia no ano de 2016, referente ao ensino fundamental séries iniciais

	Taxa de reprovação (%)	Taxa de abandono (%)
EF – SÉRIES INICIAIS	2,3%	0
1º ano EF	0,1	0
2º ano EF	2,7	0
3º ano EF	3,1	0
4º ano EF	1,2	0
5º ano EF	4,8	0

Fonte: QEdu Academia ([2017]).

Tabela 3 – Taxas de rendimento escolar no município de Concórdia no ano de 2016, referente ao ensino fundamental séries finais

	<b>Taxa de reprovação (%)</b>	<b>Taxa de abandono (%)</b>
SÉRIES FINAIS	7,25%	0,07%
6º ano EF	7,4	0
7º ano EF	9,4	0,1
8º ano EF	8,5	0
9º ano EF	3,6	0,2

Fonte: QEDu Academia ([2017]).

Observa-se que as taxas de abandono no ensino fundamental são baixas, o que significa que as ações vinculadas à frequência e permanência do aluno têm sido mais efetivas. Entretanto, os dados referentes às reprovações são consideravelmente altos e demonstram um possível problema, o qual deve ser identificado para ações efetivas. A reprovação nos anos finais pode culminar com a posterior evasão devido a distorção idade-série e o ingresso no mercado de trabalho.

Em 2016, de acordo com o IBGE, o município de Concórdia teve 1.946 matrículas na rede pública de ensino referente ao ensino médio.

Tabela 4 – Taxas de rendimento escolar no município de Concórdia no ano de 2016, referente ao ensino médio

	<b>Taxa de reprovação (%)</b>	<b>Taxa de abandono (%)</b>
ENSINO MÉDIO	15,79%	3,5%
1º ano EM	32,3	5,6
2º ano EM	13,2	3,1
3º ano EM	5,7	2,5

Fonte: QEDu Academia ([2017]).

Da análise dos dados, é evidente que o índice de abandono no município de Concórdia é maior no Ensino Médio (coerência com os dados do estado de Santa Catarina), o que remete diretamente ao problema da não conclusão da Educação Básica. A ausência dos jovens nos bancos escolares reflete em inúmeros problemas sociais – prática de ato infracional,

envolvimento com substâncias ilícitas, ausência de perspectivas de vida, impossibilidade de continuidade dos estudos e, conseqüentemente, do progresso na vida acadêmica e profissional.

#### **4 (IN)EFICÁCIA DO PROGRAMA APOIA NO COMBATE À INFREQUÊNCIA E À EVASÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA**

O desafio de garantir o acesso, a permanência e a terminalidade da Educação Básica está vinculado às políticas educacionais propostas e pela colaboração dos governos municipais, estaduais e federal. O APOIA precisa estar amparado por ações que primem por uma educação de qualidade – currículo adequado, profissionais preparados e estrutura física e pedagógica coerente com as necessidades educacionais para a formação integral dos educandos. Ademais, famílias com direitos fundamentais sociais garantidos superam o círculo vicioso dos diferentes problemas sociais que assolam a sociedade.

##### **4.1 APOIA – PROGRAMA DE COMBATE À INFREQUÊNCIA E À EVASÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA**

O Estado, ao exercer seu dever de garantidor da Educação, tem como base a Constituição Federal de 1988, que elenca em seu artigo 205 que a educação “[...] será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa [...]” Do mesmo modo, atribui-se o dever de contribuição e fiscalização às famílias e órgãos públicos, a fim de que o direito seja efetivado com o auxílio de toda a sociedade.

Diante do exposto, para assegurar o direito à educação, cabe a todos os segmentos com responsabilidades sociais proporcionar o acesso do educando a escola, bem como sua permanência e a conclusão da Educação Básica. Se a educação é um direito de todos, ao mesmo tempo em que é um dever do

Estado, são indispensáveis políticas públicas e programas comprometidos não apenas com o acesso, mas com a permanência, a qualidade educacional e sua conclusão.

O Ministério Público de Santa Catarina (MPSC), por meio do Centro de Apoio à Infância e Juventude, desenvolveu um instrumento com o desígnio de solidificar o direito à educação e aumentar os índices de frequência e conclusão da Educação Básica no Estado. Auxiliado pelas unidades escolares e pelo Conselho Tutelar, pretende exercer o dever comum de proteger e assegurar o direito à educação básica de todas as crianças e adolescentes residentes no Estado. O Programa de Combate à Evasão Escolar (APOIA), por meio de acompanhamento ao aluno e à família, de diálogos, orientações e encaminhamentos, busca a efetivação do direito fundamental social aqui discutido.

O APOIA foi instituído no Estado pelo Ministério Público de Santa Catarina no ano de 2001 com o objetivo de garantir a permanência de crianças e adolescentes nas escolas e incentivar a conclusão da Educação Básica. Atualmente, o APOIA abrange escolas municipais, estaduais, públicas e privadas da rede de ensino.

O funcionamento do APOIA consiste em três etapas:

1. Os alunos que faltarem cinco dias consecutivos ou sete dias alternados, no período de 30 dias, devem ser cadastrados no Sistema APOIA Online; após o cadastro, iniciará o prazo de sete dias corridos para que a escola adote medidas pertinentes ao caso registrado, objetivando o resgate do aluno infrequente; se, no prazo de sete dias, a Unidade Escolar não obtiver êxito, deverá encaminhar o APOIA, via sistema, ao Conselho Tutelar;
2. Um dia após o recebimento do APOIA, o Conselho Tutelar terá o prazo de 14 dias para adotar medidas referentes ao caso; se não obtiver êxito, deverá então encaminhar o APOIA, via sistema, ao Ministério Público;

3. Recebido o APOIA, o Ministério Público terá o prazo de 14 dias para solucionar o caso. (SANTA CATARINA, 2015).

Para compreender o andamento dos registros de APOIA, oportuno esclarecer o que o status indicado pelo sistema compreende. Ao acessar o Sistema APOIA online, o registro do aluno poderá indicar cinco situações diversas, quais sejam: em andamento, suspenso, arquivado ou êxito, conforme se elucida a seguir:

**Em andamento:** se o registro estiver com o status “em andamento” significa que estão sendo adotadas providências no intuito de fazer com que o aluno retorne aos bancos escolares.

**Suspenso:**

A hipótese de suspensão de um APOIA deve apenas ser utilizada em último caso, quando a Promotoria de Justiça tem absoluta certeza de que o aluno não pode retornar imediatamente à sala de aula em virtude de situações especiais em andamento, como tratamento de saúde física ou mental [...] Salieta-se que o Ministério Público permanece responsável pelo APOIA suspenso, e deverá retirar a suspensão assim que o aluno estiver em condições de retornar. (SANTA CATARINA, 2015, p. 48-49).

**Arquivado:** o arquivamento de um APOIA é reservado para duas situações: a) quando o MP envidou todos os esforços possíveis, mas não conseguiu promover o retorno do aluno à escola; e b) quando o caso foi judicializado, saindo da esfera de atuação do Programa APOIA (SANTA CATARINA, 2015, p. 48).

O status arquivado, item “b”, de acordo com observações feitas por meio de estágio de graduação no Ministério Público de Santa Catarina, pode consistir no ajuizamento de representação administrativa pela prática da infração disposta no artigo 249 do ECA; na solicitação de instauração de Termo Circunstanciado para apuração do crime de abandono intelectual;

ajuizamento de cumprimento de sentença ante a existência de representação administrativa anterior.

**Finalizar APOIA / Êxito:** “um APOIA pode ser finalizado pelo Ministério Público caso o aluno tenha efetivamente retornado à sala de aula, independentemente das providências adotadas, ou caso tenha completado 18 anos, pois nessa situação ele deixa de ser assistido pelo Programa.” (SANTA CATARINA, 2015, p. 46).

As movimentações que um APOIA pode sofrer consistem em atualizar (anotar as providências adotadas para o caso), encaminhar (em caso de mudança de endereço que seja para fora da Comarca), suspender ou finalizar (ambos já explicados acima). Em 2013, para aprimorar o Programa APOIA, foi firmada parceria entre o Ministério Público, a Secretaria de Estado da Educação e o Centro de Informática e Automação do Estado de Santa Catarina (CIASC). O Termo de Cooperação Técnica Nº 24/2013 desenvolveu o Sistema APOIA Online. Assim, o programa foi informatizado na busca da sua melhoria e eficácia.

A escola, por ser a instituição designada pelo poder público para efetivação do direito à educação, este estabelecido no artigo 205 da Constituição Federal, deverá atender a previsão legal como membro do Estado e da sociedade, a fim de promover o ensino de qualidade, bem como o acesso do aluno, sua permanência e a terminalidade da Educação Básica.

Aos pais ou responsáveis legais pelas crianças e adolescentes, vislumbra-se o dever de promover a educação, incentivando-os a buscar o conhecimento e comprometer-se com os estudos, inferindo-se a seriedade do acompanhamento dos alunos em todas as atividades educacionais (frequência, rendimento, etc.), consoante as seguintes disposições legais:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988).

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino. (BRASIL, 1990).

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação. (BRASIL, 2002).

Ao Conselho Tutelar e ao Ministério Público, compete a função de fiscalizar a efetividade do direito fundamental social à educação, por meio do acesso, frequência e conclusão da Educação Básica, haja vista seu dever de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, bem como da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e a Constituição Federal (BRASIL, 1988), respectivamente:

Art. 131. O **Conselho Tutelar** é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, **encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente**, definidos nesta Lei.

Art. 127. O **Ministério Público** é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis**. (grifo nosso).

Perante as diferentes transformações que acontecem na sociedade e, por sua vez, nas escolas, é necessário um olhar atento para as realidades, que são complexas e contraditórias. Para isso, a qualidade no ensino e a criação de melhores condições são imprescindíveis para que todos possam aprender e atuar na sociedade como sujeitos críticos e autônomos. Para tanto, o APOIA é um mecanismo criado com a finalidade de tornar-se aliado no combate à evasão escolar e no favorecimento do processo de emancipação dos estudantes.

É fundamental adotar uma educação política que supere a mera obrigatoriedade, que vislumbre causas e que perpasse pelo encantamento

de novos horizontes. A árdua tarefa da emancipação requer superar crises e fomentar a formação de posturas individuais que não se restrinjam à dominação ou adaptação social. A educação como direito humano universal pode contribuir para a redução da pobreza e a promoção do desenvolvimento humano. A escola é responsável pelo acesso dos educandos aos conhecimentos historicamente construídos por meio de um ambiente de aprendizagem significativo e contínuo.

#### 4.2 O APOIA NO MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA

O Município de Concórdia, situado na região do Oeste Catarinense e na Microrregião do Alto Uruguai, segundo dados de 2017, é composto por 73.766 habitantes. A cidade possui 41 escolas do sistema municipal e estadual de ensino, sendo que, todas estão integradas ao APOIA. Estas escolas possuem, atualmente, 958 professores, 37 diretores e 5.655 alunos. A administração local da Educação Estadual é feita por uma Gerência Educacional que possui 6 educadores, enquanto que a Educação Municipal é gerida por uma Secretaria Municipal de Educação que possui 13 educadores.

A unidade escolar, ao constatar a ausência de um aluno pelo período anteriormente indicado, realizará o registro no sistema do APOIA Online. Na sequência, deverá procurar os responsáveis pelo menor, a fim de orientar a família acerca da obrigatoriedade e importância da frequência escolar.

Inexitosa a medida adotada pela escola, o registro será encaminhado via sistema para o Conselho Tutelar, o qual terá o prazo de 15 dias para orientar, acompanhar e, se verificada a necessidade, conduzir o estudante e/ou a família para programas sociais, tratamento médico/psicológico/psiquiátrico, bem como outras medidas que entenderem cabíveis, com o desígnio de promover o retorno do aluno aos bancos escolares. Pode ser requerido o auxílio da Secretaria Municipal e a Gerência Regional de Educação, a rede de saúde e



de assistência social local, os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Assistência Social, da Educação e da Saúde, entre outros.

Persistindo a situação de infrequência, o Conselho Tutelar encaminhará o registro ao Ministério Público, para atuação da Promotoria da Infância e Juventude. Nessa etapa, cada Promotor de Justiça possui liberdade para deliberar acerca dos encaminhamentos que fará. Não há um procedimento padrão, no entanto, a recomendação é que seja priorizado o acordo.

Se, após as providências adotadas pelo Promotor de Justiça, o caso não restar exitoso, o Ministério Público poderá oferecer denúncia pelo crime de abandono intelectual (artigo 246 do Código Penal): “Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”

Outra possibilidade é ajuizar representação pela prática da infração administrativa disposta no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão do descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Segundo informações fornecidas pelo Centro de Apoio da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina, no período de 1 de janeiro de 2015 a 3 de agosto de 2018, foram registrados 2.112 APOIAs no município de Concórdia/SC, dispostos da seguinte forma:

Tabela 5 – Registros APOIA no município de Concórdia/SC no período de 1 de janeiro de 2015 a 3 de agosto de 2018

	<b>UNIDADE ESCOLAR</b>	<b>CONSELHO TUTELAR</b>	<b>PROMOTORIA DE JUSTIÇA</b>
REGISTROS	2.112	1.794	300
Êxito	5,77%	61,03%	27,33%
Arquivados	0%	0%	53,33%
Andamento	5,35%	2,50%	18,66%
Suspensos	2,55%	0%	0,66%
Cancelados	1,37%	0%	0%
Índice de êxito no município de Concórdia			61,50%

Fonte: SANTA CATARINA (2018).

Os índices de êxito devem ser observados com cautela, haja vista que, conforme explicações anteriores, também ficam registrados sob tal status os alunos que atingem a maioria. Ocorre que, completar 18 anos de idade não garante que o adolescente manteve sua frequência escolar ou concluiu a educação básica, o que faz com que os números sejam questionados.

Considerando que os dados indicam que o maior índice de evasão escolar se concentra no ensino médio, percebe-se uma grande falha no programa APOIA, pois, seu indicador de êxito está corrompido pelos registros daqueles que atingiram a maioria. Assim, fica evidenciado que a não conclusão da educação básica se dá, principalmente, pelo abandono dos bancos escolares no ensino médio.

O arquivamento significa que foram adotadas todas as medidas pertinentes ao caso e, ainda assim, o estudante não retornou à escola. O alto número de registros arquivados – o ajuizamento de ação contra os pais ou responsáveis legais, a impossibilidade de encontrar o aluno, a adoção de todas as providências cabíveis – indica a falha do programa.

O maior índice de êxito está na segunda etapa do Programa APOIA, quando o Conselho Tutelar atua. Por meio do contato com a família e com o estudante, o órgão de proteção reitera a obrigatoriedade da frequência escolar

e a importância da educação básica. Ainda, explica acerca das consequências em caso de evasão escolar, especialmente a possibilidade de judicialização.

Da análise feita acerca do atual método de atuação do Programa APOIA, observa-se que as medidas adotadas não se mostram, no geral, efetivas. Considerando o número ainda alto de casos de alunos infrequentes e evadidos e as causas para tanto, as conversas que orientam os familiares e estudantes quanto a obrigatoriedade da frequência não são capazes de promover, de forma eficaz, o direito à educação.

Após anos de atuação do Programa APOIA em Santa Catarina, experiências vivenciadas na região da Associação dos Municípios do Oeste Catarinense (AMOSOC) foram determinantes no desenvolvimento, no ano de 2010, do Núcleo Intersetorial de Suporte ao APOIA (NISA):

Com o objetivo de criar um espaço para garantir os direitos educacionais de crianças e adolescentes sem que para isso houvesse necessidade de judicializar questões que deveriam ser resolvidas no âmbito das políticas públicas. Posteriormente, a ideia foi consolidada e ampliada, alcançando diversos outros municípios, sob a coordenação do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina. Não sendo um espaço de execução, o NISA pretende mobilizar e fortalecer os profissionais da rede, por meio da produção de conhecimentos. (SANTA CATARINA, [2017]).

A metodologia adotada pelo NISA consiste em um trabalho local por meio do qual se identificam demandas do município situação em que o núcleo irá prever a criação de grupos de trabalho com o escopo de promover a discussão e a elaboração de estratégias para o tema. (SANTA CATARINA, [2017]).

Atualmente dezenove municípios possuem NISA em funcionamento. Até o momento, Concórdia não conta com o referido Núcleo, tampouco tem previsão para sua instituição. A criação e expansão do NISA no Estado tem

vido uma valiosa ferramenta para a efetivação do APOIA. Insta ressaltar a importância da identificação das falhas e potencialidades do Programa, assim se permite o desenvolvimento de ferramentas que deem suporte e auxiliem a aplicação e obtenção de resultados positivos, assim como ocorreu com o NISA.

## 5 CONCLUSÃO

O percentual de jovens que concluem a Educação Básica não é satisfatório. Dados estatísticos confirmam anualmente a problemática que compromete o direito à educação, não apenas no município de Concórdia, mas em todo o país. O Programa APOIA, intersetorial, tem a intencionalidade de garantir o retorno do aluno evadido à escola, no menor espaço de tempo e, desta forma, efetivar a garantia do direito à educação. Assegurar a conclusão da Educação Básica a todos, bem como a possibilidade de continuar os estudos é uma forma de favorecer o exercício dos demais direitos fundamentais.

A pesquisa denota que a efetivação do direito à educação se caracteriza como contraditório ante a exposição da taxa de abandono/evasão alarmante. Contudo, a educação pode ser transformadora, haja vista sua importância na formação e no pleno desenvolvimento do ser humano. Afinal, o acesso ao conhecimento, que exige frequência e aproveitamento, oportuniza o crescimento individual e coletivo de todos os envolvidos no processo.

Como instituição formada com o escopo de promover a educação, a escola precisa se constituir, de fato e de direito, em um espaço democrático, onde a criança e o jovem se sintam sujeitos dela e atuem de forma autônoma e crítica. Projetos de educação em tempo integral existem, mas para que se tornem eficazes, são imprescindíveis recursos e investimentos, conforme preconiza a legislação. Metodologias mais atraentes e de acordo com as perspectivas dos jovens (maior índice de abandono) podem favorecer a permanência e a terminalidade da Educação Básica.

Se o APOIA é um mecanismo para fortalecer o direito à educação, para seu sucesso é preciso comprometimento de todos os envolvidos no processo – registros embasados na realidade do educando e sensibilização das famílias contribuem decisivamente para o acesso, permanência e terminalidade da Educação Básica. Conselhos Tutelares e Promotorias de Justiça também têm papel essencial na garantia deste direito fundamental social. O trabalho intersetorial se fortalece com objetivos comuns.

No decorrer das análises, percebe-se que o APOIA não é eficaz como seus objetivos propõem. A forma como os registros são conduzidos pelas unidades escolares, Conselho Tutelar e Ministério Público, evidencia as contradições e os desencontros de um sistema educacional que historicamente exclui e de uma sociedade que não valoriza o direito à educação como deveria.

Pesquisar esta realidade possibilitou reconhecer fragilidades e potencialidades de um instrumento que tem a finalidade de favorecer a formação integral do educando e que pode sim garantir o direito à educação, desde que, atrelado a outras políticas públicas. Nesse sentido, surgiu o NISA,<sup>9</sup> ferramenta que tem por finalidade identificar as demandas e, por meio de grupos de estudos, desenvolver ações efetivas na aplicação do APOIA.

A sistemática do APOIA prevê um trabalho conjunto: escola-família-Conselho Tutelar-Promotoria Justiça e, por vezes, o êxito de um processo não se efetiva na prática porque o instrumento não apresenta ferramentas precisas. A liberalidade de cada ente na tentativa de promover o retorno do estudante faz com que a maioria opte pela simples conversa com o aluno e sua família acerca da obrigatoriedade da frequência escolar.

O APOIA precisa ser lapidado a fim de desenvolver ferramentas mais efetivas na reintegração do jovem à escola. Conhecer a realidade daquele que é atendido pelo programa é o passo inicial a ser dado, a fim de possibilitar uma compreensão das razões que acarretam a infrequência e a evasão escolar.

---

<sup>9</sup> Núcleo Intersetorial de Suporte ao APOIA.

Além disso, é perceptível que a fragilidade da educação brasileira também possa ser causa de tais problemas, haja vista a precariedade de estrutura física, a carência de materiais didáticos, a insuficiência de profissionais e, até mesmo, a própria sistemática educacional, trabalhada com uma metodologia que não desperta interesse aos educandos, fazendo com que crianças e adolescentes não confiram à educação a importância devida.

É preciso solidificar a educação como um direito e um bem a ser tutelado para o indivíduo. Demonstrar que a educação gera mudanças e confere oportunidades é premissa para o pleno desenvolvimento de uma sociedade efetivamente interessada em aprender, desenvolver suas capacidades e proporcionar à sua nação uma realidade de direitos.

O APOIA não pode ser visto como um processo unilateral, estático e uniforme. Sua amplitude é visível nos objetivos para que foi criado. Portanto, é imprescindível que cada um possa se desafiar e contribuir com a efetivação do APOIA. É nas adversidades e no estranhamento que surgem propostas diferenciadas para resolver problemas ou suprir lacunas na sociedade. Comumente, os resultados não são imediatos, uma vez que alguns percalços resistem.

Toda mudança requer o abandono da zona de conforto e o trabalho árduo. Efetivar o direito à educação em um país que historicamente não dá o devido valor para tal e que seu povo, costumeiramente, ignora as falhas, é desafiador. A legislação nacional e internacional prevê o direito à educação e estabelece seus princípios e objetivos, no entanto, cabe ao Poder Público e, essencialmente, à sociedade, prover meios para que seja concretizado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Saberes do Direito 2 – Direito Constitucional I*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/epub:2072>. Acesso em: 31 out. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 31 out. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009. Dá nova redação ao inciso I do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, além de outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 nov. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm). Acesso em: 12 de maio de 2018.

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. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez. 1996. Disponível em: <http://www.dca.fee.unicamp.br/~leopini/consu/reformauniversitaria/ldb.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. *Programas do MEC/Metas*. Brasília, DF: Ministério da Educação, [201-?]. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/2-uncategorised?start=8>. Acesso em: 22 maio 2018.

CARNEIRO, Moaci Alves. *O nó do Ensino Médio*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

CASADO FILHO, N. *Saberes do direito 57 - direitos humanos e fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CRUZ, Elaine Patricia. *Um em cada quatro jovens vai abandonar o ensino médio até o final do ano*. São Paulo: Agência Brasil, 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-10/um-em-cada-quatro-jovens-vai-abandonar-os-estudos-ate-o-final-do-ano>. Acesso em: 31 out. 2017.

DICIONÁRIO AURÉLIO. *Mudança*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/mudanca/>. Acesso em: 22 jul. 2018.

DIREÇÃO-GERAL DE ESTATÍSTICAS DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA. *Estatísticas da Educação 2012/2013*. [S. l.]: Direção-Geral de Estatísticas da Educação e ciência, 2013.

FRANCO, Elaine Cristine. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *JusBrasil*, 2017. Disponível em: <https://elainefrancoadv.jusbrasil.com.br/artigos/371550232/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 26 set. 2018.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Educação*. [2018]. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/activities\\_9406.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/activities_9406.html). Acesso em: 15 set. 2018

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Maria Tereza Uille. *Direito Humano à Educação e Políticas Públicas*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais – Fundamentos, Regime Jurídico, implementação e aferição de resultados*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/epub:2394>. Acesso em: 15 set. 2018.

IBGE. *Ensino – matrículas, docentes e rede escolar*. [S. l.]: IBGE, 2016. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/concordia/pesquisa/13/5902?ano=2016>. Acesso em: 15 set. 2018.

IBGE. *Ensino- matrículas, docentes e rede escolar*. [S. l.]: IBGE, 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/pesquisa/13/5902>. Acesso em: 15 set. 2018.



IBGE. *Panorama da Cidade*. [S. l.]: IBGE, 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/concordia/panorama>. Acesso em: 15 set. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. *IDEB resultados e metas*. [201-?]. Disponível em: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultado.seam?cid=3689553>. Acesso em: 6 out. 2018.

INSPER. *Evasão escolar custa R\$ 49 bilhões ao ano*. São Paulo: Insper, 2016. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/politicas-publicas/medidas-para-diminuir-evasao-escolar>. Acesso em: 12 maio 2018.

INSTITUTO UNIBANCO. Evasão ainda é um dos maiores desafios do ensino médio. *Aprendizagem em foco*, n. 37, nov. 2017. Disponível em: [http://www.institutounibanco.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Aprendizagem\\_em\\_foco-n.37.pdf](http://www.institutounibanco.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Aprendizagem_em_foco-n.37.pdf). Acesso em: 12 maio 2018.

ISTVÁN, Mészáros. *A educação para além do capital*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

LÜCK, Heloisa (org.). Gestão escolar e formação de gestores. *Em Aberto*, v. 17, n. 72, fev./jun. 2000.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTA, Hugo. O que é IDH? *Brasil Escola*, [201-?]. Disponível em: <https://brasil Escola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-idh.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso em: 12 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UNICEF*: 7 milhões de estudantes brasileiros têm dois ou mais anos de atraso escolar. [S. l.]: ONUBR, 29 ago. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unicef-7-milhoes-de-estudantes-brasileiros-tem-dois-ou-mais-anos-atraso-escolar>. Acesso em: 15 set. 2018.

PIMENTA, Selma Garrido. Formação de Professores – Saberes da Docência e Identidade do Professor. *R. Fac. Educ.*, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 72-89, jul./dez. 1996.

PINHO, Bárbara. *Tipos de pesquisa – Pesquisa de levantamento*. Disponível em: <https://prezi.com/dqnbdrqbbkq7/pesquisa-de-levantamento-survey>. Acesso em: 3 jul. 2018.

QEDU ACADEMIA. *Santa Catarina: Ideb 2017*. [S. l.]: Ideb/Inep, 2017. Disponível em: <http://www.qedu.org.br/estado/124-santa-catarina/ideb>. Acesso em: 15 set. 2018.

QEDU ACADEMIA. *Taxas de Rendimento (2016)*. [S. l.]: Inep, 2016. Disponível em: <http://www.qedu.org.br/estado/124-santa-catarina/taxas-rendimento/rede-publica/rural-e-urbana?year=2016>. Acesso em: 15 set. 2018.

QEDU ACADEMIA. *Taxas de Rendimento*. [S. l.: s. n.], [2017]. Disponível em: <http://academia.qedu.org.br/censo-escolar/taxa-de-rendimento>. Acesso em: 15 set. 2018.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. *Manual do Sistema APOIA Online*. 2. ed. Florianópolis: MPSC, 2015.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. *Justiça na Educação – APOIA Programa de Combate à evasão escolar*. Florianópolis: MPSC, 2001.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. *Sobre Núcleo Intersetorial de Suporte ao APOIA*. Florianópolis: MPSC, [2017]. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/programas/nisa---nucleo-intersetorial-de-suporte-ao-apoia>. Acesso em: 6 out. 2018.

SERRANO, Pablo Jiménez. *O direito à Educação – Fundamentos, Dimensões e Perspectivas da Educação Moderna*. Rio de Janeiro, Jurismestre, 2017.

SILVA FILHO, Raimundo Barbosa; ARAÚJO, Ronaldo Marcos de Lima. Evasão e abandono escolar na educação básica no Brasil: fatores, causas e possíveis consequências. *Educação por escrito*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 35-48, jan./jun. 2017.

SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à Educação – Requisito para o desenvolvimento do País*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Report 2016*. [S. l.: s. n.], 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-HDR16%20Report.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

VENTURA, Manoel *et al.* IDH: educação não avança e Brasil fica estagnado no ranking de bem estar da ONU. *O Globo*, 14 set. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/idh-educacao-nao-avanca-brasil-fica-estagnado-no-ranking-de-bem-estar-da-onu-23067716#ixzz5RBb12GAM>. Acesso em: 15 set. 2018.



# A DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO NOS PROCESSOS DE INVENTÁRIO E SUAS PROBLEMÁTICAS

Karolyne Savariz da Silva<sup>1</sup>  
Magda Cristiane Detsch<sup>2</sup>

**Resumo:** O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD é um dos impostos mais antigos da história da tributação, sendo de competência dos estados e do Distrito Federal, porém ocorre muita discrepância, inclusive entre os entes da Federação, com relação à determinação da base de cálculo. Sendo assim, o presente estudo tem como objetivo verificar como se dá a determinação da base de cálculo do ITCMD no Estado de Santa Catarina, buscando compreender sua incidência e analisar os debates existentes quanto aos seus aspectos controvertidos. Para responder ao problema de pesquisa foram realizadas pesquisas bibliográficas e de opinião através de entrevistas com dois advogados que atuam na área; um Tabelião de Notas e Protesto do município de Campos Novos – SC; um magistrado com competência para o processamento e julgamento dos processos de inventário; um contador e um funcionário da Secretaria de Estado da Fazenda Estadual de Santa Catarina. Concluiu-se que o cálculo do ITCMD é sobre o valor venal do bem ou direito e se aplica a alíquota estadual para esta modalidade de tributo, sendo que em Santa Catarina se considera valor venal o valor de mercado.

**Palavras-chave:** Inventário. Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD). Base de cálculo. Valor venal. Valor de mercado.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente Lei Estadual estabelece que a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) nos processos de

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; xvkarolyne@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná; Professora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; magda.dasilva@unoesc.edu.br

inventário deve ser apurada pelo valor venal dos bens ou direitos transmitidos, conforme o disposto no art. 38 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

No Brasil, o ITCMD já integrava o Sistema de Tributação Nacional desde a declaração da independência, sendo regulamentado pela primeira vez na Constituição do Brasil de 1891 e desde então é um imposto de competência estadual.

Assim, para que se possa realizar o cálculo do ITCMD é utilizado o valor venal do bem ou direito (base de cálculo) e aplicada alíquota estadual respectiva para esta modalidade de tributo. Ocorre que, há controvérsias se o valor venal do bem ou direito corresponde ao montante informado pelas Prefeituras Municipais ou se é o valor de mercado.

O que se verifica atualmente nos processos de inventário, cujos bens estão situados no Estado de Santa Catarina é que a aplicação da alíquota do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) se dá sobre o valor venal do bem ou direito regulamentado através da Lei Estadual nº 13.136/04. Porém, a Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina em sua página virtual, ao prestar informações sobre o ITCMD traz a orientação que na identificação do valor venal dos imóveis deve-se considerar o valor de mercado obtido através de avaliação imobiliária ou por corretores de imóveis.

Levando em consideração que a própria legislação estipula a forma de determinação da base de cálculo pelo valor venal do bem ou direito, como pode ser utilizado o valor de mercado para o cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação?

Sendo assim, o presente estudo tem como objetivo analisar como se determina a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) no Estado de Santa Catarina. Procura-se verificar se a base é calculada pelo valor venal do bem ou direito constante nos cadastros das Prefeituras Municipais, avaliação pelo fisco, pelos valores estaduais apurados para o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), ou se é pelo valor de mercado, tendo em vista que se trata de um dos impostos mais antigos

da história da tributação. Com relatos de sua aplicação desde a Roma, sob a forma de “vigésima sobre heranças e legados”.

Para responder ao problema de pesquisa, foram abordados os aspectos gerais do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), ou seja, o fato gerador, os contribuintes, as hipóteses de isenção, a base de cálculo e as alíquotas. Através de pesquisa bibliográfica com a finalidade de facilitar a compreensão das hipóteses de incidência e respectiva base de cálculo. Ainda se realizou um estudo comparativo entre os estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

Além disso, foram realizadas entrevistas com advogados que atuam nos processos de inventário; magistrado da Comarca de Campos Novos – SC com competência para julgar os processos de inventário; Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos – SC e funcionário da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina (SEF-SC), por meio de perguntas direcionadas a fim de identificar as dificuldades na aferição da base de cálculo do ITCMD.

## **2 O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO E SUAS PARTICULARIDADES**

Nesta seção serão abordados os assuntos teóricos sobre o fato gerador, competência, contribuinte do imposto, as hipóteses de isenção, base de cálculo com diferenciação de valor venal e valor de mercado, definição da alíquota, e, capacidade contributiva, que são aspectos fundamentais para entender o tratamento dado ao ITCMD no Estado de Santa Catarina.

### **2.1 FATO GERADOR DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO**

Primeiramente, o Código Tributário Nacional usou a definição de fato gerador como sendo a situação de fato ou a situação jurídica que,

ocorrendo, determina a incidência de um determinado tributo. Como explica Harada (2015, p. 555) “[...] costuma-se definir o fato gerador como uma situação abstrata, descrita na lei, a qual, uma vez ocorrida em concreto enseja o nascimento da obrigação tributária.”

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) define fato gerador nos seguintes termos:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal. (BRASIL, 1966).

Com relação ao ITCMD, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), em seu art. 35 determina que:

O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários. (BRASIL, 1966).

Mais especificamente em relação ao ITCMD se faz necessário esclarecer sobre o significado do vocábulo transmissão. Conforme Silva (1967 apud CASSONE, 2011, p. 328) a expressão transmissão pode ser definida como:



[...] a transferência de coisas, ou cessão de direitos, em virtude do que, coisas ou direitos, se transmitem, ou se transferem, de dono. Transmissão, translação e transferência empregam-se em sentido equivalente, exprimindo ação e efeito de transferir, de passar, ou de transpassar bens, direitos ou poderes, de uma pessoa para outra.

Venosa (2007, p. 93) entende que o fato gerador do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação se dá com a transmissão dos bens ou direitos, havidos por sucessão legítima, testamentária, sucessão provisória ou por doação, mesmo sem encargo.

O art. 1.784 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), por sua vez, disciplina o momento em que se dá o fato gerador para a obrigação tributária na hipótese de sucessão *causa mortis*: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL, 2002).

Por ser a morte o fato que gera a transmissão do patrimônio, deve ser aplicada a alíquota vigente no momento da abertura da sucessão. Isto porque a partilha judicial ou extrajudicial tem natureza declaratória e não constitutiva de direito.

Vale frisar que até a promulgação da Constituição Federal em vigor, o fato gerador do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e *Inter Vivos* era restrito às transmissões de bens imóveis e de direitos a eles relativos. Com a Constituição Federal de 1988 criou-se novos fatos geradores, o que levou a tributar, além de imóveis, a transmissão *causa mortis* e doações de quaisquer direitos ou bens.

Sendo assim, toda transmissão de patrimônio, seja pela morte, doação ou diferença de partilha acarretará em acréscimo de patrimônio, criando uma relação jurídica obrigacional tributária, cujo objetivo é o recolhimento do ITCMD.

O Estado de Santa Catarina, por meio da Lei nº 13.136/04 dispõe em seu art. 2º, que o ITCMD tem como fato gerador a transmissão ou a doação a qualquer título, de: “I - propriedade ou domínio útil de bem imóvel; II - direitos reais sobre bens móveis e imóveis; e, III - bens móveis, inclusive semoventes, direitos, títulos e créditos.” (SANTA CATARINA, 2009).

Entretanto, para a efetiva caracterização do fato gerador, Cassone (2011, p. 329) explica que é necessário verificar nos autos de inventário ou arrolamento, o reconhecimento pelo juiz por meio de despacho ou decisão, de quem são os herdeiros do *de cujus*, sejam eles legítimos ou testamentários. A partir deste momento, resta configurado o fato gerador da obrigação.

Sendo assim, pode-se afirmar que o fato gerador ocorre quando se efetiva a transmissão/sucessão dos bens ou direitos em face da morte, diferente de partilha ou doação.

O ITCMD é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, sendo um dos mais antigos impostos da história da tributação e tem previsão desde a Constituição Federal do Brasil de 1891 até a vigente (CASSONE, 2011).

Reflete, por conseguinte, sobre a transmissão gratuita de patrimônio sem que haja uma contraprestação ou pagamento. Segundo prescreve §1º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, a competência para a cobrança do tributo se dá da seguinte forma:

- I) relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal;
- II) relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;
- III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:
  - a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;
  - b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal. (BRASIL, 1988).

Por se tratar de um imposto estadual, cada unidade federativa deve definir, através de Lei Estadual, as incidências do imposto, alíquotas, prazo de recolhimento, isenção, base de cálculo, etc. No caso de Santa Catarina o ITCMD é regulamentado pela Lei Estadual nº 13.136/2004 e pelo Regulamento do ITCMD de 2012.

No caso do inciso III, acima transcrito, Machado (2007, p. 400) elucida que, por não haver lei complementar, o referido imposto não pode ser instituído por força do que estabelece o art. 146, IV da Constituição Federal.

O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação é um tributo que tem sua incidência na transmissão de quaisquer bens e direitos devido à sucessão *causa mortis* ou por doação (*inter vivos*) e diferença de partilha.

Conforme entendimento de Amaro (2014, p. 305) “[...] há incidência de tributo quando determinado fato, por enquadrar-se no modelo abstratamente previsto pela lei, se juridiciza e irradia o efeito, também legalmente previsto, de dar nascimento a uma obrigação de recolher tributo.”

A Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina na sua página virtual, ao trazer informações sobre o ITCMD traz as seguintes hipóteses de incidência do ITCMD:

As hipóteses de incidência são as transmissões hereditárias ou testamentárias de: I - bens imóveis situados em território do Estado e respectivos direitos; II - bens móveis, inclusive semoventes, direitos, títulos e créditos, e direitos a eles relativos, quando: o inventário ou o arrolamento judicial ou extrajudicial se processar neste Estado; ou o herdeiro ou legatário for domiciliado no Estado, se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior. (SANTA CATARINA, 2017).

O Regulamento do ITCMD do Estado de Santa Catarina (RITCMD/2012) alarga mais as hipóteses de incidência do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, quando no seu art. 1º §4º elenca que o imposto também incide nas seguintes hipóteses:

I - na sucessão provisória, garantido o direito de restituição, corrigida monetariamente, caso apareça o ausente;

II - na partilha antecipada prevista no art. 2.018 do Código Civil;

III - na partilha desigual do patrimônio comum, quanto aos bens e direitos atribuídos a um dos cônjuges separados ou divorciados, ou cujo casamento foi anulado, ao companheiro(a) em união estável devidamente reconhecida, acima da respectiva meação;

IV - na desistência à herança aceita, tácita ou expressamente, ainda que antes da homologação da partilha;

V - na doação ou cessão de direito representativo do patrimônio ou capital de empresário, de sociedade e de companhia, nacional ou estrangeira;

VI - na doação de dinheiro, em moeda nacional ou estrangeira, ou título que o represente, depósito bancário e crédito em conta corrente, depósito em caderneta de poupança e a prazo fixo, quota ou participação em fundo mútuo de ações, de renda fixa, de curto prazo e qualquer outra aplicação financeira de risco e outros créditos de qualquer natureza, seja qual for o prazo e a forma de garantia e de resgate;

VII - na doação ou cessão de bens incorpóreos, inclusive direitos autorais, ou qualquer direito ou ação que tenha de ser exercido; e;

VIII - na renúncia à sucessão aberta, em favor de beneficiário determinado. (SANTA CATARINA, 2012).

Diante disso, verifica-se que esse alargamento poderá se transformar em fator de atrasamento dos processos de inventários e arrolamentos.

## 2.2 CONTRIBUINTES DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

Os bens atribuídos ao cônjuge/companheiro sobrevivente ou aos herdeiros estão sujeitos à aplicação do ITCMD, acima de sua meação ou quinhão ideal, quando da divisão do patrimônio comum ou da partilha.

O Estado de Santa Catarina, por meio da Lei nº 13.136/04 define em seu art. 5º que os contribuintes do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação são:

- I - o herdeiro, o legatário, o fiduciário ou o fideicomissário, no caso de transmissão causa mortis;
  - II - o donatário ou cessionário, no caso de doação ou de cessão;
  - III - o beneficiário de direito real, quando de sua instituição; e;
  - IV - o nu-proprietário, na extinção do direito real".
- (SANTA CATARINA, 2004).

Portanto, o que se verifica neste imposto é uma pluralidade de sujeitos passivos (herdeiros e/ou legatários), com a ocorrência de fatos geradores distintos, quantos forem os herdeiros ou legatários. É o que preconiza o parágrafo único do art. 35 do CTN (Lei nº 5.172/66) "Parágrafo único. Nas transmissões *causa mortis*, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários." (BRASIL, 1966).

Desta forma, quem é obrigado ao recolhimento do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação é chamado de contribuinte, conforme já elucidado acima. Entretanto, há casos em que a legislação atribui a um terceiro a responsabilidade pelo pagamento do tributo, o denominado responsável tributário. O responsável tributário trata-se do contribuinte que sem dar causa ao fato gerador fica sujeito ao cumprimento da obrigação tributária gerada.

Conforme art. 4º do Regulamento do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de 2012 de Santa Catarina:

Nos casos de impossibilidade do contribuinte principal cumprir com a obrigação, respondem solidariamente com estes nos atos que intervieram e nas omissões que foram responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados e curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; e;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário. (SANTA CATARINA, 2012).

Sendo assim, a responsabilidade nada mais é que a obrigação de responder pelo pagamento do tributo. Portanto, pode-se afirmar que o responsável é o sujeito passivo indireto e o contribuinte o sujeito passivo direto. Resta aos estados a liberdade para determinar o contribuinte/responsável quando não for possível sua identificação através de dispositivo constitucional.

Importante lembrar que, em caso de renúncia à herança, não há transmissão do patrimônio, não sendo possível a cobrança do ITCMD para o herdeiro renunciante.

É claro que o imposto não incide quando ocorre a renúncia abdicativa, ou seja, aquela que é realizada em favor do monte, pois a renúncia em favor de alguém, chamada de renúncia translativa, é caso de verdadeira doação, de modo que haverá incidência do imposto.

### 2.3 ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

A isenção é a dispensa do recolhimento do imposto em determinadas situações previstas em lei. O fato gerador ocorre normalmente, estando

presentes todos os seus elementos, entretanto, a lei cria situações em que o contribuinte está isento da obrigação tributária.

No caso do ITCMD, o Estado de Santa Catarina fixou um rol taxativo das hipóteses de isenção do referido tributo no RITCMD/2012 em seu art. 9º, dentre eles destacam-se:

Art. 9º São isentos do pagamento do imposto:  
[...] II – o beneficiário de seguros e vida, pecúlio por morte e vencimentos, salários, remunerações, honorários profissionais e demais vantagens pecuniárias decorrentes de relação de trabalho, inclusive benefícios da previdência, oficial ou privada, não recebidos pelo “de cujus”;  
III - o herdeiro, o legatário, o donatário ou o cessionário que houver sido aquinhoadado com um único bem imóvel, relativamente à transmissão “causa mortis” ou a doação deste bem, desde que cumulativamente:  
a) o imóvel se destine à moradia própria do beneficiário;  
b) o beneficiário não possua qualquer outro bem imóvel; e;  
c) o valor total do imóvel não seja superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);  
IV - o herdeiro, o legatário, o donatário ou o cessionário, quando o valor dos bens ou direitos recebidos não exceder ao equivalente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), observado o disposto no art. 7º, §§ 1º e 2º [...] (SANTA CATARINA, 2012).

Vale ressaltar que os pedidos de isenção no Estado de Santa Catarina serão analisados caso a caso, sendo necessária a solicitação formalizada através da submissão on-line (SANTA CATARINA, 2017).

## 2.5 BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

A base de cálculo é elemento indispensável para mensurar o imposto, pois é a grandeza econômica sobre a qual é aplicada alíquota equivalente para calcular o valor a pagar, sendo definida em norma reguladora e subordinada

aos princípios constitucionais da estrita legalidade, anterioridade da lei tributária e irretroatividade.

Segundo o art. 38 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) “a base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.” (BRASIL, 1966).

Como o objetivo do trabalho é compreender o ITCMD no Estado de Santa Catarina passa-se a analisar os aspectos trazidos pela Lei Estadual nº 13.136/04.

### 2.5.1 Base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação na Lei Estadual nº 13.136/2004

A Lei nº 13.136/04 do Estado de Santa Catarina, em seu art. 7º, *caput* e §1º, estabelece que “Para efeitos de apuração da base de cálculo, será considerado o valor do bem ou direito na data em que forem apresentadas ao Fisco as informações relativas ao lançamento do imposto”. Já o RITCMD determina a base de cálculo pelo valor venal dos bens ou direitos, dos títulos ou dos créditos transmitidos ou doados.

A Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina em sua página virtual ao prestar informações sobre o ITCMD traz a seguinte orientação:

Tendo em vista a grande quantidade de incorreções no preenchimento da DIEF/ITCMD no tocante à identificação do **VALOR VENAL DOS IMÓVEIS**, esclarecemos que este é o **valor de mercado** do imóvel, obtido através de imobiliárias, jornais etc., e não os valores constantes nos cadastros das Prefeituras Municipais. (SANTA CATARINA, 2017, grifo do autor).

Ainda conforme cartilha do ITCMD de Santa Catarina:

O valor do bem a ser informado será sempre o valor real de mercado, isto é, o valor que o bem vale no mercado. O parâmetro para este valor pode ser verificado junto aos Classificados dos jornais de grande circulação, bem



como junto a profissionais especializados em avaliação imobiliária, como engenheiros avaliadores, imobiliárias e corretores de imóveis.

Preste muita atenção ao informar este dado, porque valores abaixo do de mercado sujeitarão o Contribuinte a ser fiscalizado através da malha fina. Nestes casos, a SEF/SC irá emitir uma notificação fiscal para cobrar a diferença do imposto, com a incidência de juros e multas. (SANTA CATARINA, 2017).

Ocorrem muitas divergências/discussões em relação ao entendimento da base de cálculo, visto que se confunde o valor do bem entre valor venal e valor de mercado ocasionando informação incorreta para o cálculo do ITCMD.

Conforme Raimundo (2011, p. 304) o valor venal do bem é:

O que é concernente a venda; o valor normal ou comercial da coisa, para efeito de venda. Valor provável, ou realizável, de um imóvel lançado na repartição arrecadadora competente, de acordo com o preço aprovado da aquisição ou que lhe foi atribuído por avaliação fiscal. Valor estimado da venda de um imóvel.

E o valor de mercado é o “Preço vista (sic) estabelecido para um bem por um vendedor desejoso de vender (mas não forçado) e pago por um comprador desejoso de comprar (também não coagido), ambos com pleno conhecimento da sua utilidade e condições.” (RAIMUNDO, 2011, p. 302).

Em regra geral, quando se trata de bens imóveis, aplica-se para a base de cálculo do “causa mortis” o valor que serviu de base para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU ou sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, sendo que isso não exclui o direito dos interessados em requererem a avaliação judicial. (ROCHA, 2011, p. 8).

Muitos debates ocorrem sobre o entendimento do conceito de valor venal. O que se percebe é que o valor venal é uma estimativa feita pelo poder público municipal que serve de base para cálculo de impostos, como o ITBI – Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano, ou pela União Federal com o ITR - Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (SANTA CATARINA, 2017).

Já o valor de mercado é entendido como o valor real estimado, ou seja, aquele da negociação, o valor pelo qual o bem pode ou foi vendido. No RITCMD/2012 em seu art. 6º § 6º fica claro que “A Fazenda Estadual poderá definir como base de cálculo o valor médio praticado pelo mercado, na praça onde localizado o bem, em substituição ao previsto nos incisos I e II do § 1º, se constatado que o valor declarado é inferior àquele.”

Isso se justifica pelo fato de que, em muitos casos, o valor venal utilizado pelas Prefeituras para cálculo do IPTU, por exemplo, está muito distante da realidade, porém se deve ficar muito atento à estipulação do valor de mercado, para não se tornar ilegal pela majoração da base de cálculo.

Outro problema gerado pela atual sistemática da fixação de base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação no Estado de Santa Catarina é a insegurança jurídica causada aos contribuintes, já que precisa pagar antecipadamente o referido tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, ficando sujeito a uma discordância e fiscalização do fisco posterior ao cumprimento da obrigação tributária. Resultando assim, na cobrança do valor a menor e multa, acrescido de juros e mora por conta da desproporcionalidade provocada pelo próprio ente fiscalizador, pois conforme estabelece a SEF/SC: “O imposto deve ser calculado e declarado pelo próprio sujeito passivo, que fica obrigado a antecipar o seu pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa.” (SANTA CATARINA, 2017).

Sendo assim, muitos motivos prevalecem na discussão e estabelecimento da base de cálculo, entre eles a crise no mercado imobiliário como define Oliveira (2013):

A recente crise no mercado imobiliário americano demonstra que nem sempre o bem imóvel - especialmente quando necessário o fomento de crédito para sua compra – pode efetivamente valer o que se diz que vale. Quero dizer que é necessário em termos econômicos uma visão de mercado e não isoladamente do imóvel ou área que está inserido.

Diante disso, não se pode esquecer que a base de cálculo está subordinada aos princípios constitucionais da estrita legalidade, anterioridade da lei e irretroatividade. Em Santa Catarina outro fator importante a destacar é sobre o processo de apuração e declaração do ITCMD que:

[...] é pioneiro no Brasil, por ser totalmente informatizado. O ITCMD F@cil é um programa do Sistema de Administração (SAT), que possibilita o preenchimento e o envio da Declaração do ITCMD, a impressão do Documento de Arrecadação (DARE), bem como o acompanhamento do referido processo. (SANTA CATARINA, 2017).

Isso aumenta o trabalho dos advogados, recaindo sobre eles a responsabilidade das corretas informações, inclusive da determinação da base de cálculo, e, geração da guia de recolhimento. O que leva advogados e contribuintes, na prática, a lançarem valores incorretos, visto que é um sistema semelhante ao do Imposto de Renda, onde o contribuinte só precisará apresentar documentos se cair na malha fina, o que pode se tornar prejudicial ao Estado. Uma alternativa seria anexar ao processo de inventário a declaração da Prefeitura Municipal do valor venal do bem, bem como o valor de mercado comprovado através de avaliação feita por um corretor de imóveis, jornais, etc. para justificar o valor declarado do bem ao fisco.

## 2.5.2 Análise comparativa entre Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul

Fazendo uma breve análise, apenas na legislação vigente nos estados do sul do país (Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul) já é fácil reconhecer a discrepância existente na forma de tributação em cada Estado.

Em Santa Catarina, como já mencionado, a base de cálculo do imposto é o valor de mercado do bem na data em que forem apresentadas ao Fisco as informações relativas ao lançamento do imposto.

No Estado do Paraná, conforme estabelece a Lei Estadual nº 18.573, de 01 de outubro de 2015, em seu art. 17, é o valor venal dos bens e dos direitos ou o valor do título ou do crédito, transmitidos ou doados, considerados na data da declaração. Esse valor poderá ser revisto ou atualizado com base no IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, nas hipóteses em que a Fazenda Pública constatar alteração de valor ou vício na declaração, podendo ainda, deixar de aceitar o valor declarado pela parte. O Estado ainda poderá credenciar peritos avaliadores para realização de laudo de avaliação para determinação da base de cálculo do imposto (PARANÁ, 2015).

Já no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 8.821, de 27 de janeiro de 1989, que regulamenta o ITCMD, define em seu art. 12, que a base de cálculo é o valor venal apurado mediante avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual ou avaliação judicial (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

Diante disso, percebe-se que a teoria da base de cálculo é a mesma para todos os estados, ou seja, pelo valor venal. O que diverge é a interpretação de como é apurado esse valor, visto que se tem o valor do mercado, que é o valor da negociação, e o valor venal estipulado pelas Prefeituras Municipais, ou Fazenda Pública Estadual.

Conforme apresentado acima, o Estado define o valor venal para determinação da base de cálculo do ITCMD, ocasionando divergências que

geram polêmicas, pois há distinção na forma com que cada unidade federativa cobra tal imposto.

## 2.7 ALÍQUOTA DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO FIXADA PELO SENADO FEDERAL

Ao Senado Federal foi atribuída à competência para a fixação de alíquotas máximas do ITCMD, entretanto, nada impede que os Estados e o Distrito Federal fixem alíquotas variadas/progressivas, sempre respeitando a capacidade econômica do contribuinte e o valor máximo definido pelo Senado. Conforme preceitua o art. 155, IV, da Constituição Federal de 1988 e define a Resolução nº 9, de 06 de maio de 1992:

Art. 1º. A alíquota máxima do imposto de que trata a alínea a, inciso I, do art. 155 da Constituição Federal será de oito por cento, a partir de 1º de janeiro de 1992.

Art. 2º. As alíquotas dos impostos, fixadas em lei estadual, poderão ser progressivas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber, nos termos da Constituição Federal. (BRASIL, 1992).

Sendo assim, nenhum Estado poderá ter alíquotas superiores a oito por cento, porém podem ser progressivas de acordo com os valores dos fatos geradores. Contudo, isso também gera divergências em relação ao entendimento, pois muitos profissionais (advogados, tabeliões, etc.) que atuam na área consideram um valor oneroso para os contribuintes e muitas vezes a progressividade não condiz com a realidade.

Em relação à alíquota aplicada no Estado de Santa Catarina, a Lei Estadual nº 13.136/04 em seu art. 9º estabelece alíquotas de 1% a 8%, conforme o valor dos bens e o grau de parentesco dos herdeiros:

Art. 9º As alíquotas para a cobrança do imposto são:  
I - um por cento sobre a parcela da base de cálculo igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II - três por cento sobre a parcela da base de cálculo que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e for igual ou inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

III - cinco por cento sobre a parcela da base de cálculo que exceder a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e for igual ou inferior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

IV - sete por cento sobre a parcela da base de cálculo que exceder a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e;

V - oito por cento sobre a base de cálculo, quando:

a) o sucessor for:

1) parente colateral; ou;

2) herdeiro testamentário ou legatário, que não tiver relação de parentesco com o de cujus.

b) o donatário ou o cessionário:

1. for parente colateral; ou

2. não tiver relação de parentesco com o doador ou o cedente.

Parágrafo único. Para fins de cálculo do imposto, na hipótese de sucessivas doações ou cessões entre o mesmo doador ou cedente e o mesmo donatário ou cessionário, serão consideradas todas as transmissões realizadas a esse título, nos últimos doze meses, devendo o imposto ser recalculado a cada nova doação, adicionando-se à base de cálculo os valores anteriormente submetidos à tributação, deduzindo-se os valores do imposto já recolhidos. (SANTA CATARINA, 2004).

Já no Estado do Paraná, a Lei Estadual nº 18.573/2015 prevê alíquota fixa de 4%, ou seja, não muda, serve para qualquer transmissão, independente do valor da base de cálculo. No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 8.821/89 em seu art. 12 determina que a base de cálculo do imposto seja o valor venal apurado mediante avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual ou avaliação judicial. Sendo expresso em moeda corrente nacional e o seu equivalente em quantidade de UPF-RS (Unidade Padrão Fiscal), obedecidos aos critérios fixados em regulamento.

E as alíquotas são fixadas no art. 18 com base no resultado da soma dos valores venais da totalidade dos bens situados no Estado, aplicando-se a seguinte tabela:

Tabela 1 – Alíquotas do ITCMD no Estado do Rio Grande do Sul

Faixa	Valor do quinhão (em UPF-RS)		Alíquota
	Acima de	Até	
I	0	2.000	0%
II	2.000	10.000	3%
III	10.000	30.000	4%
IV	30.000	50.000	5%
V	50.000		6%

Fonte: RIO GRANDE DO SUL (1989).

O valor da UPF-RS equivale atualmente à R\$ 18,8094 (RS, 2017). Sendo essa mais uma das problemáticas verificadas com relação ao ITCMD, em que divide opiniões, tendo em vista que causa uma oposição em relação à majoração da alíquota em determinados casos como, por exemplo, quando o sucessor for parente colateral.

## 2.8 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva está previsto no art. 145, §1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, 1988).

Entende Amaro (2014, p. 163) que o princípio da capacidade contributiva origina-se de um escalonamento natural em que onde não existe dinheiro torna-se inútil cobrar imposto. E na instituição jurídica do imposto

o que se pretende não é apenas manter a aplicabilidade da lei, mas também preservar o contribuinte, evitando uma contribuição excessiva.

A capacidade contributiva garante que todos poderão arcar com as despesas de acordo com as suas condições, portanto, quando o legislador define uma hipótese de incidência do imposto, deve-se buscar uma realidade fática do contribuinte.

Esse princípio tributário constitui a base para uma justiça fiscal, uma vez que os encargos serão suportados e graduados de acordo com a possibilidade de cada contribuinte. Ou seja, capacidade contributiva é a aptidão do indivíduo, enquanto sujeito passivo de uma obrigação cujo objetivo é o pagamento de um tributo, de suportar a carga tributária, sem que o cumprimento desta obrigação prejudique suas condições mínimas de existência, tenha efeitos confiscatórios ou prejudique o trabalho e a livre iniciativa. (PASSARI, 2010 apud ROCHA, 2011, p. 9).

A transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos é tida como uma hipótese de incidência tributária, tendo em vista que a herança ou a doação acresce ao patrimônio dos herdeiros ou donatários, permitindo assim que contribuam para com o Estado.

### **3 RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO**

Para melhor entender como ocorre na prática a determinação da base de cálculo e a progressividade da alíquota do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação efetuou-se pesquisa de opinião com alguns profissionais que atuam na área.

Foram entrevistados dois advogados, um Tabelião de Notas e Protesto do Município de Campos Novos – SC, um magistrado com competência para o processamento e julgamento dos processos de inventário, um contador e um funcionário da Secretaria de Estado da Fazenda Estadual de Santa Catarina, cujas respostas serão apresentadas nesta seção.



Destaca-se que, a pesquisa de campo foi previamente cadastrada na Plataforma Brasil, obtendo outorga do Comitê de Ética em Pesquisas (CEP) da UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina para a sua realização. Os entrevistados assinaram o respectivo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e seus nomes não serão divulgados.

### 3.1 ENTREVISTA COM ADVOGADOS

O primeiro advogado entrevistado é especialista em Direito Civil, e atua nas áreas do direito público, criminal e na área cível e com questões relativas ao inventário desde que iniciou sua carreira, em 1989. Quando indagado sobre as dificuldades que encontra em relação ao ITCMD, o advogado F.E.S. respondeu que em sua ótica, é em relação ao preenchimento da declaração com as informações necessárias para ser calculada e preenchida a guia, sendo que esse trabalho antigamente era feito pelas exatarias estaduais e hoje é de responsabilidade do advogado.

Destacou também que esse é um processo “um tanto trabalhoso, pois, se perde um bom e precioso tempo para o preenchimento da aludida guia, onde ao invés do próprio órgão arrecadador e interessado no recebimento do tributo efetuar o preenchimento, o trabalho fica para o Advogado.” (F.E.S., informação verbal).

O segundo entrevistado E.M. advoga no Direito Civil, Trabalhista e Empresarial, atuando há aproximadamente 10 (dez) anos nas questões de inventários, o qual destaca que não encontra dificuldades nos processos de inventários.

Quando indagados se concordam com a atual forma de aplicação do ITCMD nos procedimentos de inventários obteve-se respostas diferentes, onde F.E.S. foi objetivo em dizer que “discorda frontalmente, porquanto onera muito os sucessores.” (informação verbal). Já E.M. concorda parcialmente, expondo sua visão.

Entendo que o cálculo do valor do imposto deveria ser o valor venal do bem, tendo em vista que é aquele já utilizado pelo Município para a apuração do valor do IPTU, tendo como parâmetros critérios utilizados pelo Município no qual se situa o imóvel, tais como localização do imóvel, benfeitorias, servindo assim como parâmetro para uma valoração adequada do imposto. (E.M., informação verbal).

Questionados se em seu conceito está correta a competência dos estados para legislar o ITCMD, E.M. entende correta essa competência, tendo em vista as peculiaridades de cada Estado em relação ao valor dos bens que podem variar bastante de um local para o outro do país. Já para F.E.S. tal tributo deveria ser de competência dos Municípios, porque os bens que compõem a herança estão localizados em suas bases territoriais, justificando seu entendimento em razão do princípio da territorialidade, afirmando que a competência para legislar e arrecadar deveria ser das referidas pessoas de direito público interno.

Com relação ao ponto de vista da atual base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), e em relação à questão valor venal x valor de mercado, F.E.S. diz ser uma situação um pouco confusa e contraditória, por ser considerado o valor venal na data da abertura da sucessão e se tem entendido que esse valor é o de mercado. Destacou que, “no entanto, nem sempre o valor venal é igual ao valor efetivo de mercado, existindo muitas vezes, certa defasagem entre o valor venal e o valor de mercado dos bens objeto de inventários.” (F.E.S., informação verbal).

Ainda, segundo F.E.S pelo fato de ser o advogado o responsável pelo preenchimento da guia, o mesmo deve tomar cuidado para informar da forma mais real e fidedigna possível o valor dos bens, sob pena de, em sendo constatadas discrepâncias, receber notificação por parte do fisco estadual para correção e complementação do imposto devido, com multas que podem ser aplicadas, dentre outras penalidades.

E.M. não vê problemática nessa questão, por entender que deveria ser utilizado o mesmo valor apurado pelo Município para fins de incidência do IPTU.

Enquanto F.E.S. entende que deveria haver uma legislação única em todos os Estados e Distrito Federal para regulamentar o ITCMD, E.M. diz que a Lei Estadual nº 13.136/2004 é clara quanto as hipótese de incidência e forma de cobrança do imposto.

Outra problemática que foi indagada aos entrevistados foi com relação à progressividade e percentual máximo da alíquota. Mais um assunto com visões/entendimentos distintos, pois E.M. entende adequada a alíquota máxima de 8% e concorda com a progressividade, defendendo a ideia de permitir “àqueles com patrimônio menor o pagamento de imposto adequado a sua faixa de patrimônio, facilitando a regularização patrimonial em casos onde os bens a serem divididos possuem valor menor.” (informação verbal).

Já F.E.S. discorda totalmente, pensando que deveria haver uma alíquota única de no máximo 2%, afirmando que:

Estaria mais consentâneo com a realidade da grande maioria dos brasileiros. A bem da verdade, nossos legisladores deveriam propor uma grande reforma tributária e adotar um imposto único para todo e qualquer evento que viesse a gerar a incidência de um tributo tal qual é nos EUA, onde existe o imposto único de 6%. Por entender que deveria ser um único percentual, no máximo 2%, penso que não deveria existir a dita progressividade, contudo, meu pensamento resta vencido, porquanto o STF já decidiu que a progressividade do ITCMD não é incompatível com o princípio da capacidade contributiva estabelecida no art. 145, § 1º, da Constituição Federal. (F.E.S., informação verbal).

O último questionamento foi com relação as diferentes alíquotas e a base de cálculo do ITCMD de um Estado para o outro se isso gera insegurança jurídica e desigualdades entre os contribuintes ou não. Mais uma vez houve

dissemelhança nas respostas dos entrevistados, onde F.E.S. pensa que existe sim, e por isso defende a criação de uma legislação única em relação ao ITCMD para todos os Estados e Distrito Federal. Acreditando ser essa a forma mais justa que asseguraria maior igualdade no fenômeno da tributação pela transmissão da propriedade dos bens em razão do falecimento de uma pessoa.

Já E.M. defende a ideia de que cada Estado deva legislar de forma autônoma, para evitar desigualdades regionais, pois acredita que cada Estado da Federação possui suas peculiaridades e o valor dos imóveis varia muito em cada região do país.

A pesquisa de campo comprovou que existem inúmeras controvérsias quanto ao imposto, não só na determinação da base de cálculo do ITCMD, mas também com outras problemáticas apresentadas, como a competência, progressividade da alíquota, percentuais das alíquotas e preenchimento da guia para recolhimento do imposto.

### 3.2 ENTREVISTA COM TABELIÃO DE NOTAS E PROTESTO DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS – SC

L.C.N. é tabelião de Notas e Protesto no município de Campos Novos – SC, e já atua em questões relativas a inventários há 8 (oito) anos. Aponta que a principal dificuldade encontrada em relação ao ITCMD é de explicar para as partes a questão da progressividade e a questão da diferença das alíquotas em razão da quantidade e da espécie do contribuinte.

Em seu entendimento a progressividade da alíquota se justifica, contudo “o fato de a alíquota ser diferente quando se trata de parente colateral, não se mostra justo.” (L.C.N., informação verbal). Com relação à competência dos Estados para legislar o ITCMD ele acredita estar justificada pela realidade econômica financeira.

Conforme seu entendimento, a base de cálculo deveria ser definida pelo valor que efetivamente se deu o negócio, por acreditar que é o que

condiz com a realidade. Destaca sua posição em relação às legislações que regulamentam o imposto como:

Satisfatória para fins de compreensão quanto à base de cálculo, à alíquota, às incidências e os contribuintes. Agora, a questão da justiça tributária é algo que sempre gerará questionamentos e críticas, ainda mais em um país como o Brasil, em que não ocorre o retorno dos tributos em forma de benefícios para a população. (L.C.N., informação verbal).

Com relação à progressividade da alíquota, o tabelião tem uma visão diferente dos advogados anteriormente entrevistados, visto que ele considera a regra, em abstrato, parecer interessante, todavia frisa que na prática, muitas vezes, se mostra injusta. Apontando que o ideal seria o imposto incidir de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte. Com relação à alíquota máxima ele defende que não atende e nem respeita o princípio constitucional da capacidade contributiva.

Questionado sobre o contraste em relação às alíquotas e a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) de um Estado para o outro no nosso país, causando insegurança jurídica e desigualdade entre os contribuintes, L.C.N. entende que “a ideia da diferença das alíquotas, a meu ver, era justamente cumprir o princípio da capacidade contributiva, de modo que se cada Estado tem a sua realidade socioeconômica, cada um tem de tributar de acordo com essa realidade.” (L.C.N., informação verbal).

Sendo assim, percebe-se que na área cartorária se tem uma visão um pouco mais distinta da área advocatícia em relação às questões do ITCMD, com dificuldades diferentes, sendo algo natural pela área em que atua.

### 3.3 ENTREVISTA COM MAGISTRADO

R.B.N é juiz há 8 (oito) anos no Estado de Santa Catarina, e a principal dificuldade que identifica em relação ao ITCMD é que muitas vezes quem

recebe os bens não possui condições ou liquidez para honrar com o imposto no momento que se torna sucessor. Não concorda com a atual forma de aplicação do imposto, pois acredita que a herança jamais poderia ser objeto de tributação, uma vez que já se tem IR (Imposto de Renda), IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores) incidindo sobre os bens todos os anos (R.B.N., informação verbal).

Ele ainda justifica que “certamente, a pessoa que recebe um bem por herança também terá que pagar IR, IPTU, IPVA sobre os bens recebidos (móveis/imóveis), bem como sobre eventual renda gerada (IRPF, IRPJ).” (R.B.N., informação verbal).

Na sua concepção está correta a competência dos Estados para legislar sobre o ITCMD. Sobre a base de cálculo, ele acredita que o valor de mercado e o valor venal deveriam ser apenas um, pois valor venal é, em seu conceito mais clássico, o valor de mercado do bem.

Afirma que às legislações que regulamentam o ITCMD são complexas e muitas vezes conflitantes. O mesmo não concorda com a progressividade da alíquota atualmente aplicada, pois considera o bem e não quem o recebe.

Com relação ao contraste das alíquotas e a base de cálculo de um Estado para outro, ele acredita que não causa insegurança jurídica, porque a previsão está na lei e ninguém pode se eximir de cumprir a lei alegando que não a conhece. Acredita que causa desigualdade, pois, dá o exemplo, dois contribuintes herdaram um imóvel cada um, se as alíquotas forem diferentes há ofensa ao art. 150, II, da Constituição Federal (R.B.N., informação verbal).

### 3.4 ENTREVISTA COM CONTADOR

J.B. é profissional contábil e atua mais especificadamente com a doação. A principal dificuldade que encontra com relação ao ITCMD é esclarecer e justificar a diferença no caso da doação ou do inventário em que esteja beneficiando parentes colaterais ou pessoas não parentes. Quando

questionado se concorda com a atual forma de aplicação do imposto nos procedimentos de inventário, J.B. crê que a intenção do legislador esteja centrada numa forma de redistribuição de rendas e oportunidades, vendo que as alíquotas, se comparadas com outros países, poderiam até ser mais elevadas, principalmente quando se trata de transmissão de terra nua, para se evitar a concentração entre poucos proprietários e o acomodamento de uns em detrimento da falta de oportunidade de outros (J.B., informação verbal).

Com relação à competência dos estados para legislar o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD J.B. diz: “Vejo que esta competência seria melhor administrada e gerenciada a sua aplicação se esta estivesse vinculada ao município de localização, quando se tratar de transmissão de bens imóveis.” (informação verbal). J.B fundamenta seu ponto de vista sobre a atual base de cálculo, afirmando considerar justa a aplicação do valor de mercado, para desestimular o acúmulo de bens, principalmente quando se trata de terra, para que esta possa cumprir com sua função social e não seja transformada em objeto de especulação financeira.

J.B. observa que o Estado, como agente arrecadador, está longe de cumprir sua parcela na devolução daquilo que ele arrecada. Assim, temos que as regulamentações da aplicação dos recursos oriundos desta rubrica carecem de melhor adequação, se o objetivo for fazer com que o ITCMD atue como um instrumento capaz de redistribuir rendas entre a população brasileira.

Quanto à progressividade, a regra, em abstrato, parece interessante. Na prática, porém, ela às vezes mostra-se injusta, de modo que o ideal seria o imposto incidir de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte. Ele destaca que “a alíquota de 8%, a meu ver, não atende nem respeita o princípio constitucional da capacidade contributiva.” (J.B., informação verbal).

No tocante ao contraste das alíquotas e da base de cálculo de um estado para o outro, J.B. entende que a ideia da diferença das alíquotas era justamente cumprir o princípio da capacidade contributiva, de modo que se

cada Estado tem a sua realidade socioeconômica, cada um tem de tributar de acordo com essa realidade.

### 3.5 ENTREVISTA COM FUNCIONÁRIO DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA ESTADUAL DE SANTA CATARINA

A.D.P. é auditor fiscal da Receita Estadual de Santa Catarina e professor universitário, já trabalha há 33 (trinta e três) anos realizando auditorias sobre a tributação nos processos de inventário. Quando questionado sobre as dificuldades que encontra relativamente ao ITCMD, ele destaca o ITCMD Fácil, que veio para simplificar a atuação, principalmente dos advogados, tendo em vista que agora eles podem fazer toda a DIEF – Declaração de Informações Econômico-Fiscais em casa, bem como preencher o DARE – Documento de Arrecadação de Receitas Estaduais e recolher, sem a participação do fisco. Sobretudo, o mesmo afirma que o Fisco está sempre à disposição para auxiliar, orientar, etc.

Ele concorda com a atual forma de aplicação do imposto, justificando que com o ITCMD Fácil, houve uma simplificação muito grande, a qual permite que o próprio contribuinte quantificar a base de cálculo, aplicar a alíquota correspondente e recolher o DARE sem intervenção do fisco no processo.

Em relação à competência dos estados para legislar o ITCMD ele julga adequada, destacando que “as Unidades Federadas e o Distrito Federal receberam esta competência da CF/88 e creio que neste mister foi acertada.” (A.D.P., informação verbal).

Quanto à base de cálculo ele crê que o valor de mercado é o mais justo, porém tem o complicador de aferir, enquanto o valor venal é mais transparente. Ele afirma que em Santa Catarina a legislação está bem sintética e clara, porém em algumas unidades federadas ainda é um pouco complicado, embora a maioria já tenha “copiado” a legislação catarinense.



Em sua visão, no que tange à atual alíquota máxima e a sua progressividade, ele destaca que, para os bens de valores mais baixos poderia ter uma alíquota menor, mas quando se tratar de valores elevados, ou grandes fortunas, poderia ser elevada. Ele ainda cita o exemplo do Japão, onde o imposto sobre herança é de valor altamente expressivo, alcançando a alíquota de 70%.

A.D.P. afirma que o contraste em relação às alíquotas e a base de cálculo do ITCMD de um Estado para outro não causa insegurança jurídica entre os contribuintes, pois como se trata de um imposto estadual, estando disposto em lei sedimentada. Quanto à desigualdade ele também afirma que não pode ser evocada por se tratar de unidades federadas distintas e com competência para tal.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto em relação ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) pode-se verificar a sua relevância e, que embora seja um imposto antigo, ainda possui muitas controvérsias, principalmente, na determinação da base de cálculo e progressividade da alíquota.

Conforme abordado, o fato gerador do ITCMD é a transmissão e/ou sucessão por morte, doação ou partilha. Sua base de cálculo é o valor venal, porém há discrepâncias em relação à determinação desse valor. Alguns estados consideram como valor venal aquele utilizado pelas Prefeituras Municipais, uma vez que é usado para base de cálculo de outros impostos como o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis). Já em outros estados entende-se como valor venal, o valor de mercado obtido através de imobiliárias, jornais, etc., sendo esse último o utilizado em Santa Catarina.

O ITCMD é um imposto de competência dos estados, onde os contribuintes são os herdeiros donatários, beneficiários, tendo incidência na transmissão de quaisquer bens e direitos devido à sucessão *causa mortis* ou por

doação (*inter vivos*) e, na diferença de partilha. O regulamento do ITCMD de Santa Catarina traz um rol taxativo das hipóteses de isenção do imposto, dentre eles destacam-se: o beneficiário de seguros de vida, o herdeiro, o legatário, o donatário ou o cessionário que houver sido aquinhoado com um único bem imóvel, relativamente à transmissão *causa mortis* ou a doação deste bem, etc.

Com relação à alíquota, sua fixação é de competência do Senado Federal, o qual estipulou 8% como máxima, permitindo a progressividade, porém em alguns estados adotou-se a alíquota fixa de um percentual, enquanto outros adotaram a progressão conforme o valor do bem, sendo esse o estilo usado em Santa Catarina.

Já em relação à capacidade contributiva, essa garante que todos poderão arcar com as despesas de acordo com as suas condições, portanto, quando o legislador define uma hipótese de incidência do imposto, deve-se buscar uma realidade fática do contribuinte. Como se observou através das entrevistas pode se afirmar que as divergências apontadas na teoria de fato acontecem na prática, pois cada profissional tem seu entendimento e suas particularidades, o que, conseqüentemente, divide opiniões e visões com relação às problemáticas questionadas.

Sendo assim, entende-se que a melhor alternativa para determinação da base de cálculo do ITCMD seja via judicial, com profissionais capacitados para atribuir o correto valor venal do bem, pois, principalmente em Santa Catarina, está sob responsabilidade dos advogados e contribuintes tal determinação, e, os mesmos possuem visões e entendimentos distintos que podem interferir no processo.

Vale ressaltar que é um assunto bastante polêmico, o qual gera dúvidas e divide opiniões, sendo assim, não se esgota e fica a sugestão de futuros estudos e ampliação de pesquisas para um conhecimento mais amplo, trazendo novas sugestões que talvez acabem com as problemáticas que pairam sobre o assunto.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 12 maio 2017.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 out. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm). Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Resolução n. 9, de 1992. Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea “a”, inciso I, e § 1º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 6 maio 1992. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/1992/resolucao-9-5-maio-1992-451294-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 maio 2017.

CASSONE, Vittorio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Aílton Soares de. Valor venal não se confunde com valor econômico do imóvel. *Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-09/ailton-soares-valor-venal-nao-confundido-valor-economico-imovel>. Acesso em: 23 abr. 2018.

PARANÁ. Lei n. 18.573, de 30 de setembro de 2015. Promove diversas alterações na legislação tributária do Estado do Paraná. *Diário Oficial*, Paraná, 01 out. 2015. Disponível em: <http://www.contabeis.com.br/legislacao/440959/lei-pr-18573-2015>. Acesso em: 20 abr. 2018.

RAIMUNDO, Celso Pereira; ALMEIDA, Wilson Carvalho de. *Dicionário Imobiliário*. 4. ed. Tubarão: Copiart, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 8.821, de 27 de janeiro de 1989. Institui o Imposto sobre a Transmissão, “Causa Mortis” e Doação, de quaisquer bens ou direitos. *Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 27 jan. 1989. Disponível em: <http://receita.fazenda.rs.gov.br/conteudo/7079>. Acesso em: 22 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. *Fazenda informa valor da UPF para 2018*. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 29 dez. 2017. Disponível em: <https://estado.rs.gov.br/fazenda-informa-valor-da-upf-para-2018>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ROCHA, Cristiny Mroczkoski. *Aspectos Controvertidos do ITCMD*. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SANTA CATARINA. Lei n. 13.136, de 25 de novembro de 2004. Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. *Diário Oficial do Estado*, 25 nov. 2004. Disponível em: [http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2004/lei\\_04\\_13136.htm](http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2004/lei_04_13136.htm). Acesso em: 12 maio 2017.

SANTA CATARINA. Lei n. 14.967, de 7 de dezembro de 2009. Dispõe sobre a adoção de medidas para facilitar a liquidação dos créditos tributários inscritos em Dívida Ativa e a maior eficácia na sua cobrança e adota outras providências. *Diário Oficial do Estado*, 7 dez. 2009. Disponível em: [http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2009/lei\\_09\\_14967.htm](http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2009/lei_09_14967.htm). Acesso em: 12 maio 2017.

SANTA CATARINA. Regulamento do imposto sobre transmissão “causa mortis” e doação, de quaisquer bens ou direitos. [2012]. Disponível em: [http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/regulamentos/itcmd/ritcmd\\_04.htm](http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/regulamentos/itcmd/ritcmd_04.htm). Acesso em: 15 jun. 2017.

SANTA CATARINA. Secretaria do Estado da Fazenda. *Iniciar ou Retificar a Declaração do ITCMD*. 2017. Disponível em: [http://www.sef.sc.gov.br/servicos/servico/51/Iniciar\\_ou\\_Retificar\\_Declara%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_ITCMD](http://www.sef.sc.gov.br/servicos/servico/51/Iniciar_ou_Retificar_Declara%C3%A7%C3%A3o_do_ITCMD). Acesso em: 13 jul. 2017.

SANTA CATARINA. Secretaria do Estado da Fazenda. *Isenção do ITCMD – Pedidos de Isenção*. 2017. Disponível em: [http://www.sef.sc.gov.br/servicos/servico/53/Isen%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_ITCMD\\_-\\_Pedidos\\_de\\_Isen%C3%A7%C3%A3o\\_](http://www.sef.sc.gov.br/servicos/servico/53/Isen%C3%A7%C3%A3o_do_ITCMD_-_Pedidos_de_Isen%C3%A7%C3%A3o_). Acesso em: 13 jul. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



# A EFETIVA PUNIÇÃO COMO MEIO DE PREVENÇÃO DOS DELITOS: UM ESTUDO SOBRE A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

Matheus Alves Vidal<sup>1</sup>

Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo averiguar a possibilidade da adoção, pelo Brasil, da chamada “Política de Tolerância Zero” como instrumento de combate e redução da criminalidade. Para tanto, foram utilizados os métodos jurídico exploratório e hipotético dedutivo; a natureza da discussão foi qualitativa, empreendendo-se um estudo bibliográfico e jurisprudencial. O objetivo foi a abordagem das teorias e finalidades das penas, bem como o atual cenário de impunidade que experimentamos no país e a apresentação de casos práticos em que a Política de Tolerância Zero se mostrou possível e eficaz. O trabalho é dividido em três partes, trazendo inicialmente uma correlação entre a criminologia e a criminalidade. Após, serão abordadas as teorias e finalidades da pena, bem como a atual situação de impunidade no Brasil. Ao final, será apresentada a Teoria das Janelas Quebrada e em quais premissas esta se baseia, relatando-se casos práticos de sua adoção e os respectivos resultados práticos. A relevância do trabalho está na construção de uma análise dura e necessária sobre o caminho da manutenção da ordem, desvelando a falida política criminal brasileira e correlacionando criminalidade e impunidade. Trata-se de uma reflexão oriunda de uma pesquisa ainda em andamento e, portanto, sem pretensão de respostas conclusivas.

**Palavras-chave:** Teoria das janelas quebradas. Tolerância zero. Desordem. Criminalidade. Impunidade. Política criminal. Lei Maria da Penha.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; matheus.a.vidal@hotmail.com

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

## 1 INTRODUÇÃO

Para que o Estado formule e aplique Políticas Públicas de qualidade, imprescindível se faz a verificação de experiências práticas que, uma vez adotadas, obtiveram sucesso e mostraram-se instrumentos eficazes à perseguição de um fim. Logo, a importação de teorias sem a realização de uma profunda análise de sua viabilidade, baseada no mero subjetivismo ou a simples intuição, carece de segurança e pode gerar seríssimos problemas sociais, econômicos, culturais e colocar em perigo a ordem jurídica instaurada na sociedade.

O Princípio da Intervenção Mínima assentado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 merece atenção, uma vez que, em razão de sua indispensável observação, somente haverá direito quando a lei descrever um fato como crime, caso contrário, quando ela nada dispuser, não terá espaço a atuação criminal do Estado. Tal princípio possui dois destinatários: o legislador, do qual se exige que possua cautela ao eleger as condutas que merecem ser protegidas pelo direito penal e tipificadas como infrações penais e os Operadores do Direito, de modo que, sempre que a satisfação de um direito e a solução de um litígio for possível através de outros ramos do Direito, a solução via Justiça Criminal será afastada.

A problemática a ser abordada no presente trabalho é a atual e preocupante situação da criminalidade no Brasil, decorrente do insucesso do Estado em suas tentativas de reduzir e combater as transgressões às leis, bem como o evidente fracasso do Sistema Político Criminal Brasileiro que há anos vem sendo derrotado pela ascensão da delinquência.

Esse trabalho se divide em três partes. O primeiro momento trata da correlação entre criminologia e criminalidade, identificando as origens do crime, o objeto de estudo da criminologia e suas escolas e demonstrando de que modo a Política Criminal pode ser determinante na prevenção de crimes. O segundo realiza uma breve exposição sobre a origem, as teorias e as finalidades da pena, apontando dados estatísticos da crescente violência no país e os



reflexos causados pelo crime na sociedade brasileira. O terceiro apresenta a Teoria das Janelas Quebradas e a experiência de aplicação prática desta nos Estados Unidos da América e no Brasil, averiguando-se a possibilidade da adoção de uma “Política de Tolerância Zero” em solo brasileiro.

## **2 CRIMINOLOGIA E CRIMINALIDADE**

O crime não é nenhum tipo de epidemia ou doença, mas um doloroso problema interpessoal e comunitário. Faz parte do cotidiano, nasce na comunidade, sendo um problema da comunidade e por ela deve ser resolvido (MOLINA; GOMES, 2006, p. 310).

O erro é inerente ao ser humano e, portanto, todo indivíduo está sujeito ao cometimento de delitos, seja culposa ou dolosamente.

De acordo com Shecaira (2009, p. 49), Marx acreditava que o Direito e o crime compunham a superestrutura social, variando conforme a alteração da infraestrutura, da base econômica e do sistema de produção. Em outras palavras, o crime seria consequência natural de determinadas estruturas econômicas que, com o passar do tempo, podem ser modificadas.

Nessa esteira, a Criminologia analisa o fenômeno delitivo e como ele aparece no meio social, o descreve através de seus instrumentos e técnicas, diagnosticando sua causa e efeitos e fornece informações empíricas, objetivando, antes de tudo, a prevenção do delito. Por sua vez, à Política Criminal cumpre transformar tais informações criminológicas em realidade, fornecendo estratégias e opções para que o legislador e o Poder Público utilizem-nas na prática, através do controle social, com o propósito de combate e prevenção da criminalidade.

### **2.1 CONCEITO, OBJETO E ESCOLAS DA CRIMINOLOGIA**

A palavra “criminologia” deriva etimologicamente do latim “crimino” (crime) e da expressão grega “logos” (tratado ou estudo) (DE

PAULA, 2013, p. 10). Neste sentido, trata-se do estudo do crime, sob o ponto de vista social, humano e cultural, suas circunstâncias e efeitos na sociedade.

Segundo De Paula (2013, p. 10), a expressão “criminologia” foi utilizada pela primeira vez por Paul Topinard, recebendo aplicação internacional por Raffaele Garófalo, em seu livro *Criminologia*, em 1883.

Para melhor entendimento do tema proposto neste trabalho, passamos a abordar alguns conceitos de Criminologia, sob a descrição de vários autores renomados no campo doutrinário e acadêmico.

Crespo (2009, p. 2) aduz que a Criminologia é o estudo do crime, possuindo interesse pelo crime e pelo criminoso, através de uma visão crítica e ampliada. Ainda, complementa que a Criminologia se dedica ao estudo do delito como problema e fato social e tem como características que abarcam o autor, a vítima, o Estado e as políticas públicas, bem como a participação dos indivíduos.

Para Farias Junior (2001, p. 6), a Criminologia trata-se de uma ciência do homem que tem por objeto de estudo o criminoso, sua natureza, personalidade e os fatores criminológicos. Também estuda a criminalidade, sua nocividade social geradora de insegurança e intranquilidade aos membros da sociedade, assim como soluções para o problema da criminalidade.

A definição de Criminologia para Molina e Gomes (2006, p. 28) merece destaque. Para os autores, a Criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar que estuda o infrator, a vítima e o controle social, prestando uma informação válida e contemplando o crime como fenômeno individual e social, buscando programas de prevenção eficaz do delito e técnicas de intervenção no homem delincente.

Consoante o entendimento de Lyra (1995 apud DE PAULA, 2011, p. 11), a Criminologia deve ser concebida como ciência e possui como objeto de estudo as causas e concausas da periculosidade e da criminalidade, suas manifestações e efeitos, bem como a política a combater a origem do crime.

Por derradeiro, Shecaira (2012, p. 35) entende a Criminologia como um estudo e explicação das infrações penais, dos meios formais e informais

utilizados pela sociedade para tratar o crime com base na postura da vítima e do autor sob o enfoque desviante.

Logo, para a Criminologia o delito se apresenta, antes de tudo, como problema social e comunitário.

Molina e Gomes (2006, p. 31-32) expressam que, enquanto a Criminologia é uma ciência do “ser”, baseada na experiência humana, o Direito é uma ciência do “dever ser”, baseada na cultura humana. Desta forma, a primeira baseia-se na observação da realidade e a segunda, utiliza método lógico e dedutivo. Sustentam ainda os autores, que a Criminologia busca conhecer a realidade para explicá-la, aproximando-se do fenômeno do crime sem prejuízos ou mediações, com o intuito de captar apenas informações. Em contrapartida, o Direito valora, ordena e orienta aquela, descrevendo o crime como fato hipotético e tipificando-o.

O controle social dispõe de diversos instrumentos para atingir seu fim. Primeiramente, de sistemas normativos positivados, como a Constituição e as Leis, bem como consuetudinários, entre eles a religião, os costumes e os princípios sociais. Segundo, de instituições e órgãos, como o Poder Judiciário, os partidos políticos e a família. Dispõe também de variadas estratégias e respostas sociais, incluídas aqui a repressão e a prevenção ao delito. Igualmente, as sanções positivas ou negativas efetivadas pelo Estado também são meios de controle social.

## 2.2 A PREVENÇÃO DO DELITO ATRAVÉS DA POLÍTICA CRIMINAL

Como já dito, o delito é inseparável da convivência em sociedade. Infrações penais, mesmo que caracterizadas por pequenos desvios de conduta, são naturais desde que o homem decidiu viver em grupo e se relacionar com seus semelhantes.

Neste sentido, surge a Política Criminal, a qual busca entender o meio em que está inserido o criminoso e evitar o cometimento de crimes. A atuação dessa política pode ser preventiva, preocupando-se com a raiz da delinquência, intervindo antes mesmo da ação criminosa, ou repressiva, importando-se com a sanção que o Estado lançará sobre o delinquente e que tipos de efeitos esta surtirá sobre o criminoso e sobre a sociedade.

Garcia (2013, p. 23) buscou conceituar Política Criminal. O advogado e professor penalista assevera que se trata, a Política Criminal, de ciência e arte consoante aos meios preventivos e repressivos utilizados pelos três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, para combater o crime. Como ciência, a Política Criminal estabelece princípios e, como arte, realiza a sua aplicação.

Logo, Política Criminal é gênero do qual as políticas públicas são espécies, aonde o termo “política” acrescido do adjetivo “pública”, remete aos projetos dos programas sociais utilizados como ferramentas para a realização de objetivos sociais relevantes (SHECAIRA, 2009, p. 173).

A relação existente entre Criminologia e Política Criminal é complexa. Parece lógico que o conhecimento empírico sobre as causas do crime possui poder para assegurar o controle do crime, bem como sua prevenção eficaz (MOLINA; GOMES, 2006, p. 124). Certamente, para alcançar essa prevenção que consiste no objetivo real do Estado de Direito e, para que a harmonia e a paz social reinem na sociedade, é imprescindível que sejam adotados dois tipos de medidas, diretas e indiretas, que irão atingir os delitos.

De Paula (2013, p. 38) cita que as medidas indiretas possuem duplo viés: o indivíduo e o meio em que este sujeito se encontra inserido. Em relação ao indivíduo, aduz, devem ser analisados aspectos inerentes ao “ser”, enquanto em relação ao meio, deve ser analisado o “estilo de ser”, sob o prisma da redução e prevenção da criminalidade.

Fatores como a miséria, a educação precária, o desemprego e a desorganização dos meios de comunicação em massa contribuem para o

lançamento do sujeito ao mundo do crime. Porém, é importante realçar a expressão “contribuem”, de modo que, não justificam, por si só, a delinquência.

Em outro plano, temos as medidas diretas. Utilizando novamente o entendimento de De Paula (2013, p. 39), tais medidas estão direcionadas para a prevenção do delito, mas encontram-se no campo da ordem jurídica, revelando-se através da efetiva punição dos crimes. Geralmente, a atuação da polícia é indispensável nessas medidas, a fim de que os valores morais, a ordem pública e a manutenção da civilidade não sejam desfeitas.

Assim sendo, a prevenção do crime por meio da Política Criminal interessa não somente ao Poder Público, mas à comunidade inteira, uma vez que, sendo a criminalidade um problema comunitário, sobre toda a comunidade irão recair o controle e a ação do Estado.

Os doutrinadores criminologistas dividem a prevenção da criminalidade em três grupos, os quais passarão a ser abordados sucintamente.

Calhau (2009, p. 91) assevera que a prevenção primária se dirige a toda a população, sendo geral, demorada e demandante de altos investimentos por parte do Estado, sendo a prevenção genuína. Neste contexto, seriam foco da prevenção primária a educação, o trabalho, a formação intelectual e humana e o bem estar social.

A prevenção secundária, por sua parte, manifesta-se não onde o crime é gerado, mas onde ele se exterioriza, operando-se a curto e médio prazo. Essa forma de prevenção é dirigida a certos grupos sociais que ostenda uma maior possibilidade de causar risco à sociedade e protagonizar a criminalidade (MOLINA; GOMES, 2006, p. 313).

A prevenção terciária, por último, possui destinatário certo e determinado: o condenado, geralmente recluso, para que este não volte a delinquir. Conforme Molina e Gomes (2006, p. 313), das três formas de prevenção, essa é a que mais se distancia dos fatos geradores do crime e a que possui o maior caráter punitivo.

Cumprido destacar, a prevenção terciária trata-se de uma intervenção parcial, tardia e insuficiente.

### **3 A (IM)PUNIDADE NO BRASIL**

O delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Embora a criminalidade seja um fenômeno social normal, não podemos admitir que as relações do homem sejam contaminadas pela violência e retirem a harmonia da convivência em sociedade.

#### **3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS PENAS**

Beccaria (2014, p. 94) já alertava os homens sobre a necessidade da prevenção dos delitos. Segundo o autor, melhor do que punir os delitos é preveni-los, sendo que todo sábio legislador deve preocupar-se em impedir o mal ao invés de repará-lo. Ainda, observava o autor, que uma boa legislação nada mais é do que a arte de proporcionar aos homens o melhor bem-estar possível, livrando-os de todos os desgostos que possam vir a experimentar, de acordo com o cálculo do bem e do mal existente.

Segundo Greco (2003, p. 536) a primeira pena aplicada na sociedade dos homens ocorreu no paraíso, quando a serpente induziu Eva a comer o fruto proibido, e esta, incitou Adão a fazer o mesmo, levando Deus a expulsá-los do paraíso, como forma de sanção.

De lá para cá, muito mudou, desde o fim justificador da pena até as diferentes formas de conceber o castigo.

O homem enquanto indivíduo de uma sociedade está subordinado aos ditames criados por esta, revelados por meio dos costumes ou das regras impostas positivamente. Para fins didáticos e uma melhor separação das fases de concepção da pena, os doutrinadores costumam dividi-las em fase da vingança privada, divina e pública.

No entendimento de Lima (2006, p. 11), a fase da vingança privada mostra-se a fase mais primitiva experimentada pela coletividade, onde a punição tem aspecto de simples reações do instinto humano em oposição a tudo aquilo que pudesse ameaçar a sobrevivência individual ou do grupo.

Temia-se a chuva, as trovoadas, os relâmpagos, os terremotos e todos aqueles fenômenos naturais que causassem espanto. A explicação para isso era que os seres superiores, através destas manifestações, estavam punindo os indivíduos do grupo que cometeram o mal à outrem.

Como o instinto estava acima de tudo, a reação imediata da vítima em prejuízo do agressor era concebida como justiça. Muitas vezes, além do agressor, ocorria o extermínio do próprio grupo com quem este habitava. A necessidade de impor limites à vingança privada e punir apenas o agressor faz nascer as primeiras sementes da regulação jurídica sobre a sociedade.

Posteriormente, com a fase da vingança divina, passou-se a acreditar que a punição através da pena permitia ao agressor a purificação da alma, bem como a satisfação dos deuses. Nesse período, a pena era aplicada pelos sacerdotes, que aplicavam penas severas e cruéis por uma espécie de delegação divina, com o objetivo principal de intimidar a população (LIMA, 2006, p. 3).

Superadas as fases da vingança privada e vingança pública, o próprio Estado passou a ser o detentor do monopólio do poder de aplicação das penas, através da figura do rei, o soberano que exercia sua autoridade de maneira arbitrária e também em nome de Deus.

Com a fase da vingança pública, o Estado adquiriu uma maior estabilidade e ao soberano foi confiada segurança, mesmo que a aplicação da pena fosse severa e cruel. Deste modo, o Estado, por meio da religião, justificava a proteção ao soberano, citando como exemplo a Grécia, onde se governava em nome de Zeus, intérprete e mandatário do Príncipe (MIRABETE, 2009, p. 187)

Sobre o assunto, Thumé (2015, p. 13) expõe que a pena de morte era muito aplicada na época, sendo que os bens dos condenados eram todos confiscados e, na maioria das vezes, a pena era estendida aos parentes do condenado.

### 3.2 AS TEORIAS DAS PENAS

As teorias das penas objetivam classificar a pena de acordo com sua natureza e finalidade, justificando o poder punitivo do qual o Estado se utiliza para manter a ordem jurídica e sancionar os desvios de conduta dos seres humanos.

Bitencourt (2014, p. 132) nos ensina que é interessante destacar a passagem de uma concepção retributiva da pena para uma objetivação preventiva desta, sendo que pelo menos três vertentes explicam a finalidade da pena e a função que esta exerce diretamente sobre a sociedade. A conclusão de que a pena é necessariamente retributiva, por si só, não autoriza conclusão alguma sobre como o sentido da pena estatal deve ser entendido.

Na lição de Beccaria (2014, p. 59), as vezes nos abtemos de punir determinado crime quando há o perdão do ofendido. Tal ato é benevolente, contudo, contraria o interesse público, de modo que um particular pode deixar de exigir que o mal lhe causado não seja reparado. Todavia, o perdão do ofendido jamais pode prejudicar a necessidade do exemplo.

A primeira teoria da pena a ser tratada é a teoria absoluta, também chamada pelos doutrinadores de teoria retributiva da pena.

Vieira (2007, p. 14-15) afirma que o nascimento da teoria absoluta ocorreu enquanto vigorava um Estado absolutista, onde todo o Estado e o poder da justiça encontravam-se concentrados nas mãos do rei, sendo que política e religião confundiam-se entre si.

Ensina Bitencourt (2014, p. 133) que a característica essencial da teoria em apreço consiste em conceber a pena como meio de retribuição ao mal causado através do delito e, sua imposição, justificar-se-ia pelo valor axiológico de punir que o Estado possui.

Nas palavras de Capez (2003, p. 128), “é a retribuição do mal injusto pelo mal justo.”



Os principais representantes da teoria retributiva da pena são Immanuel Kant e Georg Wilhelm Fiedrich Hegel. Não obstante, verifica-se uma evidente diferença entre a formulação de ambos: enquanto Kant acredita que a justificação da pena é de ordem ética e baseia-se no valor moral que a lei penal transgredida pelo autor possui, Hegel considera que a necessidade de punir é de ordem jurídica, de modo que a reparação do direito violado seja fundamental para que a norma legal seja reestabelecida (BITENCOURT, 2014, p. 135).

Sob outra perspectiva estão as teorias relativas ou preventivas da pena, as quais tem apoio na premissa maior de que a pena tem um fim intrinsecamente prático, qual seja, a prevenção de delitos futuros.

A formulação mais antiga das teorias relativas comumente é atribuída a Sêneca, o qual, utilizando-se de Protágoras de Platão, afirmou que ninguém é punido em razão do pecado que cometeu, mas sim para que não volte mais a pecar (HASSEMER, 1984, p. 347 apud BITENCOURT, 2014, p. 142).

Menezes (2014, p. 31) aduz que a teoria relativa da pena possui Beccaria como principal idealizador, o qual considera que a pena serve de meio para alcançar um fim utilitário, ou seja, prevenir delitos.

Utilizando-se do critério de prevenção, Bitencourt (2014, p. 142-143) divide as teorias relativas em prevenção geral e especial, e esta última, em positivas e negativas. O autor explica que a prevenção geral incide sobre todos os membros da coletividade, através da intimidação e da finalidade pedagógica da pena, responsável pela pacificação social. Por seu turno, a prevenção especial positiva dirige-se à reeducação do delinquente, enquanto a prevenção especial negativa volta-se à neutralização ou eliminação do criminoso perigoso.

Finalmente, consoante à classificação doutrinária, a teoria mista ou unificadora da pena tenta consolidar um conceito único para justificar a pena.

Carrara (2002, p. 78) entende que, para a teoria mista da pena, a ordem jurídica deve ser reafirmada, observando-se a culpabilidade do agente, porém a educação e correção também revelam-se como prevenção.

Logo, a pena deve preocupar-se tanto em prevenir quanto retribuir a infração praticada. Bitencourt (2014) reconhece que Merkel, em meados do século XX, foi o precursor desta teoria na Alemanha.

Convém ressaltar que “a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno da pena.” (MIR PUIG, 2010, p. 46 apud BITENCOURT, 2014, p. 155).

### 3.3 O IMPÉRIO DO MEDO E A IMPUNIDADE COMO REGRA

O aumento da criminalidade no Brasil é gerado, dentre outros fatores, pela fragilidade da ameaça penal aos delinquentes e pelo fracassado Sistema Político Criminal Brasileiro. O verdadeiro efeito dissuasório da pena se encontra fundamentalmente na percepção subjetiva do infrator com relação à potencialidade da efetiva imposição do castigo. Desta forma, será determinante não a maior ou menor severidade do castigo, mas sim pela possibilidade de o agente criminoso pagar pela sua prática delituosa (MOLINA; GOMES, 2006, p. 317)

A impunidade vivenciada em nosso país é consequência direta de uma mentalidade que fora instituída por uma enxurrada de teorias sobre o crime, que por um ou outro motivo, possuem como pretensão desresponsabilizar o criminoso. Várias teorias tratam a punição como um mal. Logo, a impunidade seria fruto de uma ordem social mais equitativa e justa, proporcionando a igualdade social, por mais hipócrita que isso pareça aos olhos de quem não está com a visão distorcida por ideologias “vendidas” (PESSI; DE SOUZA, 2017, p. 12).

Diariamente, os noticiários e jornais que correm o país noticiam a triste realidade enfrentada pela sociedade brasileira, a qual há um bom tempo está acuada, refém de criminosos muito melhor armados do que a própria polícia e mais bem articulados do que os Órgãos de inteligência nacional.

Os reflexos desse medo não atingem apenas o campo individual do ser humano. Vão além, privando as pessoas do lazer em família, da ida aos estádios de futebol para assistirem os times pelo quais torcem jogarem e de fazerem tudo àquilo que uma pessoa, em pleno gozo da liberdade e livre da insegurança pública, poderia fazer.

Segundo dados trazidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017), apenas no ano de 2016, o Brasil registrou quase 54 mil vítimas de homicídios dolosos, o que equivale a um homicídio praticado no país a cada 10 minutos. Ainda, de acordo com o citado Fórum, não se vislumbra melhoras nesse quadro, uma vez que o número de vítimas de homicídio no Brasil cresceu 20% entre 2011 e 2016, sendo que o Brasil ocupa, atualmente, a 7ª posição dos países mais violentos da América Latina.

Em 2012, foi divulgado o Relatório Nacional da Execução da Meta 2 da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP), estabelecida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça. Conforme constatou esse documento, o índice de crimes de homicídio elucidados no Brasil é ínfimo, estimando-se através de pesquisas realizadas pela Associação Brasileira de Criminalística, que esse número varie entre 5% e 8%. Nos Estados Unidos, esse percentual chega a 65%, a 80% na França e 90% no Reino Unido.

Um dos aspectos que dificulta o esclarecimento e consequente punição dos homicídios no Brasil é a falta de um Indicador Nacional de Investigação de Homicídios, o qual permitiria uma verificação segura do andamento das investigações e seus desfechos.

Em decorrência desse extremo grau de impunidade no país, embora descoberta a autoria do criminoso, uma imensa quantidade de crimes não chegam sequer a ser denunciados, seja pelo fato de o autor já ter falecido, por as provas não serem suficientes ou pela prescrição punitiva do Estado.

Logo, o patrocinador da tragédia brasileira, motivadora da incerteza da punição, da lacuna possibilitada pela lei que permite ao delinquente

acreditar que não será punido pelos seus atos, é essa camada social que rege, impera e governa sempre em nome próprio, através de um círculo impermeável de comando, sem que haja representação da nação (PESSI, DE SOUZA, 2017, p. 42-43).

Defenderia Beccaria (2014, p. 59) que não é o rigor do suplício que previne os delitos, mas a certeza da punição. A possibilidade de um castigo moderado, porém infalível, sempre provocará uma impressão mais rigorosa do que o vago temor de um castigo horrível, sobre o qual permeia certa possibilidade de impunidade. No Brasil, ocorre justamente o contrário.

Os alvos das ações dos marginais aumentaram, a disponibilidade e o fácil acesso à armas de fogo também. Aumentou o acesso a informações, antes confidenciais, seja pela transparência dos órgãos de Estado, seja pela desmedida utilização das redes sociais. Porém, a capacidade preventiva do Sistema Político Criminal brasileiro não acompanhou essa realidade. Mudou-se a natureza dos crimes, mas o Estado teima em prover as mesmas respostas, principalmente por conta do verme que declara guerra à vida civil e desconstrói pouco a pouco a sociedade brasileira, que, nas palavras de Pessi e De Souza (2017, p. 106-107), “tem nome e sobrenome: atende por *Garantismo Penal*, filho bastardo do *Marxismo Cultural*, gestado no ventre de aluguel do *Positivismo Jurídico*.”

Conforme explicita Martins (2009, p. 23), as reformas estruturais e legais ou as políticas anticontrol formal, são as principais responsáveis pelo enfraquecimento dos sistemas de controle do crime implantado no Brasil. Entre as transformações decorrentes de tais mudanças que retiram do Estado a capacidade de produzir segurança e justiça no país, o autor aponta que houve:

- a) diminuição das penas e descriminalização de condutas, em vez da punição e tratamentos adequados serem promovidos;
- b) confusão entre a garantia constitucional do devido processo legal, de modo que os recursos protelatórios foram ampliados e

- neutralizaram qualquer efeito punitivo decorrentes das sanções penais;
- c) tolerância com novos e antigos hábitos que atentem contra a paz pública, como as pichações, a prostituição, a bebedeira pública e o consumo de drogas;
  - d) imposição de limites às ações dissuasórias da polícia, em lugar de prover a regulamentação e responsabilização objetiva dos abusos praticados por policiais, sem a retirada de sua capacidade dissuasória.

Mas a estratégia das prioridades policiais que ocasiona a ausência de repressão aos pequenos delitos em que não se verifica violência ou graves ameaças à vítima, não é a única responsável pela indesejável realidade brasileira.

O Direito Penal brasileiro, assim como os demais ramos do Direito brasileiro, apoia-se em princípios. Dentre os quais, dois merecem análise: o princípio da intervenção mínima e o princípio da fragmentariedade.

Cesar Roberto Bitencourt (2014, p. 54) assevera que o princípio da intervenção mínima, também chamado de *ultima ratio*, serve de orientador e limitador do poder do Estado, de modo que, a criminalização de determinada conduta só possui legitimidade se constituir meio necessário e objetivar a prevenção de ataques a bens jurídicos considerados importantes.

Neste sentido, a aplicação do Direito Penal só seria possível se outros ramos do Direito não fossem, por si só, capazes de tutelar as ameaças e lesões aos bens protegidos pelo ordenamento jurídico. Conforme arrazoa Rubin (2011), trata-se do princípio base do movimento penal intitulado “Direito Penal Mínimo”.

Bens jurídicos hoje pouco protegidos no Brasil, como a ordem pública, a tranquilidade e o sossego alheio, também são merecedores da proteção pelo ordenamento jurídico e pela Política Criminal. Primeiramente,

porque protegendo-os está se evitando que crimes violentos se desenvolvam e venham a ser cometidos. Em segundo, pois através da demonstração de intolerância do Estado em relação a qualquer tipo de desvio de conduta, reafirma-se a soberania do Poder Público e da vontade coletiva. Sendo assim, não prospera a ideia de invocação do Direito Penal para reprimir os crimes violentos se o Estado desprezou a prevenção destes, através da coerção dos crimes menores.

Por seu turno, o princípio da fragmentariedade orienta que nem todas as ações que lesionam um bem jurídico devem ser protegidas pelo Direito Penal, assim como nem todos os bens jurídicos devem por ele serem protegidos (BITENCOURT, 2014, p. 55).

Cavalcanti (2005 apud BITENCOURT, 2014, p. 55), entendendo que o princípio da fragmentariedade é corolário do princípio da intervenção mínima, aduz que o Direito Penal protege apenas valores que sejam imprescindíveis para a sociedade, não servindo o Direito Penal de instrumento de proteção de todos os bens jurídicos, havendo a necessidade de imposição de limites ao legislador pátrio.

A problemática, mais uma vez, está no equívoco em considerar como “importantes” apenas bens como a liberdade, o patrimônio e a vida. Bens como a tranquilidade, a ordem pública e o sossego merecem ser também protegidos pela norma penal, uma vez que a reiterada transgressão desses delitos e a consequente impunidade é o gatilho que impulsiona a ofensa aos bens tidos como mais importantes para o legislador. Trata-se de prevenção, garantidora da sobrevivência do sistema de proteção social e desencorajadora de atos de desordem e da criminalidade.

Tudo isso que fora até aqui apontado, nos conduz a conclusão insofismável de que os obstáculos enfrentados pelo Brasil atualmente no campo da criminalidade estão muito mais relacionados com a forma de prevenção adotada pelo Sistema Político Criminal, do que com outras causas multifatoriais, como a educação precária, o desemprego, a diferença de classes e a pobreza.

Pessi e De Souza (2017, p. 62), observando a ineficácia das prioridades políticas criminais brasileiras, advertem que “a sementeira é livre, mas a colheita, obrigatória: a aplicação de teorias ‘críticas, garantistas e alternativas’ em matéria penal vem rendendo ao Brasil os únicos frutos produzidos pela mentalidade revolucionária: terror, destruição e morte.”

A atuação do Estado, seja por meio da polícia ostensiva, seja por meio do patrulhamento comunitário e preventivo, deve sempre possuir o escopo de prevenção do delito. Não obstante, de maneira oposta tem sido essa atuação, a qual cada vez mais tem se sustentado em ações paliativas e de simples repressão ao crime.

Importante ressaltar, dentro das estratégias de combate à criminalidade, o agir do Estado também deve possuir olhares no desenvolvimento da economia, na geração de empregos, na estrutura educacional, na melhor distribuição da renda e no desenvolvimento e valorização da força policial, de forma a buscar resultados em médio e longo prazo (LOBO; GONÇALVES, 2017).

#### **4 A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS**

A Teoria das Janelas Quebradas, a qual também é conhecida como “realismo de direita”, trata-se de um modelo norte americano de política criminal, utilizado no enfrentamento e combate ao crime, possuindo como visão fundamental a desordem como fator de elevação dos índices da criminalidade.

O estudo que deu início a essa teoria teve por base uma experiência da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos da América, executada em 1969 por Philip Zimbardo e sua equipe. Philip deixou um carro estacionado em um bairro de classe alta em Palo Alto (CA) e outro carro idêntico no Bronx (NY). Em resumo, veículos idênticos foram utilizados em ambientes sociais e culturais diferentes.

No primeiro dia em que deixado no Bronx, o carro foi totalmente devassado; já o outro carro, deixado em Palo Alto, mesmo após uma semana, permanecia intacto. Com base nessa experiência, os pesquisadores chegaram à conclusão de que a pobreza é um fator determinante no cometimento de crimes.

Na sequência da experiência, Philip resolveu quebrar uma das janelas do carro colocado em Palo Alto, que, até então, não havia sofrido nenhum tipo de danificação. Aos poucos, este veículo ficou totalmente destruído pela ação de marginais inseridos na sociedade.

Desse modo, a nova conclusão dos pesquisadores deu-se no sentido de que, embora a situação econômica-social a qual está inserida o delinquente possua relevância, o fator determinante, primordial, que leva à transgressão das leis, é a sensação de impunidade, a qual toma corpo quando observado um menosprezo e despreocupação quanto às regras de convivência social e a não presença do Estado no meio comunitário.

Em março de 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminalista George Kelling, elaboraram um artigo publicado no Jornal norte americano *The Atlantic*, denominado “Broken Windows: *The Police and Neiborhood Safety*” (Janelas Quebradas: A Polícia e a Segurança da Comunidade), no qual defendem a premissa de que a desordem gera desordem e que, ao punir os pequenos desvios, estaria o Estado prevenindo os delitos mais graves.

Para Lobo e Gonçalves (2017, p. 185) a Teoria das Janelas Quebradas possui embasamento em dois critérios, quais sejam, o moral e o espacial. O primeiro critério entabula severas penas aos pequenos delitos, enquanto o segundo busca a restituição do ambiente que desmoronou por conta da criminalidade, buscando a restauração da ordem e da posturas da população.

Cumprе destacar a divisão feita por Coutinho e Carvalho (2003, p. 156) para separar grupos de seres humanos. Para os autores, existem dois tipos de seres humanos: os ordeiros e os desordeiros. Os ordeiros seriam as “pessoas de bem”, determinadas de acordo com a visão média da classe



dominante e com os princípios do Estado. Por sua vez, os desordeiros seriam aquelas pessoas indesejáveis e que não possuem boa convivência com seus semelhantes, como, por exemplo, os vadios, bêbados, andarilhos e prostitutas.

Seguindo a lógica de Coutinho e Carvalho (2003), podemos entender que é justamente esse grupo que merece especial atenção do Estado, que, por meio de sua Política Criminal, deve interferir desde logo, nos menores desvios de conduta. Ademais, a mão do Estado deve pesar sobre os pequenos delitos cometidos por esses “desordeiros”, para que tais condutas indesejáveis pela sociedade não desencadeiem delitos graves.

Conforme aponta Conde (1975) “comportamentos não privilegiados são contagiantes”, surgindo aí, a necessidade de puni-los, para que não venham a contaminar toda a população no futuro.

Partindo desta ideia, Kelling e Wilson (1982) utilizaram a referida Teoria para demonstrar como a criminalidade pode acarretar um verdadeiro caos em determinada sociedade, levando-a a ruína e conseqüentemente a sua entrega aos delinquentes desordeiros. Para tanto, ilustraram o objeto de seu estudo utilizando-se da figura de uma janela de um prédio qualquer, que, ao ser quebrada e ficando à vista do público, poderia levar à interpretação de ausência de responsáveis pela ordem no local, refletindo a sensação de abandono do edifício (LOBO; GONÇALVES, 2017, p. 185-186)

Diante disto, poderiam os transeuntes começar a arremessar outros objetos contra o prédio, destruindo os vidros das janelas restantes. Em pouco tempo, a ideia de que o prédio não possui dono seria uma conclusão unânime.

Sem impedimentos e sanções do Poder Público, a sensação de abandono e impunidade se estenderia para toda a comunidade, bem como ações de danos e pichações dariam vez ao cometimento de crimes mais graves, como tráfico de drogas, roubos e homicídios.

Kelling e Wilson (1982) asseveram que crime e desordem estão intimamente ligados, utilizando os autores o vocábulo “sequência desenvolvimental”, uma vez que a quebra das janelas não ocorre

necessariamente em larga escala apenas por determinada região ser habitada por quebradores de janelas ou por amantes de janelas, pelo contrário, mais janelas são quebradas porque as primeiras não foram reparadas e, portanto, quebrar mais janelas não custa nada.

Essa sequência que demonstra a origem das condutas insignificantes até o delito mais grave, é o tema central da Teoria das Janelas Quebradas.

Os quatro principais pontos da Teoria são muito bem exemplificados por Shecaira (2009, p. 167). O autor registra que:

- a) a polícia, ao reprimir os delitos menos graves, adquire muito mais informações e, uma vez bem informada, terá mais contato com os agentes de crimes mais graves;
- b) quando a Polícia está inserida no meio social, na comunidade, e é percebida pelos moradores, o cidadão de bem se sente protegido. Por outro lado, os desordeiros e criminosos se sentem acuados e uma mensagem de intolerância é repassada a estes;
- c) gradativamente, as pessoas voltam a ocupar os espaços públicos e a ordem vai restaurando-se, prevenindo-se também os crimes;
- d) ao passo que os pequenos desvios de conduta e a manutenção da ordem deixam de ser entendidos como tarefa exclusiva do Estado, mas sim, como encargo da coletividade, toda a sociedade passa a cumprir seu papel na prevenção dos delitos, mobilizando-se e enfrentando tais questões de forma habitual.

Nessa esteira, Kelling e Wilson (1982) não se preocuparam apenas com *ius puniendi* do Estado, ou seja, com o poder de punir que o Estado detém sobre o criminoso. Mais do que isso, a preocupação dos autores da Teoria estendeu-se também ao bem estar da sociedade em geral.

Revelando tal preocupação, Kelling e Wilson (1982) citam que se o crime vier a florescer, ocorrerão violentos ataques a estranhos, os moradores

verificarão que os crimes violentos estão aumentando e passarão a modificar seus comportamentos. Passarão então os moradores, a frequentar ruas e lugares públicos com menos frequência, e quando frequentarem, ainda assim demonstrarão estado de medo, deixando de aproveitar seus momentos de lazer.

#### 4.1 O GOVERNO DE RUDOLPH GIULIANI E A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO

Durante a campanha para as eleições da cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, no ano de 1993, um dos temas que geraram maior debate e atenção política foi como acabar com as ações dos *“esqueegemen”*, pessoas que, mediante ameaças, extorquiam dinheiro por terem lavado o para-brisas dos veículos, porém, sem que os motoristas tivessem solicitado o serviço. O extermínio deste tipo de conduta, geralmente praticada por jovens americanos, era uma das principais reivindicações dos eleitores nova-iorquinos, uma vez que viviam sobre constantes ameaças e medo.

Na verdade, como salienta Rubin (2011), a decadência urbana de Nova Iorque havia começado ainda durante os anos 70 e 80, sobretudo, por conta da tolerância de pequenos delitos e desordens. Primeiramente, permitiu-se que sem-teto ocupassem espaços públicos, como o metrô e parques. Segundo, pichações eram toleradas e não combatidas. Ainda, a formação de gangues e a mendicância em semáforos passaram a fazer parte do cotidiano da população.

Não bastassem tais condutas, vários indivíduos adentravam nos metrôs sem o pagamento das devidas passagens, utilizando-se do artifício de pular catracas e, diante da ausência do Estado para reprimir tais condutas, esta forma de delinquência tornou-se corriqueira.

Diariamente, o metrô de Nova Iorque era utilizado por aproximadamente três milhões de pessoas (RUBIN, 2011) e por se tratar de um local fechado e deserto à noite, logo tornou-se um problema.

William Bratton, um renomado policial que obtivera sucesso à frente da Polícia de Trânsito de Boston, foi contratado pela Polícia de Nova Iorque, em 1990, para que buscasse solucionar os problemas do metrô nova-iorquino. As principais constatações iniciais de Bratton sobre o metrô foram em relação ao crime, à desordem e o problemas de passageiros que pulavam as catracas.

Com o objetivo de pôr fim ao caos instaurado no metrô, Bratton passou a concentrar o trabalho da polícia local no imediato combate às desordens, como o não pagamento de passagens e não mais apenas no combate ao crime.

Resolvido esse problema, Bratton passou a aplicar a Teoria das Janelas Quebradas como ferramenta no trabalho policial.

Em pouco tempo, após detenções das pessoas que não pagavam passagens e da intolerância à qualquer tipo de desordem observada no interior do metrô, o prejuízo à municipalidade de Nova Iorque, que passava dos oitenta milhões de dólares por ano, cessou. Também menos roubos foram verificados, as gangues desapareceram e pessoas pulando catracas não eram mais comumente vistas. Cabe dizer, o modelo de trabalho implantado por Bratton possuía dupla função: preventiva e repressiva.

Repressiva, na medida em que não mais tolerava o cometimento de pequenos delitos, como o não pagamento de passagens. Preventiva, pois evitava que delitos mais graves fossem cometidos em decorrência da desordem antes instalada (RUBIN, 2011).

Segundo Lobo e Gonçalves (2017, p. 188), o sucesso da medida adotada no metrô de Nova Iorque contribuiu para que Rudolph Giuliani fosse eleito em 1993 e, em seguida, nomeasse Bratton para chefiar o Departamento de Polícia, possibilitando a reestruturação do sistema de polícia com fundamento nos postulados da Teoria das Janelas Quebradas.

Um das primeiras ações de Bratton na polícia nova-iorquina foi atacar severamente a extorsão praticada pelos *“esqueegemen”*. Não foi nada fácil, até porque, quando da prática da extorsão, não podiam ser os delinquentes

presos, mas eram apenas intimados a comparecer em juízo. Todavia, não comparecendo em juízo em data e hora determinada, a prisão era possível. Por consequência, vários indivíduos foram presos. O tormento dos motoristas findou em poucas semanas e a paz e tranquilidade urbana resgatada.

Rubin (2011) aduz que nem todo aquele que realiza a prática de um delito menor pode ser visto como capaz de cometer um delito maior. Entretanto, alguns destes serão, principalmente se não encontrarem repressão ao pequeno desvio que cometeram. Ademais, o “delinquente menor” pode ter várias informações sobre outras pessoas que praticam crimes e até sobre criminosos perigosos.

Outro ponto que merece destaque foi a implantação do policiamento comunitário em Nova Iorque. Bratton realizou o mapeamento de toda a cidade, classificando em áreas de maior incidência de desordem e criminalidade e colocando um número maior de policiais nessas áreas. Rubin (2011) afirma que Bratton entendia que, muitas vezes, pode-se prevenir o crime apenas com a presença física do policial.

O modelo de prevenção e combate à criminalidade implantado em Nova Iorque, alicerçado na Teoria das Janelas Quebradas, demonstrou resultados muito positivos, ficando conhecido mundialmente como “Operação Tolerância Zero”.

Shecaira (2009, p. 172), um dos críticos da Política de Tolerância Zero, afirma que negros, favelados e pobres são naturalmente propensos ao crime, aquilo que denominou-se *Race profiling*.

Para desconstruir tamanha mentira, Kelling e Wilson (1982) argumentam que a delinquência não está essencialmente nas condições das pessoas, mas no comportamento apresentado pelo delinquente. Logo, a Teoria possui como objetivo inibir o comportamento causador da desordem, independentemente da condição social do agente, bem como preparar um ambiente desfavorável à ascensão da criminalidade.

Com efeito, o que se buscou com a aplicação da Teoria das Janelas Quebradas na política anticrime americana não foi a extinção de todos os delitos, nem mesmo a solução para todos os males da sociedade nova-iorquina. Todavia, o problema da criminalidade exigia medidas multifatoriais, mostrando-se a Política de Tolerância Zero um importante instrumento de prevenção e combate aos menores e maiores delitos.

#### 4.2 A RECENTE APLICAÇÃO DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LEI MARIA DA PENHA

O surgimento da Lei Maria da Penha no cenário jurídico nacional se deu com o objetivo de primeiro prevenir e depois erradicar toda forma de violência no meio familiar ou doméstico, havendo um significativo endurecimento da lei penal em relação aos agressores de mulheres (MEDEIROS; MELLO, 2016, p. 2)

A Lei n. 11.340/06 nasceu pela necessidade da comunicação à sociedade de um novo paradigma: a partir daquele momento, a violência doméstica não seria mais tolerada, ainda que mínima, pois qualquer forma de violência, seja ela física, psíquica, patrimonial, sexual ou moral, é repugnante e inaceitável, devendo ser repelida e tratada com rigor.

Campos e Carvalho (2011, p. 143-172) explicam que a Lei Maria da Penha criou um sistema autônomo, composto de diversas facetas com procedimentos e regras específicas, desvinculando a violência decorrente do gênero do campo exclusivo do Direito Penal, amplificando o campo de amparo à mulher que se encontra em situação de violência familiar.

As principais inovações trazidas pelo diploma legal são as seguintes:

- a) o afastamento dos Juizados Especiais Criminais, uma vez que houve a alteração da pena prevista no art. 129, §9º do Código Penal para três anos de detenção, impossibilitando a aplicação de medidas

- despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo;
- b) a introdução expressa do termo “mulher em situação de violência”, imprimindo ideia de transitoriedade e recuperando a posição da mulher enquanto sujeito de direitos;
  - c) a tutela do diploma legal passou a ter como destinatário exclusivamente a mulher, afastando o homem de sua proteção, com o escopo de corrigir uma latente desigualdade social provocada pela desigualdade de gênero. Ademais, a Lei 11.340/06 elucidou diversas situações que caracterizam a violência doméstica e estabeleceu circunstâncias agravantes e qualificadoras para os crimes cometidos sob essa situação;
  - d) proteção nas relações homoafetivas, determinando, em seu artigo 5º, que as relações pessoais são independentes de orientação sexual, desde que exista coabitação ou vínculo familiar, permitindo o processamento da mulher ofensora;
  - e) criação das chamadas “medidas protetivas de urgência”, as quais atuam no resguardo da integridade física da mulher, desde seu primeiro contato junto à Delegacia. Belloque (2011, p. 30) afirma que as medidas que obrigam o agressor foram elaboradas a partir do conhecimento das atitudes comumente empregadas pelo autor, as quais, em razão do cenário que se apresenta à vítima, geralmente não permitem ação da pessoa ofendida, paralisando-a. Complementa o autor, muitas vezes o agressor se utiliza do contexto de convivência e dos laços familiares para amedrontar a mulher e tentar impedi-la de noticiar os fatos às autoridades, contribuindo para que situações idênticas voltem a ocorrer dentro dos lares e na presença dos filhos.

Masson (2015) declara que o agressor que comete a violência no âmbito familiar, não mata a vítima na primeira vez, porém dá amostras iniciais, que se revelam em xingamentos, humilhações, ofensas, bem como violência corporal através de tapas, socos e espancamentos, até que em determinado momento, diante da ausência do Estado e da falta de punição, a vida da vítima é covardemente ceifada. Acrescenta, afirmando que parte daí o objetivo central da Lei Maria da Penha: o tratamento com rigor de toda e qualquer violência no âmbito familiar contra a mulher, para evitar que crimes mais graves ocorram.

Segundo dados do Mapa da Violência de 2015, elaborado pelo professor e sociólogo Julio Jacobo Waiselfisz, de 1980 a 2006 (antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha), o crescimento do número de homicídios de mulheres foi de 7,6% ao ano e, ponderado segundo a população feminina, o crescimento das taxas no mesmo período foi de 2,5% ao ano. Já no período de 2006 a 2013, com a entrada em vigor do diploma legal, o crescimento do número desses homicídios caiu para 2,6% ao ano e o crescimento das taxas de homicídios de mulheres no Brasil caiu para 1,7% ao ano.

No campo prático, sob a análise de um caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, reconheceu o afastamento do princípio da insignificância no delito de tentativa de furto, aplicando as premissas da Teoria das Janelas Quebradas como meio de desestimular a prática de crimes mais graves. Vejamos:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. [...] 2. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. BENS SUBTRAÍDOS AVALIADOS EM R\$ 86,00. APLICAÇÃO DA TEORIA DA JANELA QUEBRADA NO DIREITO PENAL. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. [...] 2. A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os



princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal. [...] 4. Ainda que o delito tenha gravidade não exacerbada ao bem juridicamente tutelado, não é permitido ao Estado dele descurar, sob pena de estimular a prática de crimes mais graves. Trata-se da aplicação da denominada Teoria da Janela Quebrada no Direito Penal. [...] 6. Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Pois bem, se o próprio STJ, sob a condição de defensor da ordem infra legal e na condição de Tribunal Superior, admitiu, mesmo que timidamente, a aplicação da Teoria das Janelas Quebradas no cometimento do crime de furto, destaque-se, na modalidade tentada, nada impede que a mesma lógica se aplique aos crimes que são cometidos no âmbito familiar ou doméstico, frente os quais a atual Política Criminal brasileira já demonstrou-se incapaz de realizar a apuração e consequente punição dos seus autores.

Nessa altura, é notória que uma efetiva “Política de Tolerância Zero” à primeira manifestação de violência no ambiente familiar se faz precisa, para que, com a certeza de que o mal recairá sobre o agressor, as vítimas sintam-se encorajadas de procurar as autoridades competentes e denunciar situações de hostilidade.

Por fim, oportuna é a lição de Wacquant (1999, p. 16), o qual ensina que “é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios criminais que se faz recuar as grandes patologias criminais”, de modo que, punindo os pequenos desvios de conduta, estar-se-á evitando o desdobramento dos delitos mais graves.

## 5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da relação existente entre o crime, os fatores que originam e impulsionam a criminalidade e o papel da Política Criminal como meio de prevenção dos

delitos. Ademais, buscou-se apresentar, brevemente, um panorama do crime no país e a falta de punição às barbáries que ocorrem diariamente em nossa comunidade.

Através dos argumentos apresentados, foi revelada a solidez, consistência e efetividade da Teoria das Janelas Quebradas no combate, e, antes de tudo, prevenção da criminalidade. À vista disso, é absolutamente possível admitir a adoção de uma política de tolerância zero pelo Brasil, baseado nos pressupostos da referida Teoria, uma vez demonstrada que a desordem é, comprovadamente, fonte de criminalidade, devendo ser rigorosamente combatida.

Entretanto, a importação e adoção de Teorias demandam profundas análises, considerando as diferenças históricas, culturais, econômicas e sociais entre um e outro povo, zelando-se sempre pela manutenção da ordem jurídica instalada na sociedade.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BELLOQUE, Juliana. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigos 22. In: CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídicofeminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus n. HC 278612/SP. Paciente: Cláudio Marques Rodrigues. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Autoridade Coatora: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 17 de outubro de 2013. *Diário de Justiça eletrônico*, 23 out. 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24320928/habeas-corpus-hc-278612-sp-2013-0331967-0-stj/inteiro-teor-24320929?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 set. 2018.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARRARA, Francesco. *Programa da Curso de Direito Criminal*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. v. 1.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Estratégia Nacional de Segurança Pública. Meta 2: A impunidade como alvo - Diagnóstico da investigação de homicídios do Brasil*, Brasília, DF. 2012. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf). Acesso em: 01 jun. 2018.

COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro: Cortesia, n. 12, p. 23-29, 2. sem. 2002.

CRESPO, Aderlan. *Curso de Criminologia: As relações políticas e jurídicas sobre o crime*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CYMROT, Danilo. *A criminalização do funk sob a perspectiva da teoria crítica*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-26082016-134709/en.php>. Acesso em: 30 maio 2018.

DE PAULA, Tânia Braga. *Criminologia: Estudo das escolas sociológicas do crime e da prática de infrações penais*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário do Norte Paulista, São José do Rio Preto, 2013. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/19308/Monografia.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

FARÍAS JUNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 11, 2017. Disponível em: <http://www.forum-seguranca.org.br/publicacoes/11o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>. Acesso em: 2 jun. 2018.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Marx. Limonad, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. Curitiba: Juruá, 2001.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Onde mora a impunidade? Por que o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios*. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2017. Disponível em: [http://www.soudapaz.org/upload/pdf/index\\_isdp\\_web.pdf](http://www.soudapaz.org/upload/pdf/index_isdp_web.pdf). Acesso em: 20 jun. 2018.

LIMA, Wilma Maria Rigotto. *Evolução das penas no sistema penitenciário brasileiro*. 2006. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/wilma%20maria%20rigotto%20lima.pdf>. Acesso em: 26 maio 2018.

LOBO, Gleidson Sobreira; GONÇALVES, Marlene Pinheiro. Teoria das Janelas Quebradas e sua aplicabilidade no Brasil atual. In: BARACHO, Hertha Urquiza; DA COSTA, Renata Almeida; DE JESUS, Thiago Allisson Cardoso (org.). *Direito penal, processo penal e constituição II*. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/bidi1190/Fk8f728MpUny2u41.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MARTINS, João Henrique. *Inovação e eficiência no controle do crime: uma análise estrutural de sistemas de segurança pública*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-11092009-172922/>. Acesso em: 1 jun. 2018.

CLÉBER MASSON - Teoria das janelas quebradas. [S. l.: s. n.], 2015. 1 vídeo (13 min). Publicado pelo canal Anna Karina Maia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kt6R7cLNxq4&t=730s>. Acesso em: 25 set. 2018.

MEDEIROS, Carolina Salazar I' Armée Queiroga de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *O que vale a pena? O impacto da lei Maria da Penha no encarceramento de "agressores" e seus efeitos colaterais sobre a mulher vítima de violência doméstica e familiar*. [2016]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/701b733f552c505edc07cfbba0b3fa42.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.

MENEZES, Ronaldo de Figueiredo. *Violência, criminalidade e impunidade: uma abordagem psicossocial*. Rio de Janeiro: [s. n.], 2014. Disponível em: <http://www.esg.br/images/Monografias/2014/MENEZES.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOLINA, Antônio Garcia Pablos de. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Para uma ciência crítica do direito penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017.

RUBIN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 7, 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade>. Acesso em: 18 jun. 2018.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33312-42518-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. Teoria das Janelas Quebradas no Combate à Violência nos Estádios de Futebol. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, v. 23, p. 31-42, 2013. Disponível em: <http://www.gustavolpsouza.com/2015/01/teoria-das-janelas-quebradas-e.html>. Acesso em: 30 maio 2018.

THUMÉ, Paulo Renato. Uma abordagem acerca das penas e sua execução na legislação penal brasileira. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/865/1/Paulo%20Renato%20Thum%C3%A9.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

VIEIRA, Priscila Rodrigues. *A ineficácia das penas privativas de liberdade*. 2007. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/07/A-INEFICACIA-DAS-PENAS-PRIVATIVAS-DE-LIBERDADE.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

WACQUANT, Loïc. *Les Prisons de la Misère*. Tradução: André Telles. Sabotage: [s. n.], 1999. Disponível em: [http://files.femadireito102.webnode.com.br/200000039-62f056357d/As%20Prisoos\\_da\\_Miseria%20Loic\\_Wacquant.pdf](http://files.femadireito102.webnode.com.br/200000039-62f056357d/As%20Prisoos_da_Miseria%20Loic_Wacquant.pdf). Acesso em: 25 set. 2018.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. São Paulo: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: [https://www.mapada-violencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](https://www.mapada-violencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 27 maio 2018.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. Broken windows: the police and neighborhood safety. *Atlantic Monthly*, mar. 1982. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465>. Acesso em: 25 set. 2018.

# A INSERÇÃO DOS ADOLESCENTES ADVINDOS DE ABRIGOS NA SOCIEDADE E NO MERCADO DE TRABALHO

Stefanie Pinho Huber<sup>1</sup>

Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

Resumo: O presente artigo visa tratar das dificuldades e da falta de preparação dos adolescentes advindos de Abrigo para inserirem-se na sociedade e no mercado de trabalho, bem como encontrar as falhas que dificultam esse acesso, o que os prejudica em seu futuro desligamento da instituição. Por esse viés, é que se fala na implantação de políticas públicas que auxiliem na resolução desse problema, mencionando, dessa forma, um Programa chamado Novos Caminhos, que insere o adolescente no mercado de trabalho por meio de cursos técnicos, encaminhando-os à profissionalização, bem como se faz necessária ainda a iniciativa da assistência social junto com a direção destes Abrigos, no intuito de facilitar essa fase tão crucial dos adolescentes, que é o desligamento da instituição após completarem a maior idade e não serem adotados.

Palavras-chave: Desligamento institucional. Abrigos. Mercado de trabalho. Convivência comunitária.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos temas de grande relevância social é a medida de proteção Abrigo, que durante anos foi debatida entre doutrinadores e membros do Poder Judiciário até a sua criação, tendo por finalidade receber crianças afastadas do convívio familiar, possuindo caráter provisório e excepcional, isto é, sempre devendo ser a última medida a ser imposta.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; stefanie.pinho@outlook.com.br

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental da criança e do adolescente, que deve ser criado por sua família, e, na falta desta, por uma que a substitua com a incumbência de protegê-los e atendê-los, sanando suas necessidades e direitos resguardados pela Constituição.

No entanto, quando a família, ao invés de proteger, viola esses direitos, por meio da violência ou negligência, certas medidas são tomadas para solucionar esse problema, devendo ser feita uma análise do contexto familiar em que a criança e o adolescente vivem, considerando sua segurança e seu bem-estar, de forma que, caso estes preceitos não sejam respeitados, eles serão encaminhados para uma Instituição de Acolhimento específico para tal finalidade.

Uma vez inseridos nos Abrigos, caso não forem para adoção, devem ser por meio das instituições inseridos na convivência em sociedade mediante programas que possibilitam a participação destes em atividades desenvolvidas por outros indivíduos, que não somente os de seu convívio, uma vez que estarão exercendo seu direito de cidadania.

Ainda se faz necessária a implantação de políticas públicas com a finalidade de profissionalização dos adolescentes e egresso destes no mercado de trabalho como forma de auxiliá-los na sua independência quando forem desligados do Abrigo ao atingirem a maior idade.

O objetivo deste trabalho é verificar eventuais falhas na inserção dos adolescentes advindos de Abrigos na sociedade e no mercado de trabalho, como uma maneira de contribuir de modo positivo e preparatório para o futuro destes indivíduos, que após seu distanciamento da instituição não se sintam desestabilizados financeira e socialmente.

## **2 CRIANÇA E ADOLESCENTE**

O Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil (RCNEI) descreve a criança e o adolescente como um ser que participa da sociedade e



que faz parte de uma organização familiar de determinada cultura, possuindo uma natureza singular, sentindo o mundo de um jeito próprio e único. A seguir, apresentam-se subtópicos referentes ao contexto familiar e a evolução dos direitos das crianças e adolescentes.

## 2.1 CONTEXTO FAMILIAR DOS INSTITUCIONALIZADOS

Considera-se a adolescência um período de transição entre a infância e a juventude. Trata-se de uma etapa extremamente importante do desenvolvimento do ser humano, evidenciando muitas transformações. Tal período é constituído por momentos de descobertas, algumas vezes difíceis e desafiadoras, **não** somente para quem as vive, mas também para quem está à sua volta (HOFFMANN, 2008, p. 19).

O Estatuto da Criança e do Adolescente define a adolescência como “o período do desenvolvimento humano entre a infância e idade adulta e que abarca desde a puberdade ao completo desenvolvimento do organismo, sendo aquele que se encontra na faixa etária compreendida entre os 12 aos 18 anos de idade.” (BRASIL, 1990). Já a Organização Mundial da Saúde considera a adolescência a transição da infância para a fase adulta, sendo, dessa forma, adolescentes aqueles entre 10 e 19 anos.

Nesse contexto da transição da adolescência é primordial a família, que é considerada uma das primeiras instituições de socialização do ser humano. É nela que a pessoa, nas primeiras fases de sua vida, vai se desenvolvendo com suas experiências, sendo isso primordial para o seu desenvolvimento. Quando carentes desses estímulos, geralmente, apresentam dificuldades de convivência comunitária no futuro (REIS, 2012, p. 5).

No que diz respeito às crianças, estas já demonstram compreender o mundo em que vivem e por meio de brincadeiras transparecem o que são e para que vieram (SOUZA, 2007, p. 33).

A família é um dos assuntos que tem ganhado centralidade no estudo das Ciências Sociais, despertando o interesse dos estudiosos em razão de sua complexidade e importância no nosso meio social. Por intermédio de estudos procuram criar programas que auxiliem as famílias a exercerem a sua capacidade protetiva em relação aos seus membros.

Nos termos legais, a família é compreendida pela Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 226, “como comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.” O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 25, define como família natural “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” (BRASIL, 1990).

Para além das definições legislativas, segundo a sociologia a família é um conjunto de pessoas que se encontra unido por laços de parentesco. Esses laços podem ser de dois tipos: vínculos de afinidade, como o casal e seus consanguíneos, e a filiação entre pais e filhos.

A família tem se tornado historicamente a base da nossa sociedade, um espaço que deve zelar pelo cuidado de seus membros, tornando-se a instituição que mais se adequa para compartilhar as responsabilidades com o Estado para o desenvolvimento de políticas públicas, funcionando como uma espécie de pacto, em que ao primeiro cabe criar e oferecer os serviços e programas, e ao segundo cabe cumprir as condicionalidades estabelecidas.

No entanto, a família deve ser vista como uma instituição sujeita a intempéries do cotidiano, considerando que no âmbito familiar podem ocorrer rupturas, não podendo ser formada apenas de virtudes, tampouco de apenas falhas.

Os problemas e conflitos intrafamiliares existem e podem acarretar traumas psicossociais aos menores, como violência, vulnerabilidade, negligência e até mesmo abuso sexual. Muitas vezes, a única alternativa para afastá-los dessas situações é o Acolhimento Institucional.

A criança e o adolescente dependem das pessoas que convivem para que tenham o seu integral desenvolvimento como pessoa, porém:

[...] um conjunto de circunstâncias adversas impede que algumas famílias proporcionem a proteção aos seus filhos, decorrendo daí atos de violência contra eles; nestes casos, há uma intervenção de entidades do Estado para que a situação possa ser resolvida retirando a criança ou adolescente desta chamada situação de risco, sendo o abrigo quem desempenhará o papel de tutor. (SCARABEL, 2001, p. 8).

Vários casos de abandono, abusos, maus-tratos e violência, muitas vezes, podem ser resultantes do alcoolismo na família. O abuso do álcool é um forte agravante da violência doméstica física. A embriaguez patológica é um estado no qual a pessoa que bebe se torna extremamente agressiva, às vezes nem lembrando com detalhes o que fez durante as crises de furor e ira (FERREIRA, 2014, p. 150).

Em razão do grande número de casos de abandono no Brasil, este é considerado um problema social grave, pois viola o direito que a Constituição Federal regulamentou do convívio familiar à criança e ao adolescente, ocasionando **não somente o** sofrimento físico, mas também afetando o psicológico dessas vítimas.

Uma das alternativas existentes para a proteção destes sujeitos desamparados por seus familiares é o Abrigo que, segundo o ECA, deve ser uma medida provisória e excepcional, sendo uma forma utilizada para a transição destes para adentrarem em famílias substitutas, não devendo implicar privação da liberdade (BRASIL, 1990).

O Acolhimento Institucional jamais deverá substituir a família, deve sim proteger e oferecer valores à formação destes menores, uma vez que a criança não está institucionalizada por vontade própria, e sim porque as circunstâncias a impossibilitaram de estar junto de sua família.

Quando for inevitável a separação da criança e do adolescente de sua família, e já se esgotarem todas as possibilidades de apoio familiar, é preciso trabalhar em prol da manutenção desse vínculo, não afastando a convivência

destes de sua família, visando possibilitar visitas familiares ao menor dentro do Abrigo (SIQUEIRA; DELL'AGLIO, 2007).

A partir dessas constatações, pode-se entender que se faz necessário o desenvolvimento de políticas públicas específicas que devem ir ao encontro das necessidades das famílias, como forma de auxiliá-las, no intuito de impedir o afastamento das crianças de seus lares.

Dessa forma, após avaliarmos o termo criança e adolescente e o contexto familiar em que estão inseridos, faz-se necessário avaliar a evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes.

## 2.2 A EVOLUÇÃO DOS SEUS DIREITOS

Por um longo período os direitos das crianças e dos adolescentes praticamente inexistiam, pois não havia nenhum sistema protetivo, o que ocasionou o aumento cada vez maior do índice de crianças e adolescentes vítimas de exploração. A falta de preocupação era notada desde a antiguidade, onde as crianças, quando nascidas com alguma deformidade, eram sacrificadas, sendo negado seu direito à vida (OLIVEIRA, 2013, p. 342).

Na Idade Antiga, em Esparta, as crianças eram consideradas objetos estatais servindo aos interesses políticos, sendo preparadas como guerreiros para as lutas. Os filhos menores não eram considerados sujeitos de direito e sim servos do Estado e da autoridade paterna, sendo inseridos no mundo adulto no momento em que tivessem condições de sobreviver sozinhos (OLIVEIRA, 2013, p. 342).

Durante a fase imperial, com o cometimento de infrações surgiram as formas de punições severas por meio de espancamentos e outros métodos que faziam com que as crianças tivessem medo e se afastassem das más influências (BARROS, 2005, p. 70).

Outra forma marcante da época era a diferenciação de gênero, que atribuía à menina, desde pequena, os serviços domésticos e ao menino

objetivos maiores, pois este teria de exercer a cidadania, inexistindo, dessa forma, o sentimento de infância, sendo dispensada qualquer atenção especial a estes (ALBERTON, 2005, p. 22).

No Brasil Colônia também não havia qualquer proteção destinada à criança e ao adolescente, que eram obrigados a satisfazer as vontades da Coroa Portuguesa, segundo os costumes destas (TOMÁS, 2009, p. 23).

Somente no século XIX passou-se a reconhecer a criança e o adolescente como pessoas de direitos e passíveis de afeto e educação. Entretanto, apesar dessa evolução, o avanço era singelo, sendo que a maior parte deles era vista, ainda, como objeto dentro da sociedade familiar (BARROS, 2005, p. 71).

Em 1927, com a criação do Código de Menores, deu-se importância aos infantes e menores abandonados, quando o termo menor passou a ser utilizado para designar aqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade e carência moral ou material (GARCIA, 2009, p. 12).

Na Constituição de 1934, no título que se refere “Da Ordem Econômica e Social”, pela primeira vez se mencionou quanto aos direitos da criança e do adolescente, assim, “foi o primeiro documento a referir-se, mesmo que de uma forma muito tímida, à defesa e à proteção dos direitos de todas as crianças e adolescentes.” (ALBERTON, 2005, p. 58).

Já na década de 80 a democracia tornou-se mais recorrente quando foi criada a Constituição Federal de 1988, que abordou a proteção e a garantia dos direitos da criança e do adolescente, dividindo a responsabilidade do Estado com as famílias e a sociedade (OLIVEIRA, 2009, p. 351).

O art. 227, da Constituição Federal, apresenta a responsabilidade de assegurar as crianças e aos adolescentes o direito à vida, alimentação, cultura, profissionalização, respeito à dignidade colocando-os a salvo de toda discriminação e exploração (BRASIL, 1990).

E, finalmente, em 1990, a Lei 8.069, chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente, instituiu a Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao

Adolescente, considerando criança a pessoa com até 12 anos incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos, fixando-lhes os direitos e deveres e prevendo as medidas aplicáveis àqueles que afrontem os seus preceitos legais (JESUS, 2006, p. 65).

Já em 2009 foi criada a nova Lei Nacional da Adoção – Lei n. 12.010/09 (BRASIL, 2009a), que veio reforçar o preconizado anteriormente pelo ECA (BRASIL, 1990), enfatizando que a institucionalização e o afastamento do convívio familiar não devem consistir nas primeiras opções, pois em razão da fragilidade das famílias devem-se existir políticas públicas de apoio ao desenvolvimento fundamental da criança e a resolução desse problema.

Percebe-se, desse modo, um desenvolvimento enorme na legislação brasileira, uma vez que antes as crianças e os adolescentes não eram nem conhecidos como sujeitos de direito e hoje possuem lei própria, visando à sua proteção e seu desenvolvimento como pessoas importantes à sociedade.

### **3 ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL**

Entende-se por Acolhimento Institucional um serviço público disponibilizado a crianças e adolescentes que, afastados do meio familiar, por medida protetiva, em razão de abandono ou, temporariamente impedidos de frequentar o lar, permanecem acolhidos “até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para família substituta.” (ABRIGO INSTITUCIONAL, 2018). A seguir apresentam-se os subtópicos relacionados a essa temática.

#### **3.1 PRINCIPAIS CAUSAS**

Estudos realizados no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), abrangendo cerca de 2.370 entidades brasileiras de Acolhimento Institucional, revelam que o principal motivo do acolhimento, com o percentual de 84% é a negligência dos pais ou responsáveis. Em seguida, a

segunda razão mais comum é a dependência de álcool e drogas por parte dos pais, com 81%; o abandono com 76%; violência doméstica 62%; violência sexual 47%; vivência de rua 39%; transtorno mental 37%; ausência por prisão 32%; carência de recursos materiais 32% (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2013).

As crianças e adolescentes em situações de vulnerabilidade são os mais suscetíveis a terem seus direitos violados, uma vez que não possuem estrutura familiar adequada devido a causas específicas, que ocorrem

da passagem abrupta da infância à vida adulta; da falta de acesso à educação, trabalho, saúde, lazer, alimentação e cultura; da falta de recursos materiais mínimos para sobrevivência; da inserção precoce no mundo do trabalho; da falta de perspectivas de entrada no mercado formal de trabalho; da entrada em trabalhos desqualificados; da exploração do trabalho infantil; da falta de perspectivas profissionais e projetos para o futuro; do alto índice de reprovação e/ou evasão escolar; da oferta de integração ao consumo de drogas e de bens, ao uso de armas, ao tráfico de drogas. (PEREIRA, 2013, p. 1).

A negligência, além de ser uma das principais causas do acolhimento, também é considerada um grande problema social, uma vez que está em desacordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ferindo direitos positivados no ordenamento jurídico que visam proteger essa massa.

O direito à convivência familiar é também reconhecido constitucionalmente e assegurado pelo ECA, sendo que a criança ou o adolescente tem o direito de ser criado pela sua própria família, como regra geral e, excepcionalmente, por família substituta.

Todavia, nem todos os pais permitem aos seus filhos exercer o direito de convivência familiar, negligenciando-os, sendo os principais responsáveis pelo abandono. Deve-se, desse modo, entregar as crianças e/ou adolescentes aos cuidados dos Abrigos, proporcionando-lhes, assim, um ambiente seguro, agradável e de desenvolvimento afetivo, emocional e social.

O fenômeno do abandono no Brasil está fortemente associado à proibição do aborto, pois grande parte das crianças é abandonada já na maternidade, quando as genitoras, ao se sentirem desamparadas e sem auxílio do progenitor para manter financeiramente seus filhos, entregam seu filho à adoção (WEBER, 2000, p. 3).

Algo importante é desvincular a ideia de pobreza com a de negligência, uma vez que existem crianças em condições socioeconômicas favoráveis que também sofrem com esse problema. Portanto, constata-se que a pobreza pode agravar tal situação, mas não deve ser considerada motivo suficiente para a negligência (FERREIRA, 2014, p. 11).

De acordo com levantamento nacional dos Abrigos para crianças e adolescentes da rede SAC, entre as crianças e adolescentes abrigados 11,7% têm de zero a 3 anos; 12,2% de 4 a 6 anos; 19% de 7 a 9 anos; 21,8% de 10 a 12 anos; 20,5% de 13 a 15 anos; e 11,9% têm 16 e 18 anos incompletos. Vale ressaltar que 2,3% dos pesquisados tinham mais de 18 anos, mostrando desse modo a dificuldade dos Abrigos em preparem gradativamente o desligamento dos adolescentes que completaram a maior idade (SILVA, 2004, p. 48).

A resposta a este problema está em investir nas famílias, escutando os sujeitos e conhecendo sua realidade por meio de medidas de apoio e políticas públicas específicas, implantadas com a cooperação entre família e o Estado, vindo ao encontro das necessidades destas, e que atendam à fragilidade das relações sociais, para que essas crianças e adolescentes não sejam retirados do convívio familiar.

### 3.2 DA MEDIDA DE PROTEÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) define a medida de proteção Abrigo ou Acolhimento Institucional como algo a ser aplicado à criança e ao adolescente, sempre que estes estiverem com seus direitos ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão do estado, seja por falta,



omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, devendo ser excepcional e de caráter provisório, sendo utilizada como forma de transição para a reintegração familiar, ou quando esta não for mais possível, o encaminhamento para família substituta (BRASIL, 1990).

Esse serviço precisa ter aspectos semelhantes aos de uma residência, em que as crianças e jovens mantêm o convívio com a sociedade, comunidade e com sua família de origem, tendo atendimento personalizado com profissionais qualificados para melhor atender os problemas os quais enfrentam, oferecendo-lhes um ambiente acolhedor e digno (BRASIL, 2009b).

O Acolhimento Institucional foi implantado no Brasil após a alteração do ECA, com o advento da Lei n. 12.010/2009 (nova Lei de Adoção), cujo objetivo é alterar a forma como as instituições de acolhimento atendem a crianças e adolescentes colocados sob sua guarda, com propostas de ações socioeducativas, a fim de garantir-lhes a cidadania (SILVA; MASTRODI, 2015, p. 311).

Os Serviços de Acolhimento Institucional integram o Serviço de Alta Complexidade do Serviço Único de Assistência Social (SUAS), podendo ser de natureza público-estatal ou não estatal, mas pautando-se sempre nos pressupostos do ECA; do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária; da Política Nacional de Assistência Social; da Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; da Norma Operacional Básica do SUAS e do Projeto de Diretrizes das Nações Unidas sobre emprego e condições adequadas de cuidados alternativos com crianças (BRASIL, 2009b, p. 5).

Deve ser realizado um Estudo Diagnóstico, ou seja, uma avaliação da necessidade de encaminhamento da criança ou adolescente para o serviço de acolhimento, a fim de embasar suficientemente a decisão acerca da necessidade de seu afastamento do convívio familiar, frisando-se que tal afastamento somente deve ocorrer nos casos em que não se torna possível realizar uma intervenção mantendo a criança ou adolescente no convívio com sua família,

sendo o acolhimento a medida que representa o melhor interesse dela e o menor prejuízo ao seu processo de desenvolvimento (RONDÔNIA, 2009, p. 16).

O encaminhamento de crianças e adolescentes às entidades de acolhimento somente pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária, Juiz da Vara da Infância e Juventude, num processo do qual participam o Ministério Público, o Conselho Tutelar, o órgão gestor da Assistência Social e os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e da Assistência Social (BRASIL, 1990).

O Acolhimento Institucional ou familiar deve se pautar nos princípios dispostos no artigo 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece o seguinte:

- I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;
- II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa;
- II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;
- III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
- V - não desmembramento de grupos de irmãos;
- VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
- VII - participação na vida da comunidade local;
- VIII - preparação gradativa para o desligamento;
- IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo. (BRASIL, 1990).

Segundo Orientações Técnicas do Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes, elaboradas pelo Governo Federal, o serviço de Acolhimento Institucional é gênero do qual se extraem quatro espécies: o Abrigo Institucional, a casa-lar, a família acolhedora e a república (BRASIL, 2009b).

- a) abrigo institucional: serviço que oferece acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva de abrigo (ECA, Art. 101), em razão de abandono ou cujas famílias ou responsáveis se encontrem temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção, até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para família substituta (BRASIL, 2009b);
- b) casa-lar: o Serviço de Acolhimento provisório oferecido em unidades residenciais, nas quais pelo menos uma pessoa ou casal trabalha como educador/cuidador residente – em uma casa que não é a sua – prestando cuidados a um grupo de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva de Abrigo (ECA, Art. 101), em consequência de abandono ou cujas famílias ou responsáveis se encontrem temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção, até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para família substituta (BRASIL, 2009b);
- c) família acolhedora: serviço que organiza o acolhimento, em residências de famílias acolhedoras cadastradas, de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva (ECA, Art. 101), devido ao abandono ou cujas famílias ou responsáveis se encontrem temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção, até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para adoção. Propicia o atendimento em ambiente familiar, garantindo atenção individualizada e convivência comunitária,

permitindo a continuidade da socialização da criança/adolescente (BRASIL, 2009b);

- d) república: serviço de acolhimento que oferece apoio e moradia subsidiada a grupos de jovens em situação de vulnerabilidade e risco pessoal e social; com vínculos familiares rompidos ou extremamente fragilizados; em processo de desligamento de instituições de acolhimento, que não tenham possibilidade de retorno à família de origem ou de colocação em família substituta e que não possuam meios para autossustentação (BRASIL, 2009b).

Independentemente do tipo de acolhimento, todas as entidades e os programas devem prestar os seus serviços conforme alguns pressupostos do ECA, como aponta o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) (2006): estar localizadas próximo ao local de origem dos acolhidos; promover a preservação dos vínculos familiares; manter permanente contato com a Justiça da Infância e Juventude; trabalhar pela organização de um ambiente favorável ao desenvolvimento da criança ou adolescente e estabelecimento de uma relação afetiva e estável com o cuidador; atender ambos os sexos e idades, a fim de preservar os vínculos entre irmãos; propiciar a convivência comunitária e a utilização dos serviços disponíveis na rede para atendimento de demandas de saúde, lazer, educação; preparar gradativamente a criança/adolescente para o desligamento; fortalecer o desenvolvimento da autonomia e a inclusão do adolescente em programas de qualificação profissional, bem como sua inserção no mercado de trabalho (BRASIL, 1990).

Estão dentre as ações e diretrizes do programa de acolhimento relativos a crianças e adolescentes: acolher crianças e adolescentes, conforme decisão judicial ou do Conselho Tutelar; tratar o abrigado pelo nome, evitando comentários depreciativos; apresentar a moradia, os novos companheiros e as

peças com as quais o abrigado passará a conviver; assegurar a integridade física dos abrigados; oferecer instalações físicas adequadas, em condições de higiene, habitabilidade e segurança; garantir assistência médica, psicológica, odontológica, farmacêutica e outras aos abrigados; garantir o encaminhamento à educação infantil, ao ensino fundamental, médio e à profissionalização; garantir acesso à cultura e ao lazer, mediante participação do abrigado em atividades da comunidade local; proporcionar alimentação balanceada, em quantidade suficiente, e preparada de acordo com as necessidades de cada faixa etária (RONDÔNIA, 2009).

Além de ações e diretrizes também devem as entidades adotar algumas medidas que são subdivididas em cinco passos, recepção e acolhimento do menor, inserindo e admitindo-o na instituição; plano personalizado de atendimento (PPA) para estruturar as necessidades e verificar as atividades que irão auxiliar no desenvolvimento psicossocial da criança ou do adolescente; abordagem familiar, no sentido de procurar entender uma possível viabilidade de retorno dele ao seio familiar, seguindo com o trabalho em rede a fim de haver a interconexão entre as instituições para uma proteção integral, e, por fim, o desligamento, que é uma das fases mais importantes, necessitando uma elaboração gradativa para melhor preparação desses jovens no intuito de seguirem com os objetivos de vida (RONDÔNIA, 2009).

O dever de fiscalizar as entidades de Acolhimento Institucional é de competência dos Conselhos Tutelares, da Vara da Infância e Juventude e do Ministério Público. O ECA estabelece medidas às entidades que descumprirem suas obrigações sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos, sendo estas a advertência, fechamento da entidade e interdição do programa, suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas, cassação dos registros e afastamento provisório ou definitivo de seus dirigentes (BRASIL, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê aos seus protegidos o direito à convivência familiar, estabelecendo que toda criança e adolescente

têm o direito de ser criado e educado por sua família e, na falta desta, por família substituta. Sendo este um direito fundamental, a legislação brasileira preconiza a convivência das crianças e dos adolescentes com suas famílias (BRASIL, 1990).

Após serem adotadas todas as medidas protetivas possíveis para se abster do Abrigo institucional e a destituição do poder familiar, em caso de descumprimento destas medidas por parte dos familiares e a fim de proteger o menor e assegurar-lhe os seus direitos, o ECA propõe como última medida a ser adotada a colocação em família substituta, seja esta por outros membros da família da criança e do adolescente em risco, por meio da chamada família extensiva, ou por famílias voluntárias, mediante pessoas que se cadastram para tal procedimento (SILVA, 2004, p. 221).

O Acolhimento Institucional, mesmo às vezes sendo breve, é muito significativo e acolhedor, deixando lembranças na vida de quem por ele passou, dessa forma, deve ser administrado e executado pelos dirigentes e educadores da melhor forma possível, afinal, estas crianças e jovens não possuem culpa alguma de serem abandonados ou por estarem passando por tal situação.

### 3.3 A INSERÇÃO NA SOCIEDADE

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente é assegurado às crianças e aos adolescentes o direito à convivência comunitária. Durante muitos anos a inserção destes nas instituições de acolhimento era vista como privação da liberdade, pois nesses locais todas as atividades eram desenvolvidas dentro das entidades, que eram rodeadas de segurança e muros altos, o que impedia o contato dos institucionalizados com a comunidade em geral (SILVA, 2004, p. 234).

Um levantamento nacional realizado pelo IPEA, em 2005, mostrou um quadro preocupante nesse sentido, em que apenas 6,6% dos Abrigos

pesquisados utilizavam todos os serviços necessários a crianças e adolescentes que estavam disponíveis na comunidade, como: creche; ensino regular; profissionalização para adolescentes; assistência médica e odontológica; atividades culturais, esportivas e de lazer; e assistência jurídica. A maioria das instituições (80,3%) ainda oferecia pelo menos um desses serviços diretamente (de forma exclusiva) dentro do Abrigo, o que demonstra que grande parte das instituições priva quase que totalmente os abrigados da convivência social (SILVA; AQUINO, 2005, p. 191).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 determina como dever das famílias, da comunidade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente os seus direitos fundamentais, entre eles o direito à convivência familiar e comunitária. Portanto, o dever de proteção é estendido, também, à população, que deve participar do desenvolvimento destes (BRASIL, 1988).

O ECA institui como um de seus pressupostos que as entidades de acolhimento propiciem a convivência comunitária e a utilização dos serviços disponíveis na rede para atendimento de demandas referentes à saúde, lazer e educação (BRASIL, 1990).

A instituição necessita ser também um espaço de integração das crianças e jovens para com a comunidade ao desenvolvimento de diferentes experiências, como frequentar os serviços da comunidade local, utilizar transporte público, participar de atividades culturais e esportivas, frequentar escolas não pertencentes à instituição para propiciar a convivência com outras crianças e formar conseqüentemente diferentes amizades (BRASIL, 2009b, p. 51).

A criança e o adolescente devem participar da vida em comunidade e ter a possibilidade de construir laços de afetividade, participando das festividades, eventos comunitários e do desenvolvimento de atividades saudáveis e comuns a pessoas da mesma faixa etária, tendo, é claro, o acompanhamento do educador, quando a situação assim exigir (BRASIL, 2009b, p. 51).

Algumas medidas adotadas pela sociedade contribuem para a proteção das crianças e adolescentes como forma de apoio coletivo entre

famílias em situação de vulnerabilidade social, quais sejam: a criação de redes de solidariedade entre vizinhos que se auxiliam em crises, como doença, morte, incêndio, entre outras, e a organização de projetos de cooperação para a geração de empregos e rendas (BRASIL, 2009b).

Uma iniciativa do Conanda para o fortalecimento da convivência comunitária é o apadrinhamento afetivo, que embora não esteja previsto no ECA, foi incluído entre as ações do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, cujo objetivo é o reordenamento dos programas de Acolhimento Institucional, permitindo a construção de vínculos significativos e duradouros entre o acolhido e a comunidade. Dessa forma, para a realização deste programa é necessário um cadastramento de apadrinhamento junto à Justiça da Infância e Juventude e do Ministério Público, que possibilita aos padrinhos aprovados em todos os requisitos o auxílio afetivo e financeiro ao afilhado (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2013, p. 76).

De acordo com tudo que foi abordado anteriormente fica claro que para haver a proteção e a defesa ao direito de convivência tanto familiar quanto comunitária é necessário o desenvolvimento de ações que envolvam o Estado, a família e a sociedade, que são os legitimados, segundo o ECA, para tal classe.

### **3.4 O DESLIGAMENTO INSTITUCIONAL E A INSERÇÃO DO ADOLESCENTE NO MERCADO DE TRABALHO**

As orientações técnicas do serviço de acolhimento para crianças e adolescentes conceituam o desligamento como uma fase de conclusão do atendimento dado à determinada criança ou adolescente que, de acordo com os critérios técnicos, retorna à sua família, é colocado em família substituta ou será encaminhado para um serviço de acolhimento adequado a atender às necessidades desses jovens (BRASIL, 2009b, p. 96).



O Acolhimento Institucional é uma medida de proteção direcionada a indivíduos de 0 a 18 anos de idade. Desse modo, o jovem, ao completar a maior idade, deve, obrigatoriamente, ser desligado do Abrigo, caso durante o período de institucionalização não tenha restabelecido os seus vínculos familiares, tampouco tenha sido adotado por uma família substituta.

O desligamento do indivíduo dessas instituições de acolhimento deve ser realizado por meio de uma preparação antecipada, fortalecendo sua autonomia, educação e a profissionalização, sendo, desse modo, algo gradativo. A saída é algo que necessita de um processo de amadurecimento que requer tempo para acontecer.

Os profissionais que atuam nas instituições de acolhimento devem, por intermédio de um plano individual de acompanhamento, analisar as particularidades de cada jovem, buscando atender as necessidades próprias de cada um, visando atingir o melhor interesse dos sujeitos.

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes revela que quanto ao tempo de permanência no Abrigo, mais da metade das crianças e dos adolescentes pesquisados (52,6%) vivia nas instituições há mais de dois anos, sendo que, dentre eles, 32,9% estavam nos Abrigos por um período entre dois e cinco anos; 13,3%, entre seis e 10 anos; e 6,4%, por um período superior há 10 anos (SILVA; MELLO, 2004, p. 64).

Geralmente, as instituições estão situadas em locais distantes e possuem dinâmicas diversas da comunidade local, tornando-se frágil a vinculação social. Tais fatores, aliados à grande rotatividade de funcionários, tornam-se prejudiciais ao desenvolvimento emocional e afetivo do adolescente. Além disso, existe também o despreparo e o medo de mudanças da fase da adolescência para a vida adulta, sendo marcada fortemente a esses indivíduos, uma vez que, ao completarem 18 anos, não recebem mais apoio e proteção especiais assegurados pelo ECA (SILVA, 2010, p. 55).

Um serviço que oferece apoio e moradia subsidiária aos grupos de jovens que estão em processo de desligamento e que não possuem meios de

autossustentação é a República, que auxilia na construção da autonomia, autogestão, autossustentação e independência. O grupo que reside nesse local deve ter supervisão técnica profissional, que auxilie na gestão da moradia, na orientação para outros serviços e programas socioassistenciais e, principalmente, políticas públicas para a inserção no mercado de trabalho (BRASIL, 2009b, p. 85).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 69, assegura o direito à profissionalização e a proteção no trabalho ao adolescente, devendo ser observadas a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, bem como sua capacidade profissional para o mundo do trabalho (BRASIL, 1990).

Santa Catarina possui 170 Programas de Acolhimento que atendem crianças e adolescentes entre 0 e 18 anos. Atualmente, há 1.564 acolhidos, muitos deles destituídos do poder familiar, sem chances de retorno à família de origem e/ou de serem adotados, principalmente, em razão da idade. Destes, 470 são adolescentes na faixa etária entre 14 e 18 anos, ou acima. A realidade desses jovens é bastante peculiar, pois, em sua maioria, são oriundos de famílias fragilizadas que tiveram dificuldades em acessar direitos básicos, como saúde, escolarização, profissionalização, habitação, dentre outros. Não bastasse o rompimento dos vínculos familiares, a necessidade do desligamento dos programas de acolhimento, ao completarem 18 anos, torna esses adolescentes ainda mais vulneráveis aos desafios que o viver em sociedade impõe.

A constatação de permanência temporária ou contínua desses adolescentes nos programas de acolhimento conduz a reflexões de como esses jovens vêm sendo preparados para quando atingirem a maior idade e o exercício da autonomia (NOVOS CAMINHOS, 2018).

Pensando no processo de capacitação e qualificação do adolescente, sua inserção no mundo do trabalho e, conseqüentemente, sua autonomia, a Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, juntamente com a Associação dos Magistrados Catarinenses e

com a Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina, elaborou e implantou o Projeto Novos Caminhos. A parceria entre as três entidades tem como finalidade qualificar e profissionalizar os adolescentes inseridos em programas de acolhimento com idade acima de 14 anos, oferecendo cursos profissionalizantes, programas, projetos e atividades complementares que abordam temáticas, como: postura profissional, comunicação, relacionamento interpessoal, comprometimento organizacional, proatividade no ambiente de trabalho, criatividade, flexibilidade e inovação, liderança, ética e atitude pelo planeta (NOVOS CAMINHOS, 2018).

Em um primeiro momento, os jovens são capacitados profissionalmente pelo Instituto Euvaldo Lodi (IEL), ligado à Federação das indústrias do estado de Santa Catarina (FIESC), de acordo com as suas afinidades ou aptidões. Em seguida, encaminhados para ocupar os postos de trabalho nos mais diversos ramos da indústria. Isso com uma avaliação frequente que ajudará, ainda, a identificar quem precisa de algum complemento na escolaridade (NOVOS CAMINHOS, 2018).

O Programa Novos Caminhos tem como objetivos: proporcionar aos adolescentes a possibilidade de desenvolvimento de suas potencialidades e a construção de autonomia, para, quando desligados dos programas de acolhimento, em razão da maior idade, possam ter a perspectiva de uma vida adulta com qualidade, assegurando sua autossuficiência, empoderamento e dignidade humana; oferecer cursos profissionalizantes, programas, capacitações e atividades complementares visando à formação e qualificação dos adolescentes acolhidos para sua inserção no mundo do trabalho; promover a capacitação de agentes multiplicadores para a expansão do Projeto nas demais Comarcas do Estado; acompanhar o desempenho e o aproveitamento dos adolescentes inseridos no Projeto; encaminhar os jovens para as indústrias catarinenses, com o objetivo da inclusão no mundo do trabalho (NOVOS CAMINHOS, 2018).

A iniciativa pretende preencher uma lacuna social importante. A estimativa é que nos próximos anos, cerca de 600 jovens, ao atingirem a maior idade, deixarão as casas de acolhimento no Estado. Para o presidente da AMC, o “projeto terá um grande impacto social” e contribuirá no desenvolvimento de crianças e adolescentes, que, por diversos motivos, já passaram por algum tipo de violência e merecem a oportunidade de um futuro melhor (NOVOS CAMINHOS, 2018).

Diante de toda a problematização em relação ao desligamento institucional em razão da maior idade do adolescente abrigado, que fora da instituição estará desprovido da proteção especial do ECA, faz-se necessária a implantação de políticas públicas e de preparação antecipada quando ainda estão os sujeitos institucionalizados, a fim de auxiliá-los na sua independência e administração da sua vida fora do Abrigo.

#### **4 CONCLUSÃO**

No presente artigo observam-se os parâmetros a respeito do que é considerado criança e adolescente segundo o ECA e dos problemas sociais que levaram estes a serem institucionalizados, bem como a estrutura familiar que influi no perfil desses sujeitos do Acolhimento Institucional.

A evolução dos direitos da criança e do adolescente também apresenta grande influência, visto se observar o quanto o Brasil evoluiu na questão de direitos e deveres das crianças e adolescentes, os quais, antigamente, eram desprotegidos e hoje são reconhecidos como sujeitos de direito.

A análise das causas do acolhimento é importante para se entender o contexto de cada indivíduo institucionalizado, já que a maioria foi abandonada por seus pais que, geralmente, alegam como motivo a insuficiência de recursos financeiros. Também é vista como causa do acolhimento a negligência dos genitores, este considerado fator decisivo para a tomada da medida de

proteção, pois essas crianças têm seus direitos fundamentais violados por seus próprios pais, que é quem deveriam protegê-las.

Também foi objeto de estudo a medida de proteção Abrigo, que deixa claro sua provisoriedade e excepcionalidade, devendo ser adotada como última medida, ao passo que se deve priorizar que a criança seja criada por suas famílias, quando isso for possível, e não colocar em risco sua vida e seu crescimento saudável.

Foi abordado o modo de funcionamento do Abrigo e as suas espécies, que se subdividem em Abrigo institucional, casa-lar, família acolhedora e república, bem como as orientações gerais que norteiam o funcionamento dessas instituições, que devem seguir princípios e regras do ECA e das cartilhas de Acolhimento Institucional.

Diante do estudo realizado a respeito da criança e do adolescente, da problematização de seu desligamento da instituição ao atingir a maior idade e sua inserção na sociedade e no mercado de trabalho, pode-se observar que a insegurança e a falta de maturidade dos jovens são visíveis, bem como a ausência de preparação das instituições e a criação de políticas públicas por parte do governo.

É válido lembrar que no que diz respeito à inserção dessas crianças e jovens na sociedade é necessária a flexibilização dos Abrigos para permitir a participação desses indivíduos em programas sociais e atividades que envolvam a comunidade local, no sentido de interagir com pessoas da mesma idade para a troca de experiências de vida diante de outras realidades.

Ademais, faz-se imprescindível a participação desses sujeitos nas escolas públicas locais, não devendo ser fornecida o direito à educação dentro das próprias instituições, uma vez que fere o direito à convivência comunitária, assegurado perante o ECA.

Também deve se fazer presente o direito à convivência familiar em que a criança poderá reafirmar e fortalecer seus laços para uma futura volta

ao seio familiar, que é o objetivo do acolhimento, o qual deve ser de caráter provisório e excepcional.

Uma das soluções apresentadas para tal problema é o programa de apadrinhamento, em que a criança possui um padrinho que visita seus afilhados e os acompanha em atividades, eventos, passeios, servindo de referência para esses indivíduos.

A profissionalização dos institucionalizados, assegurada desde então constitucionalmente, também foi de grande relevância ao estudo, tendo como foco principal a inserção desses jovens no mercado de trabalho por meio da preparação e desligamento gradativo, que devem ser realizados pelos profissionais dos Abrigos, mediante políticas públicas criadas pelo próprio Estado, como o Programa Novos Caminhos, já citado, que com a parceria do próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina e da Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina, possibilita aos jovens abrigados a participação em cursos técnicos e a futura inserção em alguma indústria que participa do programa.

A república também é considerada uma alternativa para a problematização do desligamento, uma vez que, por meio de moradia privada, acompanhada por equipe técnica, poderá oferecer morada àqueles que estiverem em processo de desligamento das instituições e possuem ainda autonomia suficiente para sua independência.

Por meio de todas as problemáticas e soluções encontradas, pode-se haver esperança de um futuro promissor para os jovens que são abandonados ou que não possuem família, de modo que, apesar da condição pela qual passaram, possam ser grandes vencedores na batalha da sobrevivência e de uma vida digna.

## REFERÊNCIAS

ABRIGO INSTITUCIONAL. *Definição*. 2018. Disponível em: <http://www.larcriancafeliz.org.br/index.php/o-acolhimento>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ALBERTON, Maria Silveira. *Violação da infância. Crimes abomináveis: humilhação, machucam, torturam e matam!* Porto Alegre: AGE, 2005.

BARROS, Nívea Valença. *Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social.* 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia Forense) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

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, 14 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 23 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis [...] e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 ago. 2009a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.* 2009b. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. *Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes.* Brasília, DF: MDS, 2009c. [http://www.mds.gov.br/cnas/noticias/orientacoes\\_tecnicas\\_final.pdf](http://www.mds.gov.br/cnas/noticias/orientacoes_tecnicas_final.pdf). Acesso em: 20 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 71/2011: Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País.* Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio\\_Acolhimento.PDF](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio_Acolhimento.PDF). Acesso em: 12 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Orientações técnicas para os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes*. Brasília, DF: Conanda; CNAS, 2008. Disponível em: [https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/conanda\\_acolhimento.pdf](https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/conanda_acolhimento.pdf). Acesso em: 20 mar. 2018.

FERREIRA, Frederico Poley Martins. Crianças e adolescentes em abrigos: uma regionalização para Minas Gerais. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 117, p. 142-168, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n117/09.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

GARCIA, Mariana Ferreira. *A constituição histórica dos direitos da criança e do adolescente: do abrigo ao acolhimento institucional*. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial283137.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

GULASSA, Maria Lúcia Carr Ribeiro (org.). *Novos rumos do acolhimento institucional*. São Paulo: Associação dos Pesquisadores de Núcleos de Estudos e Pesquisas sobre a Criança e o Adolescente, 2010. Disponível em: <https://www.neca.org.br/wp-content/uploads/novos%20rumos%20do%20acolhimento.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

HOFFMANN, Iassana. *Adolescentes em abrigos e o direito à profissionalização*. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial285315.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Savanda, 2006.

NOVOS CAMINHOS. *O programa*. 2018. Disponível em: <http://amc.org.br/novoscaminhos/programa-novos-caminhos>. Acesso em: 10 fev. 2018.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. Família contemporânea. In: OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. *Recomeçar: família, filhos e desafios*. São Paulo: Ed. Unesp: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-03.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.



OLIVEIRA, Thalissa Corrêa de. Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. *RID*, 2013. Disponível em: [http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID\\_2013\\_24.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_24.pdf). Acesso em: 10 fev. 2018.

PEREIRA, Sandra Eni Fernandez Nunes. *Crianças e adolescentes em contexto de vulnerabilidade social: Articulação de redes em situação de abandono ou afastamento do convívio familiar*. 2013. Disponível em: <http://www.aconche-godf.org.br/biblioteca/artigos/artigo01.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

QUE CONCEITO. *Conceito de família*. [2018]. Disponível em: <http://queconceito.com.br/familia>. Acesso em: 10 mar. 2018.

REIS, Vânia Alexandra dos Santos. *O envolvimento da família na educação de crianças com necessidades educativas especiais*. Dissertação (Mestrado em Ciências da Educação) – Escola Superior de Educação João de Deus, Lisboa, 2012. Disponível em: <https://comun.rcaap.pt/bitstream/10400.26/2597/1/V%C3%A2niaReis.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2018.

RODRIGUES, Wallace. Educação infantil e vulnerabilidade social: infância pobre e sem educação formal. *Revista Didática Sistemica*, v. 18, n. 2, p. 30-42, 2016. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/redsis/article/viewFile/6796/4692>. Acesso em: 23 fev. 2018.

RONDÔNIA. Ministério Público. *Orientações Sobre Acolhimento Institucional*. Rondônia: Centro de apoio operacional da infância, juventude e educação, 2008. Disponível em: [http://bibliotecacrescersemviolencia.org/pdf/3\\_acolhimento/C3\\_Orientacoes\\_acolhimento\\_institucional\\_MPR\\_2008.pdf](http://bibliotecacrescersemviolencia.org/pdf/3_acolhimento/C3_Orientacoes_acolhimento_institucional_MPR_2008.pdf). Acesso em: 12 fev. 2018.

RONDÔNIA. Ministério Público. *Orientações Sobre Acolhimento Institucional*. Rondônia: Centro de apoio operacional da infância, juventude e educação, 2009. Disponível em: [http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/07/15/13\\_24\\_37\\_815\\_Orienta%C3%A7%C3%B5es\\_sobre\\_Acolhimento\\_Institucional.pdf](http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/07/15/13_24_37_815_Orienta%C3%A7%C3%B5es_sobre_Acolhimento_Institucional.pdf). Acesso em: 12 fev. 2018.

SCARABEL, Camila Alexandra. As características institucionais dos abrigos governamentais para crianças e adolescentes em Porto Velho. In: CEMIN, Arneide (org.). *Violência doméstica e abrigos institucionais – O imaginário da violência e do acolhimento voltados para a infância e a adolescência*. Porto Velho: Edufro, 2001. p. 1-40.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os abrigos para crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária. *Políticas sociais - acompanhamento e análise*, [Brasília, DF]: IPEA, 11 ago. 2005. Disponível em: [http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/politicas\\_sociais/ENSAIO3\\_Enid11.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/politicas_sociais/ENSAIO3_Enid11.pdf). Acesso em: 12 fev. 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de. Um retrato dos abrigos para crianças e adolescentes da Rede SAC: características institucionais, forma de organização e serviços ofertados. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, DF: IPEA, 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/capit3.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, DF: IPEA, 2004. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5481](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481). Acesso em: 23 fev. 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord.). *O direito a convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, DF: IPEA/CONANDA, 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/capit2.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

SILVA, Isabela Abbas Cavalcante; MASTRODI, Josué. Serviço de Acolhimento Institucional voltado à realidade em Campinas-SP. *RIL*, Brasília, DF, ano 52, n. 207, p. 305-330, jul./set. 2015. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril\\_v52\\_n207\\_p305.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p305.pdf). Acesso em: 10 fev. 2018.

SILVA, Martha Emanuela Soares da. *Acolhimento institucional: a maioria e o desligamento*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/17469/1/MarthaESS DISSERT.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SIQUEIRA, Aline Cardoso; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Retornando para a Família de Origem: Fatores de risco e proteção no Processo de Reinserção de uma Adolescente Institucionalizada. *Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 134-146, dez. 2007. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822007000300014&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822007000300014&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 14 abr. 2018.

SOUZA, Maria Cecília Braz Ribeiro de. *A concepção de criança para o enfoque histórico-cultural*. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Filosofia e Ciências de Marília, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2007. Disponível em: [https://www.marilia.unesp.br/Home/Pos-Graduacao/Educacao/Dissertacoes/souza\\_mcbr\\_dr\\_mar.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/Pos-Graduacao/Educacao/Dissertacoes/souza_mcbr_dr_mar.pdf). Acesso em: 29 jan. 2018.

TOMÁS, Catarina Almeida. *Dia Mundial da Criança: um percurso difícil*. São Paulo: Atlas, 2009.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Os filhos de ninguém abandono e institucionalização de crianças no Brasil. *Conjuntura Social*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 30-36, jul. 2000. Disponível em: <http://lidiaweber.com.br/Artigos/2000/2000Osfilhosdeninguem.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2018.



# A NECESSIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA ENQUANTO GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À ISONOMIA

Murilo Eduardo Vicenzo Turcatel<sup>1</sup>

Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo científico discorre sobre a ausência de uma legislação específica que criminalize os atos praticados em decorrência de homofobia, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro tem a pretensão de garantir a proteção a todas as formas de expressões e orientações sexuais. Com esta pesquisa teve-se por objetivo fazer uma análise histórica, social, política e cultural da necessidade de proteger as minorias, com base na organização de novos projetos contra a discriminação por conta da liberdade sexual de cada ser. Busca-se não somente viabilizar a conscientização da sociedade no sentido de estabelecer que ninguém possui o direito de discriminar, ofender, agredir ou praticar atos de crueldade tendo como fundamento a orientação sexual, mas também assegurar que medidas legais concretas sejam tomadas para a efetivação do direito à igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal. O método de abordagem é dedutivo e descritivo, estruturando dialéticas entre a criminalização e os resultados que ela pode produzir perante a vítima e o autor dos fatos. Ainda, seguem-se vieses de técnica de pesquisa bibliográfica, posto que se fundamenta em doutrinas e artigos relacionados à temática, proporcionando respostas às questões exploradas no trabalho.

**Palavras-chave:** Homofobia. Criminalização. Direito à igualdade.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de diversas leis cuja principal finalidade é atender às necessidades específicas de grupos

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; murilo.vicenzo@hotmail.com

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

tidos como minoritários ou marginalizados, ou, ainda, suprir situações em que a omissão estatal ocorra independentemente da existência de normas, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso e da Lei Maria da Penha. Entretanto, ainda que corriqueiras as manifestações de ódio contra a comunidade LGBT na sociedade, a vedação constitucional de preconceito em razão de qualquer natureza prossegue sem uma legislação que criminalize atos de homofobia.

Visto como fruto da expansão cultural judaico-cristã nas sociedades ocidentais, o fenômeno da homofobia visa coibir quaisquer tipos de relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, enxergando-os como uma pecaminosa perversão da ordem natural. Conseqüentemente, houve uma estigmatização dos indivíduos que não se identificam com o estabelecido padrão, gerando uma série de vulnerabilidades, como maus tratos, expulsão e abandono pela família, exclusão escolar e social, violência psicológica e física, entre outros.

Na esfera jurídica, a consequência da homofobia é a negação dos direitos constitucionais básicos do indivíduo às vítimas, tendo em vista que em muitos casos o preconceito se encontra-se enraizado também naqueles que deveriam garantir o direito à igualdade e o respeito à cidadania de todos, sem distinções. Nessa esteira, o presente trabalho científico discorre sobre a necessidade de intervenção do Direito Penal na questão por meio da criminalização de práticas homofóbicas de maneira expressa, ainda que já existam tipos penais que punem os crimes de injúria, lesão corporal e homicídio.

Promover a criminalização da homofobia desencadeia um importante debate quanto à intervenção do Estado na vida da sociedade, considerando-se que é de suma importância reduzir o exagero repressor que nela prevalece. Embora o Direito Penal por vezes falhe quando se trata de promover a paz social ressocializando as pessoas, subsiste a esperança de que projetos como a criminalização da homofobia possam não apenas ser um instrumento de garantia do princípio da isonomia, por meio de sua

aplicabilidade e instrumentalidade, mas também uma importante forma de conscientização sobre a questão.

## 2 O PRECONCEITO NA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Com o objetivo de entender a fundo o fenômeno da homofobia, faz-se necessário conceituá-lo e buscar na história suas raízes por intermédio da análise da cultura greco-romana, da tradição judaico-cristã e da Igreja Católica contemporânea, observando os motivos fáticos que impulsionaram os valores morais que atualmente permeiam a sociedade brasileira.

Ainda que o tema já viesse sendo estudado, o termo homofobia foi cunhado pela primeira vez em 1998, e sua invenção é disputada entre os autores K.T. Smith e G. Weinberg, tendo este último estabelecido um conceito que define “o receio de estar com um homossexual em um espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo.” Desde então, várias outras definições surgiram, e atualmente o conceito é muito mais amplo, como se pode perceber nas palavras de Borrillo (2010, p. 22):

O termo “homofobia” designa, assim, dois aspectos diferentes na mesma realidade: a dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social.

Pode-se concluir que a homofobia não diz respeito somente a ideias hostis em relação à homossexualidade, mas engloba, também, os casos em que a sociedade tolera e até simpatiza com homossexuais, mas não deixa de estigmatizá-los, vendo quaisquer políticas ou regulamentações a seu favor desnecessárias ou rejeitáveis. Para Bastos (2015, p. 12), a referida separação de aspectos possui especial relevância, pois abrange uma enorme quantidade de indivíduos que não se enquadram no estereótipo homofóbico, uma vez que

não agem com hostilidade, “estando contentes em tolerar a existência deles, desde que os mesmos abstenham de expor a sua intimidade publicamente.”

Entretanto, ainda que hoje a visão social da homossexualidade seja de teatralidade não natural e distanciamento, esse nem sempre foi o caso. Na antiguidade clássica, as civilizações grega e romana, precursoras do Direito, não apenas aceitavam a diversidade sexual, como legitimavam as relações entre homens e entre mulheres, considerando-as um meio constitutivo, e por vezes indispensável, da vida do indivíduo (BORRILLO, 2010, p. 46).

Na Grécia Antiga, ainda que as relações sexuais entre homens desempenhassem uma função de iniciação para a posterior vida marital, sendo consideradas um processo de maturação, os atos homoafetivos em geral eram amplamente incentivados, possuindo status de necessidade no caso dos jovens que seguiam a vida militar. Nas cidades-estados cuja a cultura era majoritariamente voltada à militarização de seus cidadãos, como Esparta, os relacionamentos afetivos entre os soldados garantia que, no momento da batalha, o guerreiro, que era estrategicamente posicionado ao lado de seu amado, lutasse com mais afincamento e bravura, inspirando comportamentos heroicos, uma vez que não estaria lutando unicamente por sua pátria, mas também por seu amante (BORRILLO, 2010, p. 46).

Na sociedade romana, pode-se dizer que o que era aceito e incentivado em termos afetivos era a bissexualidade ativa. Para ser tolerada, as relações sexuais deveriam cumprir três condições: não utilizar como objeto de prazer alguém de estrato inferior, em relações com subordinados não assumir o papel passivo e, por fim, não deixar de cumprir seus deveres para com a sociedade, visto os interesses econômicos e de linhagem no casamento e procriação (BORRILLO, 2010, p. 46).

Contudo, foi na sociedade romana que a fé judaico-cristã disseminou novas ideias e mudou drasticamente a situação das relações homossexuais. Devido à estrutura social que valorizava a posição social dos indivíduos em relação à sua classe e a expressão da virilidade, a dicotomia existente era a



de ativo/passivo, todavia, como os dogmas da nova religião consideravam quaisquer tipos de relacionamentos que pudessem existir fora do sacramento do matrimônio pecaminosos, a sexualidade foi extremamente inibida, e as mulheres destinadas a cumprir exigências do padrão virginal cristão, evoluindo como consequência a dicotomia anterior para a atual heterossexual/homossexual (BASTOS, 2015, p. 18).

A postura da nova fé judaico-cristã baseava-se na ideia de que o prazer sexual não poderia oferecer obstáculos a sua finalidade reprodutiva, devendo ser reprimidos quaisquer comportamentos que desafiassem essa logística, sendo permitido aos homens apenas dar vazão aos seus impulsos dentro da relação conjugal do casamento, conforme as palavras de Dias (2014, p. 51):

O matrimônio era considerado como um remédio que Deus deu ao homem para preservá-lo da impudícia e da luxúria. O amor carnal, enquanto associado ao prazer é um rival do amor de Deus. O opróbrio do pecado mortal é distanciar o homem de Deus. Toda atividade sexual com finalidade diversa da procriação constituía pecado.

A fim de compreender o pensamento judaico-cristão, é necessário lembrar que o povo de Israel, após sua libertação do Egito, viu na edição de regras estritas não apenas a conservação dos alicerces de sua cultura social patriarcal, mas, ainda, um modo de garantir sua continuidade demográfica, sua preservação biológica. Baseado na ideia de filiação biológica, e tendo em vista a ânsia de obter uma descendência prolífica, o esperma foi elevado a algo quase sagrado, cabendo punições para aqueles que o desperdiçavam através de masturbação, relacionamentos homossexuais e até nas relações com mulheres não férteis (BORRILLO, 2010, p. 48-50).

Para tanto, foram utilizados como fundamento textos bíblicos do Antigo Testamento, como os casos relativos às cidades de Sodoma e Gomorra, cujos habitantes dominados pelos pecados do orgulho e da homossexualidade acabaram aniquilados com fogo e enxofre caídos do céu. Ainda, prescreve o

livro Levítico, 18:22: “Não dormirás com um homem como se dorme com uma mulher. É uma abominação”, sendo a punição para a citada conduta prevista logo em 20:13: “Se um homem dormir com outro, como se fosse com uma mulher, ambos cometeram uma abominação e serão punidos com a morte: seu sangue cairá sobre eles.” (BORRILLO, 2010, p. 48-50).

Em contrapartida, as tão referidas passagens tidas como justificativas para a discriminação descomedida são contestadas em outros textos, a exemplo de Eclesiastes, 4:11, onde há a seguinte afirmação: “É melhor viverem dois homens juntos do que separados. Se os dois dormirem juntos na mesma cama se aquecerão melhor.” Ou, ainda, em Samuel, 1:26: “Angustiado estou por ti, meu irmão Jônatas; quão amabilíssimo me eras! Mais maravilhoso me era o teu amor do que o amor das mulheres.”

As supracitadas ideias foram reafirmadas no Novo Testamento por intermédio das epístolas paulinas, mais tarde em diversos escritos do acervo das obras dos Padres da Igreja, a Patrística, cujo maior expoente foi Tomás de Aquino. O mesmo dispunha em sua obra *Suma Teológica*, volume III, art. 2º, o seguinte sobre o tratamento moral à sodomia:

É pecado o ato humano contrário à ordem da razão era, a ordem racional exige, que tudo se ordene convenientemente para o fim. Logo, não há pecado quando racionalmente o homem usa de certas coisas, de acordo com o fim para qual existem, de modo e em ordem convenientes, contanto que esse fim seja verdadeiramente bom. Ora, como é um verdadeiro bem conservar a natureza corporal de cada indivíduo, assim também é um bem excelente conservar-se a natureza da espécie humana. Ora, assim como para a conservação da vida individual é ordenado o uso da comida, assim, para a de todo o gênero humano a prática do ato venéreo. Donde o dizer Agostinho: O que é a comida para a vida individual é o ato venéreo para a vida do gênero humano. Portanto, como pode não haver pecado no uso dos alimentos, se procedermos do modo e na ordem devidos, como exige a vida do corpo, também pode não haver pecado na prática dos atos venéreos se o fizermos do modo e na ordem

convenientes, como o exige o fim da geração humana. (AQUINO, [entre 1265 e 1273]).

Em meados de 1348-1350, a população europeia foi reduzida a menos de um terço em decorrência da peste negra, abrindo caminho para que a hostilidade fosse reanimada contra os homossexuais, ameaças ao repovoamento. Nessa época, a morte pelo fogo, já utilizada à época do imperador romano Teodósio, volta à cena como uma forma específica de purificação do indivíduo homossexual e de sua comunidade impregnada pelo pecado. Tal fato iniciou uma verdadeira caça às bruxas, que acabou refletida nas normas jurídicas dos estados por diversos séculos subsequentes. No ordenamento jurídico francês, por exemplo, apenas com a Revolução Francesa o crime de sodomia foi extinto, dando lugar à liberdade individual como um valor fundamental (BORRILLO, 2010, p. 54-57).

Entretanto, esse mesmo ordenamento, em 1960, durante debates parlamentares acerca da implementação de alguns recursos destinados a combater problemas sociais, inclui a homossexualidade na mesma categoria do alcoolismo, proxenetismo e tráfico de mulheres. A partir daí a imagem de doença é associada à homossexualidade e por mais que esse pensamento venha sendo desmistificado aos poucos, o tratamento dado a homossexuais pelo Direito e suas estruturas de aplicação da norma jurídica ainda são extremamente influenciados pelas ideias de enfermidade e de desvio de ordem natural (BORRILLO, 2010, p. 54-57).

Incontáveis atrocidades foram cometidas pela Igreja Católica durante a história, todas em nome de Deus, mas baseadas em interpretações grotescas, conflitantes e pouco confiáveis de ensinamentos contidos na Bíblia, que já sofreu diversas traduções e traduções de traduções. Apesar disso, com o decorrer dos anos, a mudança de pensamento da sociedade e o avanço científico fizeram com que determinadas situações fossem reavaliadas, tendo o Vaticano se manifestado no sentido de admitir suas atitudes errôneas com

relação à Santa Inquisição, aos judeus, a Galileu Galilei, aos descendentes de escravos, entre outros. Contudo, essa reavaliação jamais reconsiderou as condutas violentas e discriminatórias contra os homossexuais, pelo contrário, os dogmas católicos, ainda que não tenham mais cólera a ponto de queimar em praça pública, continuam fortemente impregnados com ideias arcaicas (BASTOS, 2015, p. 20).

A homofobia perpetrada atualmente pelas instituições religiosas consiste em acolher os homossexuais para que com compaixão sejam curados ou, no pior dos casos, criem uma autoimagem de enfermos condenados à abstinência para não cometer pecado. Essa hostilidade da Igreja, ainda que se mostre de maneira bem mais sutil e sensível em nível individual, eleva a homofobia a uma manifestação política, um jargão psicanalítico baseado numa suposta incapacidade de consideração da alteridade e a dificuldade de aceitação da finitude do ser, uma vez que a esterilidade resultante de uma relação entre pessoas do mesmo sexo é tida como uma negação da condição mortal dos seres (BORRILLO, 2010, p. 59-61).

Mesmo apresentando um discurso aparentemente fresco, a doutrina católica permanece vinculada a sua ideologia tomista, não estando, no fundo, de maneira nenhuma, em ruptura com o pensamento medieval da Escolástica. A mensagem contemporânea transmitida é a de que os atos homossexuais consentidos são contrários a algo muito mais valoroso que a liberdade de outrem, e opõem-se à vontade divina, que criou a ordem natural dos sexos e das sexualidades e que, durante a criação dos homens e das mulheres, conferiu posição preponderante à heterossexualidade (BORRILLO, 2010, p. 59-61).

Diante de todo o exposto, depreende-se que desde que existem registros históricos, a homossexualidade está presente nas sociedades, bem como que a homofobia é um fenômeno associado às crenças das doutrinas judaico-cristãs, que viram nos atos entre pessoas do mesmo sexo uma ameaça ao sistema de patriarcado e à reprodução de linhagens. As referidas convicções, que se encontram refletidas na sociedade até os dias de hoje, levaram a

comportamentos homofóbicos que, por diversas vezes, utilizando violência extrema, foram cometidos de maneira legítima por leis que entendiam como crime os relacionamentos afetivos não heterossexuais.

Superado o tema da origem do preconceito, passa-se a analisar a história da luta dos movimentos LGBT no sentido de fazer suas premissas constitucionais.

### 3 A LUTA PELOS DIREITOS LGBT

A busca por reconhecimento e, conseqüentemente, direitos desse grupo tem início no final da década de 1940, com a publicação mensal *Levensrecht* – cuja tradução seria “direito de viver”. Criada pelo *Center for Culture e Recreation* em Amsterdam, visava trabalhar a conscientização social sobre a homossexualidade e fomentar junto a autoridades locais promoções em favor da tolerância. Com os mesmos intuitos, em meados dos anos 1950, nos Estados Unidos, foram criados o grupo clandestino *Mattachine Society*, ligado à esquerda socialista, e o *Daughters of Bilitis*, voltado às lésbicas (FACCHINI, 2016).

As questões levantadas previamente, por meio das ações dos referidos pequenos grupos que vinham surgindo, atingiram um novo patamar após a conhecida Rebelião de *Stonewall*, em 28 de junho de 1969. *Stonewall* é um bar localizado em Greenwich Village, Nova Iorque, que no período pós-guerra passou a ser alvo de frequentes batidas policiais por ser frequentado por gays. Eram frequentes nas ocasiões das batidas que eles sofressem humilhações, exposição pública em razão de sua sexualidade, além das prisões arbitrárias. Então, na noite da já citada data, durante uma batida policial, a clientela presente no bar se revoltou contra a ação opressora, criando um conflito que veio a se estender por quatro dias. Em comemoração ao acontecido, no ano seguinte realizou-se a primeira parada gay, sendo a data ainda estabelecida como o Dia do Orgulho Gay (REIS, 2011, p. 1).

As supracitadas incursões policiais em estabelecimentos americanos frequentados pelo público gay foram comuns durante toda a década de 1960, uma vez que eram tidas como política de ordem que pretendia restabelecer a situação social do País à mesma forma em que se encontrava no período pregresso à Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Bastos (2015, p. 24): “A busca por anarquistas, comunistas e subversivos em geral era autorizada pelo governo, como forma de restaurar a paz”, contudo, as violências infligidas injustificadamente apenas geraram a criação de mais movimentos que, a partir daqui, organizaram-se.

No Brasil, em meio ao endurecimento da ditadura militar ocorrido na passagem da década de 1960 para a de 1970, os movimentos estudantis questionadores e grupos clandestinos de esquerda que tentavam combater os atos totalitários do regime acabaram por ganhar visibilidade à época que os movimentos feministas, as primeiras organizações do movimento negro contemporâneo e o movimento homossexual também ganham notabilidade por parte da sociedade. Um dos projetos mais notáveis daquele tempo foi o Somos – Grupo de Afirmação Homossexual, de São Paulo (FACCHINI, 2015).

O contraste do movimento homossexual brasileiro em relação a outros prévios, observáveis nos “guetos”, é nítido no sentido de ter obviamente uma intenção de politização em contraste às alternativas socializadoras comumente apontadas pelas associações, que acabavam se limitando à publicação de pequenos periódicos distribuídos em alguns bares e à promoção de eventos como bailes de carnaval para o encontro de homossexuais (FACCHINI, 2015).

Há que ressaltar também o papel que a epidemia da AIDS desempenhou na visibilidade e na comunidade LGBT. Se por um lado o fato de a AIDS ter afetado inicialmente a comunidade homossexual gerou mais destaque para as questões, em geral, ligadas aos movimentos, de outro lado afetou drasticamente, pois acometeu muitos dos quais atuavam como liderança do criado Movimento Homossexual Brasileiro (MHB). Já havia

problemas de divisões internas em razão de entendimentos divergentes sobre as atuações políticas e falta generalizada de infraestrutura, que com o adoecimento de uma grande quantidade de membros, gerou uma debilitação coletiva (REIS, 2011, p. 2).

De acordo com Facchini (2015), para um estudo mais aprofundado, a trajetória dos movimentos homossexuais pode ser dividida em três fases, sendo a primeira de 1978 até 1983. Nessa fase, é possível notar um forte caráter antiautoritário fruto da política ditatorial militar, marcado pela produção da identidade coletiva de “homossexual ativista” que se exteriorizava como se todos compartilhassem das mesmas condições e necessidades, pois tinham a concentração de poder nas suas estruturas.

Em 1979, houve o primeiro encontro de homossexuais militantes no Rio de Janeiro, cujos principais propósitos foram a reivindicação pela inclusão na Constituição Federal do respeito à “opção sexual”, termo que mais tarde será reformado, bem como para a organização de uma campanha visando que a lista de doenças do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) acabasse com o código para a homossexualidade. A última previsão tinha por objetivo combater a conotação de doença e a patologização das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo e teve o início da sua concretização em 1981 por meio de uma campanha coordenada pelo Grupo Gay da Bahia (FACCHINI, 2015).

Em relação aos direitos humanos, a segunda onda, que abrange os acontecimentos de 1984 até 1992, é lembrada por dois marcos significativos. O primeiro é referente à transferência, dentro da Classificação Internacional de Doenças, do diagnóstico de homossexualidade da categoria de desvios e transtornos sexuais para a de outras circunstâncias psicossociais pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em 09 de fevereiro de 1985. Nessa questão acerca da despatologização, cabe ressaltar que o posicionamento assumido pelo Brasil antecedeu em cinco anos a Organização Mundial da Saúde (OMS), que por intermédio de sua 43ª Assembleia Geral, em 17 de maio de 1990, retirou

o código 302.0 (referente à homossexualidade) da Classificação Internacional de Doenças. A posição do CFM, considerada vanguardista, foi consequência da supracitada mobilização de 1981 pelo Grupo Gay da Bahia. Em 1993, a nova classificação passou a valer para todos os países-membros das Nações Unidas, dando fim à patologização da homoafetividade (REIS, 2011, p. 2-3).

Considerado emblemático pelo ativismo dos direitos humanos das pessoas LGBT, ainda que não tenha obtido êxito, o projeto de inclusão no texto do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 da proibição expressa de discriminação em razão de “orientação sexual” foi não apenas uma grande empreitada, mas também um ato representativo em oposição à repressão ao direito à igualdade que os fundamentalistas religiosos pregam até os dias de hoje. O ativista e advogado João Antonio Macarenhas, que atuou anteriormente na questão de despatologização, defendeu a proposição perante o Congresso Nacional, cuja votação registrada em publicação específica foi a seguinte: 130 a favor; 317 contra; 14 em branco; estando 38 ausentes do Congresso e 60 simplesmente não compareceram (REIS, 2011, p. 3).

O desuso do termo “opção sexual” em detrimento de “orientação sexual” foi uma forma encontrada de expressar que a atração sexual inerente aos indivíduos não se trata de uma escolha, de uma determinação simples, voluntária e racional. Pode-se dizer que essa substituição, e também uma desvalorização dos aspectos marginais da homossexualidade, foram reflexos da valorização das relações com o movimento internacional (FACCHINI, 2015).

Consoante ao supracitado entendimento, Dias (2014, p. 54) expõe:

Desde o século passado – meados da década de 60 e início dos anos 70 –, houve o aumento da visibilidade de diversas formas de expressão da sexualidade. O movimento de liberação desfraldou suas bandeiras, buscando mudar a conceituação, tanto social como individual, das relações entre pessoas de igual sexo.



Entretanto, ainda que tenha havido um intercâmbio bastante forte, de maneira geral, houve uma redução drástica de grupos nesse período. Com o fim da ditadura já não existia esse oponente que gerava a necessidade de união entre os vários movimentos para suas lutas particulares contra o autoritarismo e, aos poucos, o modelo de organização comunitário autonomista estabelecido outrora se tornou infundado (FACCHINI, 2015).

Ainda, as pautas traçadas no sentido da liberação sexual são desprestigiadas diante chegada da epidemia da AIDS, na época conhecida por “câncer gay” ou “peste gay”. No encontro nacional de 1989, fica claro que a AIDS teria o posto primordial na agenda dos movimentos, reafirmando-se o privilégio nos encontros de 1990 e 1991, mesmo já havendo outras grandes preocupações, como a questão da violência e da discriminação religiosa (FACCHINI, 2015).

Dias (2010) ressalta como essa preocupação com a AIDS por parte da comunidade ocorreu pela associação da doença com a homossexualidade:

Se coincidência ou oportunismo, o fato é que a AIDS restou identificada como um mal que atinge homossexuais, o que ensejou que fosse visualizada como, enfim, o castigo dos céus contra a sodomia, vista como uma aberração da natureza, uma transgressão à ordem natural, uma verdadeira perversão [...] Somente quando se começou a identificar outras formas de transmissão do vírus, detectando-se sua presença também em hemofílicos e em pacientes de transfusão de sangue, começou o tema a despertar o interesse da sociedade. E quando os heterossexuais e as mulheres começaram a se infectar, o chamado grupo de risco se generalizou e ninguém mais continuou a se sentir imune ao contágio. Instalou-se o medo do contágio além do medo do estigma, por seu portador ser sempre identificado como homossexual.

Em decorrência dessa priorização das questões relativas à epidemia, aconteceu o que se conhece por crise da organização, ou seja, em vez de se concentrar na agenda que havia sido traçada, cuja maioria das demandas

não foram resolvidas até os dias de hoje, o movimento teve que focar em se fortalecer e tomar uma frente em relação à AIDS, uma vez que o tema era preponderante e o governo um tanto despreparado (FACCHINI, 2015).

A terceira fase, que teve seu começo em 1992 e estende-se até os dias atuais, tem como uma de suas características principais a diferenciação dos vários sujeitos internos do movimento: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, dando ênfase às reivindicações específicas para todos esses coletivos que se uniram por almejar primordialmente o mesmo (FACCHINI, 2015).

Durante os anos 1990, no tocante ao problema da epidemia de AIDS, o Brasil se tornou pioneiro na resolução comunitária da situação devido ao movimento homossexual, que como consequência voltou a crescer. Nas palavras de Facchini (2015):

Com base no acúmulo de experiência e no conhecimento e acesso à comunidade, os grupos passaram a coordenar projetos de prevenção financiados por programas estatais de combate à Aids, os quais permitiram que alguns grupos se organizassem no formato de organização não-governamental (ONG). A entrada das pautas do movimento nas políticas públicas não se deu, portanto, pelo reconhecimento das demandas de cidadania de LGBT ou pela criação de conselhos de direitos, mas pela política de saúde e, mais especificamente, a política de combate às DSTs e Aids.

Conforme pontuado, os grupos do movimento homossexual foram fundamentais nas políticas de combate às doenças sexualmente transmissíveis, ganhando apoio estatal e gerando, pela primeira vez, a aproximação governamental das agendas defendidas. Entretanto, essa aproximação estava longe de satisfazer a efetivação dos direitos humanos desses grupos (FACCHINI, 2015).

Entre 04 e 07 de setembro de 1993, durante o VII Encontro Brasileiro de Lésbicas e Homossexuais (EBLHO), foi criada a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT), cujo principal escopo era a formação de

uma instituição de caráter nacional, que não apenas defendesse as bandeiras dos movimentos, como as questões sanitárias e de violência, mas abrangesse ainda necessidades de infraestrutura de norte a sul. A reunião ampliada para a estruturação da referente associação ocorreu em Curitiba em 30 e 31 julho de 1994, com a ulterior composição de estatuto feita pelo Grupo Dignidade e carta de princípios pensada pelo Grupo Arco-Íris (FACCHINI, 2015).

Com o funcionamento iniciado em 1995, a ABGLT foi de suma importância para a luta dos direitos humanos na história do movimento LGBT brasileiro, uma vez que, nas palavras de Reis (2011, p. 4): “possibilitou a criação da primeira instância de abrangência nacional de representação com capacidade e legitimidade para levar as reivindicações do segmento até o Governo Federal, o que até então havia sido impossível.” Com a exceção do Programa Nacional de DSTs e AIDS do Ministério da Saúde, nunca em outra ocasião houve diálogos entre o movimento LGBT e o Governo Federal de fato, havendo um cenário de quase total ausência de políticas públicas para esses grupos.

Para Facchini (2015), a criação da ABGLT foi extremamente estratégica no sentido de que:

Se, no primeiro momento, a questão era a luta contra a Aids, as políticas relacionadas a direitos humanos começam a abrir espaço, até que se tem, em 2004, a criação do programa Brasil sem Homofobia, que é um programa nacional de articulação interministerial, cujo objetivo é inserir ações de combate à homofobia em diversos ministérios.

Dar voz a um segmento da sociedade até então marginalizado não apenas rendeu frutos no âmbito executivo. A ABGLT promove diversas ações para o extermínio das condutas discriminativas e violentas as quais a população LGBT vem sofrendo, por intermédio, por exemplo, do Projeto de Lei n. 1151/95, que visa reconhecer a parceria civil, e do Projeto n. 122/2006, que criminaliza a homofobia. Esse último será debatido mais a fundo na seção seguinte.

Nessa esteira, conclui-se que as coletividades que integram o movimento LGBT tiveram seus direitos ignorados por muito tempo, sendo necessária a disseminação de uma epidemia de AIDS para que o Governo pudesse se sensibilizar com as questões alusivas a esse grupo. Assim, faz-se imperativo que se discuta a criação de norma específica, para que as previsões constitucionais se tornem efetivas e uma grande parte de cidadãos brasileiros saiam das margens da sociedade que não os compreende como indivíduos, cuja perpetração de crime é condenável e passível de punição.

#### **4 A NECESSIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA ENQUANTO GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À ISONOMIA**

O advento da Constituição Federal, conhecida por “cidadã”, veio com o intuito de reforçar a ideia de democracia e inclusão após o término de um dos momentos históricos mais complexos da história do Brasil. Em seu texto, ela aponta como um dos objetivos fundamentais da República o direito à não discriminação, conforme dispõe o artigo 3º, inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Ademais, o direito à liberdade vem logo em seguida, assegurado pelo artigo 5º, no qual é afirmado que: “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.” A mencionada liberdade à qual se refere a constituinte não é delimitada pelos diversos incisos do artigo 5º, e deve ser compreendida “não apenas como isonomia, mas também como direito à diversidade.” (SILVA; BAHIA, 2015, p. 184):

## 4.1 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O direito à igualdade previsto na Constituição Federal também tem sua origem na doutrina judaico-cristã, que pregava que todos os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus. Enquanto norma positivada, expressa a necessidade de tratar de maneira igual aqueles que se encontram no mesmo patamar, bem como tratar de forma desigual os desiguais, na proporção de suas desigualdades (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2010, p. 290).

Essa visão do princípio da isonomia corrobora o pensamento grego, com destaque para as obras de Aristóteles nas quais frequentemente a justiça era associada à isonomia de tratamento. Essa conexão é invocada, pois ambas são experiências vivenciadas direta, subjetiva e constantemente nas relações com outros indivíduos, interferindo na forma como os outros e as próprias pessoas se percebem perante a sociedade. Graças a essa afinidade, a igualdade passou a ser um dos valores centrais do direito constitucional contemporâneo, representando os aspectos liberais, democráticos e sociais que devem ser intrínsecos à ideia de Estado democrático (SARLET; MARINONI; MITIDEIRO, 2012, p. 523).

Sobre a aplicação do princípio da isonomia nos ordenamentos jurídicos, ressalta-se a sua importância para o cerceamento de condutas discriminatórias: “o direito à igualdade impõe ao Estado, portanto, o dever de coibir a discriminação em função de raça, credo religioso, sexo, estado civil etc.” (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2010, p. 290). Corroborando desse pensamento, Dias (2014, p. 151-152) ressalta sobre a liberdade sexual:

A liberdade sexual deve ser vista como um direito fundamental, composto a partir de várias normas constitucionais que garantem direitos fundamentais. Trata-se da liberdade genérica, garantida no caput do art. 5º, do direito à intimidade e à privacidade da proteção da convivência familiar com a sua multiplicidade com

base na livre decisão dos seus componentes. Essas normas oferecem, ainda que de maneira implícita, tutela constitucional a quaisquer características e opções sexuais, sendo proibido que o direito infraconstitucional as trate de maneira discriminatória.

O artigo 5º da Magna Carta também estabeleceu, em seu parágrafo 2º, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ou seja, fica positivado o ideal do legislador em deixar claro que mesmo a constituinte sendo a norma máxima a ser seguida, sua natureza não é totalmente inflexível, mas, sim, adaptável diante das necessidades sociais e temporais supervenientes. Pode-se afirmar que ela se apresenta quase como um projeto inacabado no qual a comunidade política e demais cidadãos livres e iguais figuram como elementos de autoconstituição, na medida em que o Estado está constantemente em processo de aprendizagem das incessantes novas necessidades e realidades que vão surgindo, e carecendo ser jurisdicionadas (SILVA; BAHIA, 2015, p. 180-181).

Entretanto, para que a referida constituinte cumpra a sua proposta de formação de uma sociedade livre, justa e igual, na qual seja possível a aprendizagem constitucional, é fundamental que exista uma ampla participação democrática da população. Essa participação dos membros da sociedade, que muitas vezes é delimitada somente ao exercício de direitos políticos, deveria ser entendida como algo muito mais intenso do que se verifica, abrangendo, entre outras coisas, a aceitação, a convivência e o reconhecimento por parte da esfera pública, do máximo de concepções e realidades brasileiras (SILVA; BAHIA, 2015, p. 180-181).

## 4.2 DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Pela razão citada na seção anterior, faz-se mister que em um país democrático se discuta a necessidade ou não de criminalizar condutas que atentem contra a diversidade de gênero e a orientação sexual. Mediante o Projeto de Lei n. 122/2006 tentou-se, pela primeira vez, que houvesse uma criminalização das referidas condutas discriminatórias, como a homofobia e a transfobia. Inicialmente ele foi aprovado na Câmara e seguiu para o Senado, onde enfrentou uma enorme oposição da bancada fundamentalista, vulgo “bancada evangélica”, que entre outros argumentos, sustentou a ideia de que o Projeto era uma forma de direito penal simbólico que visava criar um “superdireito”, desnecessário para uma minoria. Após ficar por muito tempo estagnado, o Projeto foi arquivado no final de 2014 e levado para discussão junto às reformas do Código Penal (SILVA; BAHIA, 2015, p. 180-181).

É fato notório que diversos dos argumentos apresentados contra a criminalização da homofobia são, infelizmente, baseados em crenças religiosas antigas e conservadoras que já foram objeto de estudo na primeira parte do presente artigo. Entretanto, é necessário analisar a premissa jurídica suscitada relacionada à ideia de que já existe tipificação no Código Penal e que criminalizar a homofobia seria apenas mais uma manifestação vazia do Direito Penal Simbólico.

Para Bastos (2015, p. 34), é notável na sociedade brasileira atualmente a tendência de “expectativa por parte do público em geral por maior gestão estatal dos riscos da criminalidade, assim como maior controle e prevenção do elemento delituoso que ameaça a prometida paz.” Essa sensação de instabilidade, que acaba difundindo na população uma necessidade de ação governamental, muitas vezes encontra solução no direito penal simbólico que, por meio da criação de sanções mais duras ou novos tipos penais, ultrapassa as barreiras estabelecidas para a proteção de bens e valores pelo Direito Penal Clássico (BASTOS, 2015, p. 34-35).

A advinda mudança repentina da visão pública sobre a ineficácia do Estado perante um problema é frequentemente a razão pela qual o cunho simbólico de uma norma é acentuado e o processo legislativo se torna uma forma de retratar que o Poder Legislativo busca resultados eficazes para as mazelas sociais. Essa submissão voluntária do Direito Penal às comoções populares vêm sendo amplamente criticadas por diversos estudiosos das ciências criminais, uma vez que o referido Direito Penal Simbólico, na prática, objetiva muito mais o apaziguamento dos impulsos do povo do que necessariamente realizar mudanças sociais concretas. Para a corrente que vê na criminalização da homofobia uma manifestação de Direito Penal Simbólico, a criação da lei, que implicaria uma legítima mobilização humana e pecuniária, seria destituída de verdadeira efetividade (BASTOS, 2015, p. 35-36).

Essa pressão pública à qual o Estado é submetido é considerada utópica por várias pessoas, tendo em vista a impossibilidade de se tutelarem todas as situações e a ineficácia psicológica que se verificaria entre a população. Nesse sentido, Zaffaroni (1991, p. 26) discorre:

[...] a disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.

Mesmo com o argumento de desnecessidade e possível ineficácia de norma que criminalizasse a homofobia, a corrente que defende a iniciativa lembra que essa proteção já existe para outros grupos considerados minoria ou em posição de vulnerabilidade social que sofrem discriminação por raça, cor e, até mesmo, religião. Assim, pode-se dizer que o que se busca é a extensão da proteção específica com a qual já contam os negros, as mulheres, os idosos



e outros, por meio da Lei do Racismo, da Lei Maria da Penha e do Estatuto do Idoso, respectivamente (SILVA; BAHIA, 2015, p. 189).

Consoante à ideia, para Dias (2014, p. 168), o fato de editar uma norma especial para um determinado grupo consagra o princípio da igualdade, pois apenas garantindo um tratamento diferenciado àqueles com situação diferenciada conseguirá se atingir a isonomia e a equidade:

A forma que os estados modernos têm encontrado para assegurar visibilidade e segurança a quem é alvo do preconceito e discriminação é instituir microsistemas: lei temática com a imposição de normas afirmativas que enfeixam princípios, normas de conteúdo material e processual, além de dispositivos de natureza civil e penal. Daí o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, do Idoso e da Igualdade Racial entre outros.

Novamente sobre os argumentos contrários à criminalização da homofobia durante a tramitação do PLC 122/06, Silva e Bahia (2015, p. 190) atentam para a tentativa de relacionar a tipificação da violência sofrida pela comunidade LGBT com um suposto desrespeito dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e liberdade de religião utilizada também nas fundamentações dos conservadores:

O PLC 122/06, ao contrário do que afirmam seus críticos, não violaria a liberdade de expressão e nem mesmo a liberdade religiosa, constitucionalmente garantidas. Vale dizer, as mais diversas concepções religiosas poderão continuar defendendo que a homossexualidade é “pecado” e que, eventualmente, é conduta que se desvia das suas crenças. Entrementes, a liberdade religiosa não abrange a atribuição à homossexualidade de questões que não estão ligadas à religião, tal como dizer que os homossexuais são pedófilos. É preciso situarmos o que é e quais são os limites da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, protegidas pela Convenção Americana dos Direitos Humanos que, em seu art. 13, trata da “liberdade de pensamento e de expressão”.

Tal entendimento por parte dos opositores do Projeto de que sua aprovação geraria o incumprimento de direitos fundamentais ligados à liberdade é no mínimo curioso, na medida em que é clara a finalidade de proteção do mesmo direito fundamental de liberdade na proposta por eles rechaçada. Isso traz à tona certas questões, como a da valoração de uma liberdade (de expressão e de religião) em detrimento de outras (de pensamento, sexual, e até de expressão também) por crenças que no fim são meramente fruto das doutrinas judaico-cristãs pregadas pelas religiões mais presentes e numerosas do País que, por sua vez, em tese, é laico. A interferência da religião nas questões de Estado é antiga, e às vezes muito danosa, como se pode verificar no presente caso.

Atualmente, os projetos jurídicos específicos aos casos envolvendo preconceito contra a comunidade LGBT limitam-se à Sugestão Legislativa n. 28 de 2017, ainda que a cada 19 (dezenove) horas um LGBT morra de forma violenta por crimes cometidos em decorrência de discriminação sexual, conforme dados do Relatório de Assassinatos LBGT no Brasil em 2017, realizado anualmente pelo Grupo Gay da Bahia. Ainda de acordo com a citada estatística, que é a única desse segmento realizada no País, em apenas um quarto dos crimes o criminoso, majoritariamente não íntimo da vítima, é identificado, e menos de 10% das situações registradas geraram a abertura de procedimento cabível e, por consequência, punição pelo tipo penal cometido.

Tais dados comprovam que a negligência em face à complexa realidade na qual a população LGBT está inserida, sem ver seus direitos mais básicos serem cumpridos, tem trazido danos irreversíveis para diversas famílias e promove uma característica sancionatória a uma condição natural e não criminalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para Dias (2014, p. 149-150):

A omissão do legislador acaba por ter caráter punitivo, atuando como guardião de um moralismo conservador, pois exclui todos os que não se enquadram no modelo

convencional. Os direitos fundamentais não podem ser desconsiderados nem pela maioria e muito menos pelo Poder Legislativo. A demora do legislador em aprovar uma legislação inclusiva configura atuação deficiente do Estado. Em razão disto, se não fosse o Poder Judiciário os parceiros homoafetivos ainda se encontrariam na clandestinidade jurídica e sem a devida proteção estatal de seus direitos fundamentais.

Consoante ao entendimento supracitado, existe suporte legislativo interno que fundamente a reparação da omissão, cabendo ao Estado garantir a liberdade a todos, independentemente de orientação sexual. Também existem vários documentos internacionais recepcionados pelo Brasil, prevendo, explícita ou implicitamente, a obrigação de os membros signatários buscarem mecanismos específicos para a prevenção e a adequada repressão à homofobia. Os referidos documentos são, conforme colocado por Silva e Bahia (2015, p. 170-175):

(I) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, especialmente em seu art. 2º, 1: “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição;

(II) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), parte preambular: “Considerando que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação” e art. 1º: “[...] a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”;

- (III) O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, em que se lê: “Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”;
- (IV) a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (Resolução da ONU), de 1981 e
- (V) o Pacto de San José da Costa Rica, também denominado Convenção Americana de Direitos Humanos.

É visível que existe embasamento jurídico mais do que suficiente para legitimar uma ação por parte do Poder Legislativo que assegure a liberdade sexual e reprima a discriminação contra a comunidade LGBT. Tendo em vista todos os acordos firmados elencados, a criminalização da homofobia seria também uma forma de efetivar os compromissos internacionais do País, contudo, além da Sugestão Legislativa mencionada anteriormente, os dois projetos mais avançados no sentido de assegurar os direitos da população LGBT se encontram estagnados. O primeiro deles, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), visa que a homofobia e a transfobia sejam enquadradas no conceito de racismo ou que sejam reconhecidas como atos atentatórios às liberdades fundamentais; que seja reconhecida a mora do Congresso Nacional em debater o tema, uma vez que o PLC 122/06 passou 15 (quinze) anos aguardando discussão e ainda aguarda, mas em outra forma legal; que seja fixado prazo razoável para que o Congresso Nacional edite a norma criminalizadora específica; que, decorrido esse prazo sem promulgação de norma, o STF exerça atividade legislativa atípica; e, por fim, que haja a fixação da responsabilidade civil do Estado, inclusive dos parlamentares, tanto nos casos de omissão ante à responsabilidade objetiva do artigo 37º, §6º da Constituição Federal, para todos

aqueles que forem vítimas de agressões e violência homofóbica e transfóbica, quanto a fatos pretéritos, ou, subsidiariamente, a partir da constatação da omissão inconstitucional (SILVA; BAHIA, 2015, p. 199).

A segunda proposta, muito mais divulgada e arrojada que a primeira, é o Estatuto da Diversidade Sexual, um projeto realizado por diversas Comissões Seccionais e Subseções da OAB em conjunto com o Instituto Brasileiro de Direito de Família, o IBDFAM. Com campanha nacional lançada em maio de 2012, no Dia Mundial de Combate a Homofobia, o projeto foi apresentado por iniciativa popular, mesmo a OAB obtendo legitimação ativa para propor. Isso se realizou em decorrência do medo que os organizadores tiveram de que a proposta fosse arquivada pelos legisladores, que buscam assumir uma postura omissiva em relação a essa questão, temendo perder eleitores ou serem rotulados de homossexuais (DIAS, 2014, p. 164-165).

O Estatuto da Diversidade consagra como direito fundamental a livre orientação sexual e identidade de gênero, bem como compreende o direito à diferença e a proibição da discriminação nos seguintes termos: além de configurar crime, que a homofobia gere responsabilidade por danos materiais e morais; que os companheiros estrangeiros tenham direito à concessão de visto de permanência; que seja garantido acesso às técnicas de reprodução assistida por meio do Sistema Único de Saúde, de forma individual ou coletiva, admitindo o uso de material genético do casal para a prática reprodutiva; que seja assegurada a adoção, guarda, habilitação conjunta ou individual à adoção de crianças e adolescentes, fazendo ambos os pais jus à licença natalidade; que seja estabelecida a proibição de os pais expulsarem o filho da residência em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero, sob pena de responsabilidade indenizatória e abandono material quando o filho for menor; que haja o reconhecimento do direito de travestis, transexuais e intersexuais a utilizarem o nome social independentemente de realizada a cirurgia de redesignação de sexo; que haja a proibição de materiais didáticos e metodológicos que estimulem a discriminação, devendo o estabelecimento de

ensino coibir a prática de *bullying* por razões de orientação sexual e identidade de gênero, ou pelo fato de aluno pertencer a uma família homoafetiva; que os benefícios previdenciários sejam garantidos de forma integral; que seja feita a capacitação dos profissionais da saúde, sendo vedadas as promessas de cura e reversão da identidade sexual e a submissão a tratamentos não solicitados; que a orientação sexual não seja utilizada como critério de exclusão para doadores de sangue; que havendo indicação terapêutica, sejam realizados procedimentos complementares não cirúrgicos de adequação de identidade em maiores de 14 anos, entre outros (DIAS, 2014, p. 169-175).

No tocante à parte criminal, as penalidades do PLC 122/06 foram incorporadas no texto do Estatuto, ou seja, determinando pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos para todas as condutas discriminatórias, bem como para as incitações de ódio ou as manifestações que transmitam a ideia de inferioridade de alguém por sua orientação sexual e identidade de gênero. No que se refere às relações de trabalho, haveria responsabilização criminal por parte daqueles que dificultarem contratação ou ascensão profissional por preconceito sexual. Também é prevista responsabilidade daqueles que impedirem o acesso a estabelecimento público ou comercial ou a fornecimento de serviços em decorrência de discriminação. Outrossim, há a criação de uma agravante genérica, que elevaria em um terço a pena de qualquer delito em que ficar explícita motivação homofóbica (DIAS, 2014, p. 169-175).

Por fim, em relação às questões processuais penais, seria realizada a criação de delegacias especializadas para o atendimento de denúncias referentes a essa norma, garantindo assistência, orientação e apoio às vítimas de discriminação, tramitando em segredo de justiça as demandas que se originassem. Nos casos de encarceramento no sistema prisional, a instituição teria que se ater à identidade sexual do preso, garantindo visita íntima sem quaisquer diferenciações e cela separada havendo risco à integridade física ou psíquica do indivíduo (DIAS, 2014, p. 169-175).

## 5 CONCLUSÃO

Com este estudo objetivou-se analisar a possibilidade de criminalização da homofobia como forma de efetivação do princípio constitucional da isonomia. Dessa forma, foi realizado um aprofundamento nas origens histórico-culturais do preconceito contra a comunidade LGBT, na questão da luta por direitos no Brasil e seus principais aspectos e fases, bem como foi abordada a necessidade de criminalização das condutas discriminatórias e violentas motivadas pelo preconceito. Utilizou-se como fundamento teórico material bibliográfico selecionado dos autores mais destacados nesse campo.

Em relação aos aspectos relevantes no que tange ao estudo da origem da homofobia, conclui-se que a homossexualidade está presente nos registros de todas as grandes antigas civilizações, sendo preponderante para os relacionamentos dessa época a hierarquia entre os parceiros, não o gênero. A introdução do pensamento homofóbico ocorreu com a expansão da fé judaico-cristã, cuja história foi marcada por períodos de grande declínio populacional, fato que propiciou a associação do prazer sem finalidade reprodutiva com o pecado. Na análise da história das lutas do movimento LGBT, infere-se que as referidas ideias da fé judaico-cristã permanecem na sociedade até os dias atuais, e isso reflete na ação governamental que necessitou da epidemia de AIDS que assolou o País para começar a criar algumas políticas em prol desse grupo. Não houve grandes mudanças. No tocante à questão da criminalização para efetivação do princípio da isonomia, depreende-se que existem diversas fundamentações legais, internas e tratados internacionais ratificados, os quais poderiam legitimar uma retificação, por meio de legislação específica, da omissão estatal em tratar as questões de violência e discriminação sofridas pela população LGBT. Atualmente, os debates sobre o tema, antes ligados ao PLC 122/2006, aguardam a reforma do Código Penal e a análise do Estatuto da Diversidade Sexual.

No decorrer do trabalho, uma das medidas previstas no Estatuto da Diversidade Sexual já obteve a vitória jurídica, o Supremo Tribunal Federal assegurou o direito de utilização de nome social por transexuais independentemente de realização de cirurgia redesignatória, contudo, em relação à criminalização, nada foi decidido.

Por fim, conforme demonstrado, os índices de violência contra a comunidade LGBT são alarmantes e sequer são feitos levantamentos oficiais sobre o tema, portanto, entende-se que uma legislação específica seria útil não somente para estender a proteção jurídica com a qual outras minorias já contam, mas também como instrumento de conscientização social e de efetivação do princípio da isonomia.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomas de. *Suma Teológica*. [entre 1265 e 1273]. v. 3. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2018.

BASTOS, Vinícius Marasciulo Dias. A (não) criminalização da homofobia no Brasil: contrastes entre as exigências de proteção penal e direito penal simbólico. 2015. 258 p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande, Porto Alegre, 2015.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *A Aids e o Direito*. São Paulo: [s. n.], set. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>. Acesso em: 05 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. 6. ed. reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



FACCHINI, Regina. Histórico da luta LGBT no Brasil. *Revista Pré Univesp*, São Paulo, n. 59, jul. 2016. Disponível em: <http://pre.univesp.br/historico-da-luta-lgbt-no-brasil#.WuO-6IjwbIV>. Acesso em: 09 mar. 2018.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório de mortes violentas de LGBT no Brasil*. Relatório 2017. Salvador: [s. n.], 2018. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder de. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

REIS, Toni. *Avanços e desafios para os direitos humanos das pessoas LGBT*. Curitiba: [s. n.], out. 2011. Disponível em: <http://www.tonireis.com.br/wp-content/uploads/2014/06/avancos.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Diogo Bacha e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, maio/ago. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



# A ORTOTANÁSIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA E DA DIGNIDADE HUMANA

Jaqueline Marmitt<sup>1</sup>

Roni Edson Fabro<sup>2</sup>

**Resumo:** Esse artigo se propõe a demonstrar a partir de uma análise constitucional a legalidade da prática da ortotanásia e da ordem de não reanimação de pacientes em estado de doença terminal ou enfermidade irreversível, já que não existe nenhuma lei específica na Constituição Federal que legalize esse instituto. Para alcançar esse objetivo é preciso fazer uma análise crítica de alguns princípios constitucionais, principalmente os princípios da autonomia e da dignidade humana e o entendimento do assunto, visto que se trata de não prolongar ou encurtar a vida, apenas deixar que a pessoa morra de forma natural sem nenhuma interferência artificial ou reanimação que possa prolongar seu estado de sofrimento.

**Palavras-chave:** Ortotanásia. Morte natural. Autonomia. Dignidade humana.

## 1 INTRODUÇÃO

A tecnologia é uma ferramenta muito útil e indispensável nos dias atuais e, com ela, pode-se usufruir de uma qualidade de vida melhor e, inclusive, dispor de tratamentos médicos cada vez mais avançados. A busca por uma vida longa continua sendo o objetivo de grande parte dos seres humanos, mas existem casos de pessoas portadoras de enfermidades incuráveis que preferem que o fim de sua vida não seja prolongado por meios artificiais. Nesses casos, surge a relevância do estudo da ortotanásia, sendo

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; jaquelinemarmitt11@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; doutorando em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

imprescindível saber do que se trata, em que casos ela se enquadra e se há amparo constitucional.

A discussão reside na legalidade da ortotanásia e até que ponto esse tema é amparado constitucionalmente, já que não se encontra na Constituição Federal nenhum artigo específico sobre isso. É importante encontrar amparo para a sociedade e também para os profissionais da saúde que lidam diariamente com esses casos, já que podem se sentir receosos pela falta de regulamentação específica.

O método utilizado para elaboração deste artigo é o dedutivo, feito com a realização do estudo de diversos artigos, doutrinas, sites e a legislação pertinente ao tema.

Para explicar o trabalho, fez-se necessário dividi-lo em alguns tópicos. Em um primeiro momento é feita uma análise conceitual de vários temas inerentes ao conteúdo e a distinção existente entre eles. Num segundo momento se realiza o estudo específico da ortotanásia e, por fim, o estudo geral dos entendimentos da legislação pertinentes ao assunto.

## **2 A VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.**

Sempre que se trata de qualquer direito inerente à morte, deve-se primeiramente fazer uma análise da vida enquanto direito fundamental. Conforme traz o art. 5<sup>º</sup> *caput* da Constituição Federal, a vida é um direito inviolável e garantido a todos os seres humanos.

O direito à vida é fundamental à concretização de todos os outros. Neste sentido, Silva (2018) explica que:

A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no artigo 5<sup>º</sup>, *caput*, da Constituição Federal, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais

---

<sup>3</sup> Art. 5<sup>º</sup> 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.

(espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar se não erigisse a vida humana num desses direitos.

Porém, com a análise da vida como direito fundamental, deve-se ter em mente que isso não significa dizer que ela seja um direito absoluto. Ao garantir a vida, significa que esta não pode ser ceifada contra a vontade, devendo ser norteada com o mínimo de dignidade possível.

Quanto à morte, ela é algo inevitável e incontável. Às vezes, os momentos que antecedem sua chegada podem ser recheados de angústia, dor e sofrimento. Desta forma entende-se que o direito à vida não mereça ser defendido com tanto afincamento no caso de pessoas enfermas em fase terminal, onde a dependência de terceiros passa a ser integral e o sentimento de perda da dignidade e a infelicidade gerada pela situação podem passar a se tornar maior do que a própria vontade de viver.

### **3 DISTINÇÃO ENTRE EUTANÁSIA, DISTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO E ORTOTANÁSIA**

Por mais que a sociedade tenha evoluído e, com ela, a ciência e a medicina, questões sobre a vida e a morte continuam sendo tema de grandes discussões. Ante inúmeras teorias e a dificuldade de determinar precisamente o início e o fim da vida, qualquer questão que envolva a interferência nesse assunto acaba se tornando alvo de grande emblema.

A morte é algo que causa certo temor na maioria da população, mas mesmo assim é algo imprevisível e inevitável para qualquer ser humano, o que a torna um assunto que deve ser analisado a fundo.

Conforme disposto no art. 2<sup>o</sup> do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Entende-se, desta forma, que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria concepcionista para determinação do início da vida.

Por sua vez, no que tange à morte, graças ao avanço da medicina em manter algumas funções vitais, passou-se a se considerar como critério para determinar o fim da vida a morte encefálica, ou seja, a parada total e irreversível de todas as atividades encefálicas.

Para analisar de forma correta o assunto relativo à ortotanásia, é de suma importância entender o seu significado e saber distinguir a diferença existente com a eutanásia, o suicídio assistido e a distanásia, pois são assuntos bem distintos e a falta de conhecimento pode muitas vezes gerar um julgamento errôneo e, conseqüentemente, um pré-conceito equivocado.

### 3.1 EUTANÁSIA

A eutanásia, no conceito de Martins (2010) tem a seguinte definição:

Entende-se como eutanásia a conduta em que alguém, deliberadamente e movido por fortes razões de ordem moral, causa a morte de outrem, vítima de uma doença incurável em avançado estado e que está padecendo de grande sofrimento e dores. A eutanásia seria justificada como uma forma de libertação do sofrimento acarretado por um longo período de doença.

A eutanásia é entendida como a morte provocada por sentimento de piedade em relação à pessoa que sofre, ou seja, ao invés de deixar a morte agir de forma natural, se antecipa a mesma, a fim de evitar o sofrimento daqueles que padecem de doença incurável ou se encontrem em estado terminal.

---

<sup>4</sup> Art. 2<sup>o</sup>. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Caso não atenda esses requisitos ou o agente que provoque a morte não esteja munido de sentimento humanitário, será considerado como crime de homicídio conforme previsto no art. 121,<sup>5</sup> do Código Penal.

De qualquer forma, a eutanásia é proibida no Brasil e considera-se crime a sua prática. Entretanto, não são todos os países que vedam a eutanásia, pois países como Holanda, Suíça, Canadá, Colômbia, Bélgica e Estados Unidos permitem a sua prática desde que preenchidos alguns requisitos necessários. Há muitas pessoas que viajam para países onde existe a legalização desse procedimento a fim de conseguir a liberação para efetuarem a eutanásia. São pessoas que não tem mais chance de recuperação e visam ao alívio de suas enfermidades com a antecipação de sua morte, já que sua vida se encontra em estado de eminência.

### 3.2 DISTANÁSIA

A prática da distanásia visa ao prolongamento do máximo possível da vida de um paciente que se encontra em quadro irreversível de cura, através de meios artificiais, estendendo de forma desnecessária seu sofrimento e angústia, muitas vezes movido pelo sentimento de esperança de sua recuperação.

Torna-se, na maioria das vezes, algo tortuoso para o paciente, pois nos casos de doenças incuráveis e terminais, geralmente acompanha-se um estado de dor insuportável.

Como é sabido, a prática de tortura, art. 1º,<sup>6</sup> I da Lei 9455 de 1997, é crime previsto na legislação brasileira, o que classifica a distanásia feita com procedimentos inúteis e que não resulta em nenhum benefício aos pacientes

---

<sup>5</sup> Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos;

<sup>6</sup> Art. 1º. Constitui crime de tortura:

I - Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

terminais, como uma prática criminoso. Como não se pode curar, tratamentos dolorosos são considerados cruéis, quando não há perspectiva nenhuma de cura.

Existem casos em que a distanásia não deve ser considerada uma opção por trazer mais prejuízos aos pacientes do que à própria enfermidade. Na maioria das vezes, os familiares acabam desenvolvendo um sentimento de culpa em não verem esgotados todas as formas possíveis de tratamento que estiverem ao seu alcance e daí vem o impasse, pois o paciente muitas vezes não deseja se submeter a inúmeros tratamentos.

Além do mais, na maioria das vezes são tratamentos dolorosos e também afetam o aspecto psicológico dos pacientes de maneira traumatizante. São casos clínicos em que os meios não alteram o resultado, então se a morte já está predestinada, sem que nada possa ser feito, é preferível que os últimos dias de uma pessoa que se encontra em tal situação seja aproveitado da maneira mais prazerosa possível.

Muitas vezes, passar mais alguns momentos na presença dos familiares é algo que tratamento nenhum consegue superar. O amor, o carinho, a companhia de um ente querido pode trazer maior conforto a essas pessoas que já estão passando por seus últimos momentos de vida.

### 3.3 SUICÍDIO ASSISTIDO

Outro procedimento que deve ser compreendido é o suicídio assistido, que ocorre quando o paciente tem o desejo de ceifar sua própria vida, mas não consegue sozinho, necessitando de ajuda de terceiro. Importante ressaltar que no procedimento da eutanásia o agente age diretamente sobre a morte do paciente, mas no suicídio assistido este apenas o auxilia, de forma física ou até mesmo incentivando-o.

Importante frisar que para ser caracterizado o suicídio assistido, é necessária a plena manifestação de vontade do paciente, sendo que esta precisa emanar única e exclusivamente dele. Se não for assim, trata-se de suicídio. Neste sentido Beauchamp e Childress (2002), explicam: “Um ato ou omissão é



um suicídio se a pessoa intencionalmente trouxe sobre si a sua própria morte, ao menos que a morte: (a) seja coagida, ou (b) é causada por condições que não são especificadamente arranjadas pelo agente com o propósito de trazer a própria morte.”

Uma das maiores causas de motivação ao suicídio assistido é a perda de autonomia do paciente que já não consegue mais realizar tarefas cotidianas e se convenceu que se tornou um fardo para seus entes queridos. Acontece quando o paciente já não deseja mais permanecer vivo no estado degenerativo em que se encontra.

Cabe lembrar que no Brasil não há previsão legal para a prática de suicídio assistido, pelo contrário, qualquer forma de auxílio ao suicídio é um crime previsto no art. 122<sup>7</sup>, do Código Penal.

### 3.4 ORTOTANÁSIA

A ortotanásia, na definição de Bomtempo (2011), tem por objetivo deixar que a morte siga seu curso natural, ou seja, sem interferência de meios artificiais, exceto tratamentos paliativos que visem à amenização do sofrimento do paciente. Não se prolonga nem se abrevia a vida do paciente, apenas deixa-se que a morte ocorra em seu tempo. Pode-se citar como exemplo de ortotanásia deixar de usar aparelhos em um paciente que só sobrevive pelo funcionamento dos referidos equipamentos ou, ainda, a ordem de não reanimação de um paciente que sofreu uma parada cardíaca ou a recusa a algum tratamento com medicamentos evasivos que causem dor e tratamentos com efeitos colaterais, que em alguns casos trazem até deformidades aos pacientes.

Conforme salientado por Góis (2007): “Um dos casos mais famosos de ortotanásia é o caso do Papa João Paulo II, que decidiu por interromper

<sup>7</sup> 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.

tratamentos que o levassem a uma sobrevida, e optou apenas por receber medicação que aliviasse sua dor. Passou seus últimos dias em sua residência no Palácio Apostólico que fica no Vaticano.”

Em diversos países, como os Estados Unidos, a Itália, o Canadá e o Japão, a prática da ortotanásia é legalizada e regulamentada. No Brasil, ela foi aprovada através do art. 1<sup>o</sup> da Resolução nº 1.805 de 26 de novembro de 2006, do Conselho Federal de Medicina (CFM), por unanimidade, permitindo aos médicos interromperem os tratamentos que prolongam a vida dos doentes em estado terminal. Antes disso, a ortotanásia era apenas tolerada, sob garantia dos princípios fundamentais da Constituição Federal, principalmente aqueles referentes à autonomia e à dignidade humana. Sua prática depende da vontade expressa do paciente e, em alguns casos, em que o paciente já não tem capacidade de se comunicar, através do consentimento dos familiares ou do responsável.

Mas apesar de estar regulamentada pelo CFM, não existe nenhuma legislação específica para a prática da ortotanásia no Brasil, o que leva a pensar se poderia ou não o médico sentir-se receoso em atender à vontade do paciente, já que na maioria das vezes são os executores, na verdade os emissores, de algum tratamento para efetivação desse procedimento.

No caso da eutanásia e do suicídio assistido, trata-se de condutas comissivas, onde precisa existir a ação de um agente. Já na ortotanásia, existe apenas a omissão, como por exemplo, deixar de utilizar algum método artificial para tratamento.

A evolução da medicina traz inúmeras utilidades e benefícios para a humanidade, fato este incontestável, mas pode-se notar que através de tanta evolução, o fato de prolongar a vida a todo custo muitas vezes não é a melhor escolha, pois acarreta dor e sofrimento para pacientes terminais, além

---

<sup>8</sup> Art. 1<sup>o</sup> Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

do eventual alto custo a ser suportado pelos pacientes e familiares para os tratamentos médicos.

Não se trata de taxar o preço de uma vida, pois não se tem expectativa nenhuma de salvar pacientes, apenas retardar suas mortes. Não é correto incentivar profissionais a tomarem qualquer procedimento para estender a vida por mais alguns instantes, mas é preciso incentivar a análise de cada caso concreto, buscando uma avaliação individual do que realmente deve ser feito.

Situações como essas, em que os médicos buscam o adiamento da morte a qualquer custo, mesmo que seja um adiamento em que o paciente viva apenas uma sobrevida cheia de dor e sofrimento, não se restituem em culpa exclusiva do profissional da medicina. A incerteza na hora de agir é algo normal, visto que sobre ele recai uma responsabilidade imensa, tanto no âmbito civil e penal, como também no âmbito ético.

O caso é que a morte parece sempre ser a pior escolha, a inimiga da humanidade, mas analisando a fundo, ninguém é imortal e é preciso encarar a morte como uma etapa da vida.

A realidade é que todos querem viver, mas viver no sentido amplo da palavra, podendo realizar tarefas básicas, tomar decisões, evoluir ou simplesmente não sentir dores insuportáveis. O profissional da medicina tem que estar preparado para essas situações e não estar preso ao pensamento de que a morte é o fracasso para sua carreira, pois é um momento que exige, além de muito conhecimento médico, também muito equilíbrio psicológico para conseguir amparar o paciente e seus familiares, já que é um momento em que o profissional precisa utilizar-se de meios para aliviar a dor de seus pacientes.

Não se pode punir ou responsabilizar alguém por um resultado que é inevitável. Não há como responsabilizar penalmente o indivíduo, pois não há vida que possa ser salva, já que não há possibilidade de reversão da doença.

O Conselho Federal de Medicina entende que havendo a vontade do paciente ou de seus familiares, qualquer tratamento que vise apenas

ao prolongamento da vida, mas sem qualquer perspectiva de mudança no quadro, pode ser suspenso ou evitado.

Prevê o art. 5º,<sup>9</sup> inciso XXXIX, da Constituição Federal, que não há crime sem lei anterior que o defina. No ordenamento jurídico brasileiro somente pode-se considerar como crime as condutas criminosas que se enquadram como típicas. Para que haja um crime ele precisa se enquadrar nos quesitos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade e, ao analisar-se a ortotanásia na visão jurídica penal, observa-se que a conduta não se enquadra em nenhum tipo penal, concluindo-se que, no Brasil, não se considera sua prática como crime.

### 3.5 ORTOTANÁSIA E OS CUIDADOS PALIATIVOS

Diagnosticado um caso de terminalidade, é importante que seja dada a devida assistência ao paciente, a fim de melhorar seus últimos instantes de vida. Nenhum tratamento deve ser para ele mais prejudicial do que os próprios danos que a doença já o faz sofrer. Qualquer investigação ou experimento que não lhe traga melhoria significativa para sua qualidade de vida deve ser descartado.

Os médicos devem apenas oferecer os cuidados paliativos necessários para que o paciente sofra o menos possível, pois se trata de um ato de deixar de questionar o que precisa ser feito para começar a aceitar que nada mais deve ser feito, apenas prestar conforto e auxílio nos últimos momentos da vida do paciente.

É importante definir o que significa prestação de cuidados paliativos, pois é mais do que meramente parar de cuidar da doença, objetivando o tratamento da qualidade de vida do paciente. É uma maneira de preparação do paciente antes da morte, trazendo conforto a ele e a sua família na medida do possível.

---

<sup>9</sup> Art. 5º. XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Existem diversos tipos de tratamentos paliativos que tem como intuito amenizar a dor ou amparo físico e psicológico e, ao mesmo tempo, a aceitação de que não há mais possibilidade de cura, mas deixando claro que o paciente não deve se entregar ao seu fim, pois ele deve passar seus dias lutando por uma vida digna, aceitando que a morte é apenas mais uma etapa a ser cumprida.

O paciente em estado terminal não precisa de piedade, ele e toda sua família precisam apenas de respeito e de uma assistência prestativa e qualificada. É preciso que os profissionais que lidam com essas pessoas tenham uma preparação adequada para conseguir atender suas necessidades.

Outro fator de grande relevância é que o profissional que lida com essas situações sempre tenha uma postura transparente para com o paciente e com os familiares, explicando todas as possibilidades e todos os tratamentos que possam ser disponibilizados no caso em questão, ao mesmo tempo sem influenciar nas decisões tomadas, para não causar prejuízo ao princípio da autonomia do paciente.

As informações devem ser passadas de maneira bem explicativa, possibilitando que as decisões que são tomadas pelos familiares não carreguem culpa posterior e, se o paciente decidir por qualquer tratamento, ele esteja ciente do que estará escolhendo para si e que a qualquer tempo pode trocar seu tratamento, se for de sua vontade.

### 3.6 CONSENTIMENTO INFORMADO E ÉTICA MÉDICA

Por óbvio que a ortotanásia envolve diretamente a conduta ética médica. É difícil falar de ética médica sem atentar ao princípio do consentimento informado, quando o médico tem o dever de manter o paciente informado de todo tratamento ou intervenção cirúrgica que ele necessite, não podendo o paciente ser obrigado a se submeter a eles se isso possa causar risco de vida. Trata-se de obrigação do médico em informar ao paciente todas

as informações inerentes ao tratamento e também das consequências da sua não realização.

Conforme diz Carvalho (2009):

Assim, no dever de aconselhar não poderá o médico omitir qualquer informação sobre os riscos do tratamento, ou ocultar, em casos de moléstia grave, perigos da terapia. O dever de cuidados, ao aceitar o paciente, não poderá negligenciar visitas ou abandoná-lo à sua própria sorte, desligando, por exemplo, os aparelhos que mantêm artificialmente a vida em casos de reconhecida ineficácia curativa.

Portanto, é obrigação do médico informar ao paciente todo o necessário para que este forme sua opinião, para obter a autorização do mesmo ou de seu representante para o procedimento a ser praticado. Cabe lembrar que é vedado ao médico realizar qualquer procedimento sem plena anuência do paciente ou seu representante e é importante frisar que o consentimento jamais poderá ocorrer de forma coercitiva ou duvidosa.

Mas nem sempre a obtenção do consentimento ou sua recusa poderá ser discutida, pois em situações emergenciais ou de inconsciência sem nenhum responsável que possa ser consultado, o médico precisará tomar a decisão sozinho. Neste sentido Carvalho (2009):

Questão que se põe como de extrema relevância nos dias atuais é a que diz respeito à negativa formalizada pelo paciente em submeter-se a um tratamento médico, necessário e, portanto, indispensável, por motivos religiosos, como, por exemplo, a transfusão de sangue em praticantes de seitas religiosas que não a admitem, como ocorre com as testemunhas de Jeová. Sustenta-se que, em tais situações, deva ser respeitada a vontade do paciente.

Ainda neste sentido, Teixeira (2015) diz que: “Nas situações em que o paciente não mais puder expressar o seu desejo, de modo livre e independente, o médico deverá respeitar as suas diretrizes antecipadas da vontade, salvo se estiverem em desacordo com o disposto no Código de Ética Médica.”

Deste modo, como é obrigação do médico informar todos os riscos inerentes à realização do tratamento, este também deve deixar claras as consequências de não o realizar, as possíveis complicações, o aceleração do processo morte e, também, as consequências de cunho psicológico.

Portanto, no caso da ortotanásia, o que ocorre é um consentimento de não realizar tratamento desnecessário ou prolongar a vida por meios artificiais. Apesar de já regulamentada pelo CFM, é necessária sua regulamentação também na esfera civil, a fim de se evitar qualquer tipo de responsabilização por parte do médico e eventual cerceamento dos direitos do paciente.

#### **4 ORTOTANÁSIA E ÉTICA MÉDICA**

No Brasil, atualmente a prática da ortotanásia pelos médicos se encontra amparada pelo Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931 de 24 de setembro de 2009), vigente desde abril de 2010, conforme visto em seu art. 41,<sup>10</sup> parágrafo único, o que é de grande relevância, pois observa-se que é preciso que sejam preenchidos alguns requisitos para realização de tal procedimento.

Para ocorrer a ortotanásia, o paciente tem que ser vítima de doença incurável e grave, doença esta que traga impedimentos de que o mesmo viva uma vida normal e livre de sofrimento, ocasionado por dores insuportáveis ou, ainda, que seja um paciente em estado terminal. Portanto, o quadro do

---

<sup>10</sup> 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.

paciente deve ser comprovadamente irreversível, sem expectativa nenhuma de cura e, por fim, o mais importante é que seja feita a vontade do paciente.

Na Constituição Federal não existe nenhuma regulamentação ou previsão específica para a prática da ortotanásia no Brasil, o que leva a pensar se poderiam ou não os médicos se sentirem temerosos em atender à vontade do paciente. Neste sentido, deve-se salientar que a ortotanásia só é praticada em respeito à vontade do paciente, com sua autorização expressa ou quando não é possível a obtenção da autorização expressa, sendo realizada respeitando a vontade de seus representantes legais.

Ademais, somente pode ser realizada a ortotanásia em casos onde a cura é impossível e a manutenção da vida por meios artificiais acarrete grande sofrimento ao paciente. Mas ainda assim, no Brasil, as discussões a respeito da vontade do paciente nestes casos são incipientes, portanto cabe aqui verificar a importância da preservação de direitos como a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana nesses casos.

Atualmente o paciente pode fazer uso das Diretivas Antecipadas de Vontade, Conforme Massaroli e Fabro (2017):

Embora não exista no Brasil uma lei que regulamente as Diretivas Antecipadas de Vontade, é possível afirmar que, na prática, elas efetivamente existem, mesmo que de forma tímida, pois estão em consonância com a norma Constitucional, posto que se trata de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, revogável, gratuito e informal.

É uma forma de expressar a vontade própria em relação aos tratamentos médicos efetuados em caso de doenças terminativas. Essas Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente são um avanço muito importante na relação médico-paciente, pois através delas pode-se aplicar no caso concreto a autonomia do paciente, para que ele possa escolher a opção de tratamento que achar mais conveniente.



A resolução CFM nº 1.995 de 31 de agosto de 2012 dispõe sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade dos pacientes, conforme art. 1º<sup>11</sup>, dando a opção ao paciente sobre a escolha de seus tratamentos quando não estiver capacitado para expressar livremente sua vontade.

Na obra de Bonamigo (2015) observa-se que há uma diferença entre testamento vital e diretivas antecipadas. O testamento vital serve para que o paciente deixe registrado suas vontades que deseja serem cumpridas no caso de encontrar-se incapaz de expressá-las. No caso das Diretivas Antecipadas, nomeia-se um representante para tomar decisões no lugar do paciente, ou seja, é um testamento vital acrescido da nomeação de um representante.

Conforme Cabette (2009) o testamento vital pode ser elaborado em qualquer momento da vida, desde que preenchidos alguns requisitos. É preciso que a pessoa que opte pelas diretrizes antecipadas de vontade do paciente seja maior de idade ou que esteja emancipada judicialmente. Ela também deve estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, lúcida e ter responsabilidades sobre seus atos. Por fim, as diretrizes devem estar de acordo com o Código de Ética Médica.

Importante ressaltar que esse testamento vital pode ser revogado a qualquer momento, nos casos em que o paciente decida que não quer mais optar pelo mesmo.

O procedimento descrito nas diretrizes é reflexo da aplicação do princípio da autonomia do paciente e sua vontade é prevaiente à vontade de seus familiares ou de qualquer outra pessoa.

Serve para proteger a última vontade do paciente em relação a sua morte, pois como se é de imaginar, não é um assunto fácil de se tratar com os familiares. É difícil para um membro da família aceitar que seu ente querido

---

<sup>11</sup> Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

deixe de fazer algum tratamento que lhe dará mais alguns momentos de vida, sejam horas, dias, talvez meses, pois qualquer coisa já lhes basta.

Em certo ponto, analisando bem a fundo, o ser humano é egoísta nessas horas, pois a maioria das pessoas acaba pensando somente em prolongar a vida de seu familiar a qualquer custo, o que nem sempre é a alternativa mais adequada, pois o tratamento pode ser demasiadamente cansativo e o paciente já não deseja passar seus últimos momentos sendo submetido a procedimentos dolorosos.

Sem nunca ter vivenciado tal situação, são imprevisíveis as atitudes que podem ser tomadas nessas horas difíceis, mas é fundamental que a vontade do paciente seja tutelada, afinal é sua vida que está sendo colocada em pauta.

Neste sentido, pode-se observar o art. 2º,<sup>12</sup> § 3º, da Resolução CFM 1995/2012. Essa normativa visa à preservação da autonomia do paciente, e descarregar um pouco de toda responsabilidade que recai nos ombros dos entes queridos. O assunto ainda é desconhecido por muitas pessoas, mas é algo de grande importância para quem pensa em tutelar suas vontades em forma de testamento vital, garantindo que se, por acaso, for acometido pela infelicidade de ter alguma doença ou quadro clínico terminal, sua vontade seja efetivada, sem interferência de terceiros.

Cabe salientar que tem utilidade somente para quadros clínicos irreversíveis, pois se há alguma chance de recuperação é dever do médico proceder com o tratamento que julgue mais adequado ao paciente.

## **5 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E DA AUTONOMIA EM RELAÇÃO À ORTOTANÁSIA**

O princípio da dignidade humana pode ser considerado como uma das principais balizas de um estado democrático de direito. É difícil

---

<sup>12</sup> Art. 2º. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

conceituar tal princípio e, como salienta Coutinho (2013), nem é apropriado que se o faça, pois poderia limitar seu alcance e reduzir sua carga axiológica. Este por diversas vezes pode apresentar um caráter muito pessoal como, por exemplo, a religião.

A dignidade humana visa assegurar, portanto, em um de seus muitos aspectos, que a vontade do ser humano em decisões que lhe sejam cruciais deve ser observada e que ninguém deve passar por nenhum tipo de constrangimento que vá de encontro a seus princípios e valores morais e sociais.

Assim sendo, torna-se evidente que o indivíduo possa tomar decisões que lhe pareçam apropriadas também ao que tange a sua morte. Quando não há expectativa de cura e o tratamento só exporá o paciente à prolongação de seu sofrimento e angústia, pode-se entender que sua dignidade está sendo maculada.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, de um princípio fundamental que rege toda a fundamentação do Direito, pois faz com que o ser humano assuma um papel central na sociedade, valorizando a vida e todos os outros valores que norteiam o Direito.

Conforme dispõe o art. 1<sup>o</sup>,<sup>13</sup> III da Constituição Federal, a dignidade humana é fundamento básico da Constituição Federal. O ser humano não pode ser tratado como mero objeto e é preciso que ele tenha proteção em seus direitos fundamentais, para que possa viver de maneira digna, sendo esse o principal objetivo buscado pela humanidade. A possibilidade de vida digna a todos os seres humanos, sem distinção de raça, classe social ou qualquer outra característica e a busca por uma sociedade igualitária, é o que rege esse princípio e, por isso, é considerado a base do ordenamento jurídico.

Outro princípio que possui ligação direta com a dignidade humana, o princípio da autonomia, tem como objetivo principal garantir que a vontade

---

<sup>13</sup> Art. 1<sup>o</sup>A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

e as decisões individuais de cada ser humano sejam respeitadas. Esse princípio tange à bioética e ao respeito à vontade dos pacientes na tomada de decisões inerentes a sua vida, desde que assumida respectiva responsabilidade e respeitada a autonomia das outras pessoas. No caso de indivíduos incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.

Desta forma, deve-se ter o princípio da autonomia como direito fundamental do ser humano e que deve ser garantido a todos e também aos pacientes terminais, para que possam ser livres para decidirem morrer dignamente, já que são titulares do direito à sua própria vida.

A medicina evoluiu muito nos últimos anos e, conseqüentemente, a relação médico-paciente também precisou evoluir. Desta forma, ante as explicações das conseqüências e benefícios dos tratamentos, bem como seus efeitos colaterais por parte dos médicos, os pacientes podem exercer sua autonomia e optar pelo que lhe pareça melhor e mais adequado.

O paciente tem direito à autonomia e tem direito a tomar decisões, a ser informado de seu quadro clínico, o direito de optar pelo tratamento que lhe pareça mais adequado, o direito de não ser submetido à tortura e a tratamentos cruéis e desnecessários, enfim, ter seu direito à privacidade e escolha. Não há como separar o princípio da autonomia do princípio da dignidade humana, haja vista que este possa ser considerado como um limitador do primeiro.

A dignidade, conforme Barroso e Martel (2012), se expressa na autonomia, que decorre da liberdade e igualdade das pessoas, devendo servir como fundamento e justificação última dos direitos fundamentais. Diante de tais fatos, percebe-se que a prática da ortotanásia possui compatibilidade com os princípios da autonomia e da dignidade humana.

Como já salientado antes, tal prática não tem como intuito antecipar ou atrasar a morte, apenas deixar que esta ocorra em seu tempo, devendo o médico, neste período, proporcionar conforto e evitar o sofrimento de pacientes terminais.

Assim sendo, mesmo sem previsão constitucional, a prática da ortotanásia não deve ser vista como ilícita, pois não fere nenhum direito do paciente, pelo contrário, lhe assegura os princípios constitucionais da autonomia e da dignidade humana.

O prolongamento da vida de um doente terminal com procedimentos desnecessários e tortuosos é que pode ser considerado um crime e fere a ética social. Um médico não pode se sentir culpado por praticar a ortotanásia, ele deve trazer tratamentos que aliviem a dor e prezem pelo bem-estar do paciente na medida de suas possibilidades.

Para garantir ao ser humano que viva com dignidade, é necessário que tenha o direito de morrer com a dignidade. Às vezes, em situações de doenças ou traumas irreversíveis, a pessoa acometida pode passar a ter o sentimento de que tem seu bem mais precioso, sua dignidade, afetada.

E, apesar de em alguns casos a pessoa ainda restar lúcida e consciente, em sua maioria isso não ocorre, demonstrando assim a necessidade fundamental de se existir prévia manifestação escrita da vontade do paciente.

É importante demonstrar, a partir de uma análise constitucional, a legalidade da prática da ortotanásia baseada no estado democrático de direito e defender o direito do ser humano ter uma morte digna como opção no fim de seus dias. Esse entendimento traz à tona uma ampla visualização sobre a aplicação dos princípios da autonomia e da dignidade humana. É de suma importância entender até que ponto um paciente dispõe de autonomia na escolha de decisões sobrepostas em relação à própria morte, já que ninguém está livre de se deparar com uma situação dessas.

Infelizmente esses fatos acontecem com frequência na sociedade e, por isso, é preciso que haja regulamentação apropriada que proteja os direitos dos cidadãos. Não importa o posicionamento de cada pessoa, seja ele favorável ou desfavorável, o entendimento que se deve ter é que se trata de um direito a ser constituído e não uma obrigação, ou seja, algo que traga

apenas benefícios e que deve estar ao alcance dos pacientes como forma de opção no fim de seus dias, se for essa sua vontade.

## 6 CONCLUSÃO

A ortotanásia no Brasil não encontra nenhuma previsão na Constituição Federal que indique expressamente sua regulamentação, mas em contrapartida ela encontra amparo nos princípios constitucionais e no Código de Ética Médica. Como não possui amparo constitucional, a resolução do CFM é a única regulamentação, ressaltando expressamente que a ortotanásia não é crime no Brasil, ao contrário, é a efetivação do respeito ao princípio da autonomia e da dignidade humana. Ademais, conforme visto, a prática da ortotanásia não se enquadra em nenhum tipo penal, sendo assim, não há o que se falar em crime, apenas é um assunto que nem todos têm o devido conhecimento.

O presente artigo traz à tona um direito muitas vezes esquecido pela sociedade, direito esse que leva uma possibilidade de escolha de tratamentos para pacientes que se encontram em estado terminal. É muito importante ter conhecimento que pacientes incuráveis podem escolher o tratamento mais adequado e que os faça sentir-se melhor no fim de seus dias.

Esse direito pode ser exercido através da vontade do paciente que se encontra em estado terminal ou através das diretrizes antecipadas de vontade do paciente, uma maneira de garantir que sua vontade seja realizada sem interferência de outras pessoas que possam divergir de sua manifestação.

O Direito é algo cuja existência vem para facilitar a vida social dos seres humanos, não apenas uma ferramenta de punição ou de conduta pré-ordenada.

Existe para tutelar direitos e garantir que os princípios fundamentais da humanidade sejam exercidos de forma eficaz, dando opções de escolha para que as pessoas não percam seu livre arbítrio.

A ortotanásia se inclui como um direito a ser preservado, pois não causa prejuízo a ninguém, pelo contrário, se faz necessária em alguns casos. Diante do exposto, não resta dúvidas que traz inúmeros benefícios à sociedade e aos profissionais da medicina que se deparam com casos em que há necessidade de sua aplicação, protege o profissional da área de saúde e, ao mesmo tempo, tutela os direitos individuais de escolha das pessoas que algum dia porventura precisem dela fazer uso.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Dignidade e autonomia individual no final da vida. *Consultor Jurídico*, 11 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out. 2011. Disponível em: [http://googleweblight.com/?lite\\_url=http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link%3Drevista\\_artigos\\_leitura%26artigo\\_id%3D10386&ei=ZV8EqGV1&lc=ptBR&geid=7&s=1&m=259&t-s=1444828765&sig=APONPFn6E8XK7ewMyZobShlLw4G5sG9AKQ](http://googleweblight.com/?lite_url=http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D10386&ei=ZV8EqGV1&lc=ptBR&geid=7&s=1&m=259&t-s=1444828765&sig=APONPFn6E8XK7ewMyZobShlLw4G5sG9AKQ). Acesso em: 01 set. 2018.

BONAMIGO, Elcio Luiz. *Manual de bioética: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: All Print, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 08 set. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 ago. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários sobre a resolução 1.805/2006: aspectos éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, [...] de seu representante legal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 169, 28 nov. 2006. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm). Acesso em: 03 set. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 269-270, 31 ago. 2012. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf). Acesso em: 20 set. 2018.

COUTINHO, Débora Barbosa. Ortotanásia: exercício da autonomia privada fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, jul./ dez. 2013. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/6114/8025>. Acesso em: 29 out. 2018.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/2012. *Revista Bioética*, v. 21, n. 1, 2013. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica). Acesso em: 20 set. 2018.

GÓIS, Marília Mesquita de. Ortotanásia, decisão polêmica. *DireitoNet*, 03 out. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3734/Ortotanasia-decisao-polemica>. Acesso em: 10 set. 2018.

MARTINS, Márcio Sampaio Mesquita. Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2718, 2010. Disponível em: <http://www.jus.com.br/revista/texto/18008>. Acesso em: 02 set. 2018.



MASSAROLI, Fábio; FABRO, Roni Edson. As diretivas antecipadas de vontade na jurisprudência brasileira. Estudo sobre decisões judiciais envolvendo as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV's). *Migalhas*, 18 abr. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257492,51045-As+diretivas+antecipadas+de+vontade+na+jurisprudencia+brasileira>. Acesso em: 11 out. 2018.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. *Ortotanásia: o direito à morte digna*. Curitiba: Juruá, 2015.

MORITZ, Rachel Duarte; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Conflitos bioéticos do viver e do morrer*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, abr./jun. 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TEIXEIRA, Andressa Cristina. *Ortotanásia: direito de um paciente terminal à morte digna sob a perspectiva do biodireito*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2015.



# A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS CASOS DE APLICAÇÃO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Brayan Mauri da Silva<sup>1</sup>  
Jorge Eduardo Hoffmann<sup>2</sup>

**Resumo:** A coisa julgada tem como fim atuar na concretização da segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro. Consoante o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; contudo, em maior ou menor medida, todo ordenamento jurídico tem instrumentos de desconstituição da coisa julgada. No Brasil, a ação rescisória cumpre esse fim. Dentre as hipóteses em que é cabível a propositura de ação rescisória há a “manifesta violação à norma jurídica”, que evita que interpretações visivelmente ilegais ou inconstitucionais permaneçam produzindo efeitos. Ao interpretar a aplicação da norma, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que nos casos de violação constitucional é suficiente para o cabimento da ação rescisória a superveniência de decisão do próprio órgão em controle abstrato de constitucionalidade, independentemente de a violação constitucional ser manifesta ou haver interpretação controvertida entre os tribunais ao tempo da decisão rescindenda. Constitui objeto de investigação auferir a conformidade do posicionamento adotado pela corte com o sistema jurídico nacional.

**Palavras-chave:** Controle abstrato de constitucionalidade. Coisa julgada. Ação rescisória.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; brayanm.dasilva@outlook.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se fortemente em criar instrumentos responsáveis por dar máxima efetividade ao texto constitucional e extirpar todo ato normativo inconstitucional. Com essa finalidade, foi instituído um sistema de controle de constitucionalidade amplo e diversificado. Ademais, vigora o entendimento de que o ato inconstitucional é nulo e não deve produzir efeito algum.

Por outro lado, diversas situações complexas postas à análise do Supremo Tribunal Federal resultaram em julgamentos estendidos no tempo por anos ou na revisão do entendimento da Corte após décadas do posicionamento inicial. Nesse contexto é comum deparar-se com a perpetuação dos efeitos de normas declaradas inconstitucionais. É necessário discutir o efeito das decisões de constitucionalidade sobre casos concretos, como as decisões judiciais transitadas em julgado. Portanto, debater a autoridade da coisa julgada das decisões.

Admite-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a utilização da Ação Rescisória como principal via de desconstituição da autoridade da coisa julgada que opera sobre as decisões judiciais. É cabível a utilização da Ação Rescisória em caso de manifesta violação à norma jurídica, outrossim, quando há manifesta violação à norma constitucional.

Os contornos da interpretação acerca do que caracteriza manifesta violação à norma jurídica (constitucional) serão abordados no trabalho. De um lado, garantir amplitude à revisão da coisa julgada, quando afrontar a constituição, significa proteger a autoridade do texto constitucional e seus preceitos. De outro, significa a relativização da coisa julgada das decisões e, conseqüentemente, desprestigiar a segurança jurídica que dela decorre.

## 2 O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Para que seja iniciada a explanação da matéria, antes de tudo, é preciso reconhecer que o Brasil foi concebido pela Constituição de 1988 como um Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito advém de uma construção histórica que é pautada em um governo – órgão de Estado – que somente é justificado, ou aceito, à medida que atue por razões públicas pactuadas e consentidas por todos anteriormente. Essas razões estão conformadas no texto constitucional. Porém, não é somente um Estado de Direito, é também democrático, ou seja, a atuação de todos não apenas é pautada no Direito, mas no Direito que emana do povo e se exerce em função dele (CANOTILHO, 2000, p. 95).

Dito isto, a Constituição Federal de 1988 tem como objetivo instituir, estruturar e organizar esse Estado, definindo competências e atribuições; limitar o poder, mediante a separação dos poderes e o sistema de pesos e contrapesos; ser o fundamento das demais normas do ordenamento brasileiro, motivo pelo qual é necessário o controle de constitucionalidade das normas.

Dentre os princípios que justificam o controle de constitucionalidade destaca-se o princípio da supremacia da constituição, o qual revela a posição hierárquica superior da Constituição perante todo o sistema jurídico pátrio, que é escalonado em diferentes níveis. Em virtude dessa supremacia, nenhum ato jurídico, seja lei, seja ato normativo, pode existir validamente se contrário à Constituição (BARROSO, 2016, p. 23).

Atua junto da supremacia da Constituição a rigidez constitucional. Se a Constituição Federal de 1988 fosse flexível, ou seja, o procedimento de alteração legislativa fosse o mesmo que de alteração constitucional, a superveniência de lei contrária à Constituição acarretaria na revogação desta e não na inconstitucionalidade daquela (BARROSO, 2016, p. 24).

Portanto, defronte à dependência que exerce toda a legislação infraconstitucional em face da Constituição, é indispensável a criação de um

sistema efetivo que possa garantir que os mandamentos constitucionais não somente sejam respeitados, mas que tenham, igualmente, função fundante sobre todo o ordenamento jurídico pátrio.

Na atual Constituição brasileira, a sistemática de controle de constitucionalidade foi ampliada ao máximo. As modalidades de controle de constitucionalidade: jurisdicional e não jurisdicional, repressivo e preventivo, concreto e abstrato; em maior ou menor intensidade encontram resguardo da Carta Magna. *Grosso modo*, a sistemática brasileira de controle de constitucionalidade em muito se assemelha ao sistema português.

Importa ao trabalho distinguir o controle de constitucionalidade por via incidental do controle por via principal ou ação direta, por conta dos efeitos diversos de suas decisões. Diz-se incidental o controle desempenhado por juízes ou tribunais na apreciação de demandas concretas submetidas à jurisdição estatal. A questão constitucional figura como questão prejudicial, sendo premissa necessária para a resolução do litígio (BARROSO, 2016, p. 72). Portanto, a decisão de constitucionalidade não é o objeto litigioso do processo, mas seu exame é premissa indispensável à análise do mérito, sobre o qual as partes litigam de fato (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017, p. 1009).

Todo juiz ou corte tem o dever de enfrentar a constitucionalidade da norma, desde que seja imprescindível para a decisão de mérito da demanda. É frequente que se requeira incidentalmente a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei. Quando reconhecida, a lei será afastada do caso concreto para o julgamento da lide. Do mesmo modo, mesmo que não seja provocado, cabe ao julgador realizar esse juízo de constitucionalidade da norma aplicada.

Os efeitos da decisão em controle incidental são *ex tunc*, ou seja, fulminam a relação jurídica fundada na norma inconstitucional desde seu nascimento, contudo, estão limitados à relação jurídica examinada, mantendo a norma em vigor com todo seu efeito. Cabe ao Senado Federal, após comunicação do Supremo Tribunal Federal, se entender pertinente, suspender

a executoriedade da norma (artigo 52, inciso X da Constituição Federal).<sup>3</sup> Essa decisão tem efeitos *ex nunc*, mas eficácia *erga omnes* (SIQUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 151; UCHÔA, 2015, p. 196).

O controle por via principal, por sua vez, é exercido distante do caso concreto, independentemente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a constitucionalidade da lei em si. Não há direito subjetivo tutelado, mas sim a tentativa de compatibilização do ordenamento jurídico, a fim de dar força e expressão ao texto constitucional (BARROSO, 2016, p. 73). Sua razão de ser advém da necessidade de se eliminar da ordem jurídica normas que sejam incompatíveis com a Constituição. É tutelada a ordem jurídica (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017, p. 1095). O procedimento tem como único fim a declaração ou não de inconstitucionalidade de determinada norma.

No Brasil, tem sede no Supremo Tribunal Federal, bem como nos Tribunais de Justiça dos Estados – estes em face da Constituição Estadual. As ações diretas são: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta Interventiva, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Os legitimados para sua propositura também são limitados e estão dispostos no artigo 103 da Constituição Federal.

Não será objeto do presente trabalho discorrer a respeito da Ação Direta Interventiva e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, porque apesar de serem ações do controle constitucional, não resultam na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal vigente.

O objeto do controle de constitucionalidade são leis e atos normativos federais ou estaduais, de modo que todos os atos normativos primários, editados pela União e pelos Estados, podem ser objeto da ação. Escapam

---

<sup>3</sup> Somente é possível que o Senado Federal suspenda a possibilidade de execução de lei por reputá-la inconstitucional caso o Supremo Tribunal Federal tenha decidido por sua inconstitucionalidade. Sendo a decisão de outro tribunal superior, entretanto, não há possibilidade de suspensão da lei pelo Senado Federal.

ao controle as normas constitucionais primárias, mas não as secundárias, como emendas e tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados por quórum qualificado pelo Congresso Nacional (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017, p. 1110-1111). O parâmetro de controle, por sua vez, é a própria Constituição vigente.

As considerações feitas até aqui quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade são comuns à Ação Declaratória de Constitucionalidade. Esta, todavia, visa declarar constitucional lei ou ato normativo que tem a constitucionalidade controvertida perante os tribunais. O que a decisão que declara lei constitucional faz é transformar a presunção relativa de constitucionalidade das leis em presunção absoluta, ao menos conquanto não haja substancial mudança política ou na interpretação constitucional vigente que autorize nova interpretação.

Suas peculiaridades são duas. A primeira, que é necessária é a comprovação de controvérsia sobre a constitucionalidade da lei nos tribunais pátrios, o que não significa desacordo acerca da interpretação da norma, mas dúvida sobre sua constitucionalidade que gere divergência entre o Poder Judiciário e o Legislativo (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017, p. 1151). A segunda, que seu objeto somente pode ser lei federal e nunca lei estadual,<sup>4</sup> o que se depreende do texto constitucional. Apesar das distinções, são consideradas ações ambivalentes, ou seja, quando uma ação declaratória de constitucionalidade é julgada improcedente, há decisão que declara a inconstitucionalidade de lei. O inverso também é verdadeiro.

Como o caráter das decisões de ambas as ações são muito semelhantes, seus efeitos, ponto relevante do trabalho, serão tratados conjuntamente.

De início, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade/constitucionalidade são *erga omnes*. Ademais, a decisão situa-se no plano da validade dos atos jurídicos e pode gerar sua nulidade. Nesse viés, duas premissas

---

<sup>4</sup> Houve uma maior limitação dos atos que podem ser objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade.



são importantes. A primeira, de que a decisão de inconstitucionalidade constata situação preexistente, portanto, sua natureza é declaratória e não constitutiva. A segunda, de que os efeitos da decisão retroagem ao momento de sua criação, ou seja, são *ex tunc* (BARROSO, 2016, p. 250).

Conforme o entendimento majoritário, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade faz coisa julgada, tornando-se indiscutível e imutável. Seus limites subjetivos, ao contrário da regra geral, estendem-se a todos, por tratar-se de caso de substituição processual – os legitimados agem em nome próprio, mas no interesse da sociedade (BARROSO, 2016, p. 237-238; SIQUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 268).

Em sentido contrário, Sarlet, Marioni e Mitidiero (2017, p. 1161-1163), assim como Mendes (2015, p. 1337-1338), veem impropriedade em atribuir à decisão, em controle de constitucionalidade, a qualidade de coisa julgada. Para eles, o efeito vinculante de todos à decisão constitucional não seria consequência da coisa julgada material, mas situação própria do controle abstrato de normas. Desse modo, ocorreria vinculação *erga omnes* aos demais órgãos do poder judiciário e executivo, mas não ao próprio Supremo Tribunal Federal, que poderia fazer nova apreciação da constitucionalidade de norma, desde que albergada por situações que permitissem a apreciação.

Esse parece ser o posicionamento expresso na Constituição Federal (artigo 102, parágrafo 1º) e na Lei n. 9.868/1999 (artigo 28, parágrafo único), pois não fazem menção direta à coisa julgada, e sim à “eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Passada a controvérsia, a doutrina entende de forma homogênea que nenhum juiz, tribunal, órgão administrativo ou particular pode se opor às decisões em controle abstrato de constitucionalidade. O objetivo precípua das ações diretas é justamente este: dar segurança jurídica ao ordenamento constitucional, evitando que o principal diploma do Estado gere interpretações contraditórias e desconexas.

Também, é unânime que a Constituição adotou a tese da nulidade da norma inconstitucional, fazendo com que a decisão de inconstitucionalidade da norma retroaja ao seu surgimento, ou melhor, tenha efeitos *ex tunc*. Justamente por isso, devolve o ordenamento jurídico ao *status quo ante*, restaurando a vigência da legislação revogada pela lei inconstitucional – o que é chamado efeito repristinatório (BARROSO, 2016, p. 241-242).

Destarte a retroatividade das decisões no plano abstrato, importante reconhecer que muitas situações concretas podem já estar perpetuadas ao tempo da decisão do órgão constitucional, tornando impossível ou indesejável sua desconstituição. Em razão disso é que existe a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. Também nesse viés, cresce a importância do respeito à coisa julgada.

A modulação dos efeitos temporais da decisão encontra amparo legal no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999. Segundo a norma, atendendo a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos da decisão.

Consoante Barroso (2016, p. 252-253), o dispositivo permite que se restrinjam os efeitos da decisão, excluindo, por exemplo, determinada categoria de pessoas que sofreriam ônus excessivo ou mesmo insuportável, ou mesmo determinado tipo de situação; fazer com que a decisão não tenha efeito retroativo, incidindo apenas após o trânsito em julgado; se necessário, a fixação de um momento futuro ou passado, mas específico, para que a decisão passe a produzir efeitos.

A bem da verdade, com o dispositivo inúmeras são as formas pelas quais o Supremo Tribunal pode restringir os efeitos da decisão, desde que estejam presentes situações de excepcional interesse social ou razões de segurança jurídica que justifiquem a medida. Situações como essas não são raras, porquanto a modificação da concepção do Direito muitas vezes faz com que normas por anos reputadas válidas passem a ser questionadas e,

por fim, declaradas inconstitucionais. Nesses casos, inúmeras relações foram constituídas sob a égide da lei inconstitucional, muitas irreversíveis.

Garantir a eficácia do controle de constitucionalidade das leis é garantir a eficácia dos próprios mandamentos constitucionais. Diante disso, é igualmente importante reconhecer a distinção entre a produção de efeitos da declaração de constitucionalidade na seara abstrata – com o efetivo reconhecimento da eficácia *ex tunc* – e na seara concreta, em que a proteção de situações jurídicas já consolidadas pode demonstrar uma maior realização do Direito, especialmente, respeitar a segurança jurídica depositada por todos nas leis então vigentes, nas relações que delas advieram, bem como das decisões judiciais nelas embasadas. Sem critérios precisos, condicionar a imutabilidade das decisões judiciais a uma futura e eventual decisão do Supremo Tribunal Federal é negar a jurisdição ao julgador, bem como ao jurisdicionado.

### 3 COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada encontra amparo no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. Segundo a norma: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Nessa senda, coisa julgada é uma regra de conduta e não um princípio. Não é possível afastar a regra por juízo de proporcionalidade (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017, p. 822).

Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 517) explicam que a coisa julgada tem por finalidade a concretização da segurança jurídica, estabilizando a controvérsia sobre determinada situação jurídica e consolidando um direito adquirido que é reconhecido pelo Poder Judiciário. De outra face, em seu viés objetivo, resulta na inviolabilidade da situação jurídica por lei posterior, o que é direito fundamental resguardado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Veja-se que a regra da intangibilidade à coisa julgada foi direcionada ao Poder Legislativo, à lei; mas não ao Poder Judiciário, à prestação

jurisdicional. A primeira das finalidades elencadas por Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015) não é expressa na Constituição Federal.

Consoante Sarlet, Marioni e Mitidiero (2017, p. 820-821), o direito à segurança jurídica dentro do processo não foi previsto expressamente pela Constituição Federal. Apesar disso, constitui um dos fundamentos do Estado Constitucional. A segurança jurídica constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica não se limita à segurança no processo, mas se estende à segurança pelo processo. Formulação que resulta na exigência de respeito: à preclusão, à coisa julgada, à forma processual e ao precedente judicial.

No Direito português, o princípio da intangibilidade do *caso julgado*, como é chamado, é densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança jurídica, inerentes ao Estado de Direito. Com isso, há também uma imperturbabilidade das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional, desde que acobertadas pela coisa julgada, seja ela formal, seja material. Sua única exceção ocorre em matéria penal, pois qualquer entendimento posterior que favoreça o réu deverá ser utilizado (CANOTILHO, 2000, p. 1014-1015).

O direito à segurança jurídica constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, por seu turno, o respeito à coisa julgada representa um meio de efetivação desse direito, evitando a sucessiva e infundável apreciação da mesma situação fática pelo Poder Judiciário. O ordenamento jurídico português, por exemplo, apesar de comungar de sistema de controle de constitucionalidade muito parecido com o brasileiro, excepcionou expressamente os efeitos da decisão de constitucionalidade sobre a coisa julgada, resguardando-a.

Ao tratar da coisa julgada, preliminarmente, é importante distinguir coisa julgada formal e material. A coisa julgada formal é uma qualidade da decisão e tem efeitos somente dentro do processo, impedindo que a parte possa rediscutir o que já foi decidido durante o deslinde processual. Opera

como preclusão e, ao findar o processo, findam também seus efeitos. Diferente disso, a coisa julgada material é considerada uma qualidade da sentença de mérito transitada em julgado e extrapola os limites do processo originário.

Importa ao trabalho a definição e estudo da coisa julgada material, que ultrapassa os limites do processo em que se constituiu e, portanto, impossibilita a rediscussão da determinação contida na decisão judicial. Seus requisitos, limites objetivos e subjetivos, bem como seus efeitos constituirão base para a análise da incidência da ação rescisória sobre decisões transitadas em julgado.

Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 513), a coisa julgada – em sentido material – é “autoridade”. Como autoridade, é situação jurídica que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Por outro lado, parte da doutrina tradicional esforça-se em associar a coisa julgada a uma “qualidade especial” adquirida pela decisão judicial. O Código de Processo Civil optou expressamente pela terminologia autoridade (art. 502).

Segundo Souza (apud SOARES, 2009, p. 120), a coisa julgada outorga à decisão judicial duas grandes características: a “imutabilidade” e a “indiscutibilidade”. Em virtude da imutabilidade, as partes estão proibidas de propor ação idêntica àquela em que foi estabelecida a coisa julgada material. Por ser indiscutível, o juiz, em novo processo, não poderá reexaminar ou reejulgar situação jurídica definida anteriormente pela coisa julgada. Terá de tomá-la como premissa indiscutível.

Os requisitos para que a decisão adquira a qualidade da coisa julgada, conforme dispõe o Código de Processo Civil são (a) decisão de mérito, (b) não mais sujeita a recurso (Artigo 502). Portanto, imprescindível a existência de uma decisão de mérito – ou que não tratando sobre o mérito da ação, cumpra certos requisitos que serão demonstrados a seguir – e que não mais seja sujeita a qualquer recurso, ordinário ou extraordinário.

Os limites objetivos da coisa julgada restringem-se objetivamente à decisão judicial. Os motivos, por mais importantes que sejam, operaram somente no plano lógico para melhor compreensão da sentença, porém

não são abrangidos pela coisa julgada. Sob essa ótica, tornar-se-á imutável somente a resposta dada ao autor, e não seus fundamentos (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 606).

Por outro lado, o Código de Processo Civil inovou e possibilitou que decisões prejudiciais expressas e incidentalmente decididas possam ser abrangidas pela coisa julgada (art. 503). Para tanto, é necessário que a resolução da questão prejudicial seja imprescindível para o julgamento do mérito (art. 503, § 1º, I); a seu respeito tenha havido contraditório prévio e efetivo (art. 503, § 1º, II); o juízo não seja absolutamente incompetente para resolvê-la (art. 503, § 1º, III). Ademais, também é necessário que o processo não seja objeto de restrições probatórias que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial (art. 503, § 2º).

Em vista da previsão, em ações de alimentos, a coisa julgada poderá estender-se à prejudicial de filiação; em ações de cobrança de contrato, a coisa julgada poderá estender-se à prejudicial de existência ou validade do contrato, etc. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 615).

Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2018, p. 614), foi criado um regime especial de coisa julgada com o propósito de estabilizar a discussão em torno de uma questão decidida em contraditório, mesmo que não seja questão principal. A doutrina já caminhava no sentido de romper o dogma de que a coisa julgada somente poderia recair sobre o objeto litigioso do processo.

Os limites subjetivos da coisa julgada podem ser *inter partes*, *ultra partes* e *erga omnes*. O primeiro caso é a regra geral, em virtude das garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Portanto, não é atingido pela decisão judicial quem não tenha oportunidade de contraditório efetivo no processo judicial do qual ela adveio (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 542).

São exemplos de decisões judiciais com efeitos *ultra partes* alguns casos de substituição processual<sup>5</sup>, litisconsorte unitário facultativo, decisão favorável a um dos credores solidários ou ações coletivas que versem sobre direitos coletivos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 543-544).

Por fim, há efeitos *erga omnes* sempre que a coisa julgada atinja a todos os jurisdicionados em igual situação, como nos casos de ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou individuais homogêneos, ou no caso de controle concentrado de constitucionalidade. Apesar disso, não há coisa julgada *erga omnes* propriamente dita, pois a coisa julgada somente vincula quem tenha ligação com a relação jurídica discutida ou com o direito debatido (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 544).

A eficácia da coisa julgada, segundo a dicção do artigo 508 do Código de Processo Civil, faz com que se considerem deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que as partes poderiam opor, seja para o acolhimento do pedido, seja para a rejeição do pedido.

Formada a coisa julgada, precluem as possibilidades de rediscussão de todos os argumentos que poderiam ter sido suscitados e não foram. Até mesmo as questões que poderiam ser examinadas a qualquer tempo – como a falta de pressuposto processual – tornam-se indiscutíveis após o trânsito em julgado (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 630-631).

Excluem-se dessa linha de raciocínio as hipóteses que autorizam a utilização da ação rescisória, que têm por fim desconstituir a autoridade da coisa julgada; bem como as relações de trato continuado, em que situação superveniente possibilita a rediscussão sobre a matéria. É o que ocorre com a ação de alimentos. Toda vez que sobrevém modificação do binômio necessidade-possibilidade, a parte pode propor nova ação a fim de revisar o valor anteriormente fixado. A situação foi expressamente prevista no artigo 505, inciso I, do Código de Processo Civil.

---

<sup>5</sup> Como é o caso do terceiro adquirente de coisa litigiosa que não tenha sido integrado no processo ou o caso do legitimado concorrente que não tenha integrado o processo.

Pode-se concluir que a coisa julgada material torna objeto da decisão imutável – não podendo ser fruto de nova ação idêntica – e indiscutível – motivo pelo qual toda vez que a decisão tiver de ser enfrentada em posterior processo, não poderá ser reexaminada, diminuindo ou revendo o direito garantido anteriormente. Além disso, a coisa julgada abrange o bem da vida que a ação resguardou, ou questão prejudicial, desde que atendidos os requisitos legais; mas sem adentrar nos fatos considerados verdadeiros ou na fundamentação jurídica da decisão. Ainda, sua abrangência, como regra, fica restrita às partes participantes do processo. Por fim, cabe salientar que a coisa julgada não é absoluta, pois o ordenamento jurídico brasileiro possibilita o manejo de instrumentos aptos à sua desconstituição.

#### **4 A AÇÃO RESCISÓRIA**

No Brasil, a rescisória é ação autônoma de impugnação das decisões judiciais que busca desconstituir situações, as quais, segundo o entendimento do legislador, não poderiam convaler mesmo após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, após o advento da coisa julgada. As hipóteses de cabimento da ação são contempladas em rol taxativo e têm prazo certo para sua propositura.

Diversos doutrinadores se esforçam para situar o defeito jurídico que autoriza a utilização da ação rescisória. Enquanto alguns consideram que a sentença rescindenda é portadora de vícios que acarretam sua nulidade, outros entendem que acarretam sua anulabilidade. Theodoro Junior (2016, p. 1070) defende que a classificação civilística de ato nulo ou anulável é imprópria à análise. Isso porque a decisão é plenamente eficaz e acobertada pela coisa julgada. Todavia, por autorização legal, há possibilidade de sua posterior desconstituição. A rescisão da sentença, para ele, tem a mesma natureza jurídica da rescisão contratual, portanto, não está ligada a vícios,



mas sim à possibilidade legal da parte de rescindir o que fora anteriormente pactuado, nesse caso, decidido.

É coerente não considerar a decisão rescindenda nula ou anulável – pois a classificação não se adequa às hipóteses que autorizam a desconstituição, nem mesmo a seus efeitos –, porém, é pouco prudente equiparar a natureza jurídica da rescisão contratual com a rescisão de uma decisão judicial. Enquanto a primeira trata-se de uma transação privada; a segunda trata-se do resultado final do Poder Jurisdicional do Estado e sua finalidade, que é prestar uma decisão definitiva ao caso concreto apresentado à apreciação.

Destarte, toda ação rescisória pressupõe uma decisão de mérito transitada em julgado, a incidência de uma causa autorizadora e o respeito ao prazo decadencial, próximos pontos tratados neste artigo.

Segundo Theodoro Junior (2016 p. 1072), o conceito de decisão de mérito engloba sentenças e decisões interlocutórias que tenham julgado parte do mérito, bem como decisões monocráticas do relator nos tribunais, quando responsáveis por julgar o mérito recursal. Entretanto, é importante em todos os casos que a rescisão abranja todo o mérito da decisão, excluindo-a em casos nos quais a rescisão desconstituiria um fundamento da decisão, mas outro, por si, pudesse sustentá-la.

Além das decisões de mérito, o próprio Código de Processo Civil prevê a possibilidade de utilização da ação rescisória contra decisões que embora não sejam de mérito, impeçam a parte de propor nova ou de ter admitido recurso (art. 966, § 2º).

O prazo para a propositura da ação rescisória, segundo o Código de Processo Civil, é de dois anos (artigo 975) a contar do trânsito em julgado da última decisão do processo. Se fundada em prova nova, cuja existência a parte ignorava ou não pôde fazer uso, o prazo bienal contará da data em que a parte tomou conhecimento da prova, observado o máximo de cinco anos da última decisão proferida no processo.

Causa algum questionamento a redação “da última decisão do processo” conformada no Código. Como é possível a prolação de decisões que julguem parte do processo somente, não é improvável que a decisão de um dos pedidos seja proferida antes da outra, podendo ser objeto de execução definitiva, caso não seja oportunamente impugnada. Também é possível a ocorrência da prescrição superveniente do pedido, se não executada oportunamente pela parte.

Com isso, Didier Júnior e Cunha (2018, p. 607-608) defendem que a redação do texto se refere à última decisão sobre a questão que se tornou indiscutível, mas não sobre a última decisão dentre todas as proferidas no processo. Pensar diferente disso, para eles, é admitir que a coisa julgada faz dissipar em desfavor da parte que teve o pedido julgado procedente<sup>6</sup>, mas não faria dissipar em desfavor do vencido o início do prazo para a revisão pela rescisória, ofendendo o princípio da igualdade.

O raciocínio parece acertado. Como há possibilidade de decisão parcial, que se torna preclusa, não é coerente que a parte prejudicada possa esperar o findar do processo inteiro para utilizar-se da ação rescisória, enquanto a outra parte terá de executar definitivamente a decisão, sob pena de ser prejudicada pela sua inércia.

As causas que autorizam a propositura da ação rescisória estão dispostas no Código de Processo Civil em rol taxativo e são as seguintes: decisão proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; que resulte de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; que ofenda a coisa julgada; que viole manifestamente norma jurídica; fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; quando obtiver o autor, após o

---

<sup>6</sup> Pois com a preclusão da decisão parcial inicia-se a contagem da prescrição superveniente.

trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorara ou não pôde fazer uso, capaz por si só de lhe assegurar pronunciamento favorável; for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos (artigo 966) (BRASIL, 2015a).

É perceptível que o legislador brasileiro albergou e resguardou situações em que houve vícios processuais<sup>7</sup>, bem como situações eminentemente materiais,<sup>8</sup> desde que a situação não pudesse ser alegada durante o trâmite processual.

Das causas autorizadoras para a propositura de ação rescisória, a que importa ao artigo é a violação manifesta de norma jurídica (artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil). A abrangência do enunciado na lei já trazia controvérsia no Código de Processo Civil de 1973, isso porque era prevista, mas com a seguinte redação: “literal disposição de lei”. Nessa toada, discutia-se se o conceito de lei abrangia todas as espécies normativas e mais, se abrangia hipóteses de inconstitucionalidade.

Após debates, ficou assentado na doutrina e jurisprudência que o tema englobava sim, e com mais razão, sentenças que violassem a Constituição (*vide* Embargos de Divergência no Recurso Especial 608.122, rel. Min. Teori Zavascki) (BRASIL, 2007). De qualquer modo, o legislador dirimiu a dúvida com a redação dada pelo Código de Processo Civil vigente. Tratando-se de violação à norma jurídica, entendeu-se de pronto que quando decisões apresentassem violação manifesta à Constituição Federal autorizariam a utilização da ação rescisória.

Para Didier Júnior e Cunha (2018, p. 576-577), andou bem o legislador ao operar a mudança, pois foi superada a clássica concepção do princípio da legalidade, em que o julgador estava adstrito ao texto da lei. Agora, acertadamente, cabe ao julgador aplicar o ordenamento jurídico,

---

<sup>7</sup> Como exemplo: Decisão que desrespeite a coisa julgada ou proferida por juiz impedido e absolutamente incompetente.

<sup>8</sup> Como exemplo: Decisão que viola manifestamente norma jurídica.

considerando todo o sistema, o que será demonstrado por meio da decisão fundamentada.

É importante versar sobre a Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, que tratou sobre a hipótese de propositura de ação rescisória em caso de “literal violação de lei”:<sup>9</sup> “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” (BRASIL, 1963).

O objetivo da Súmula supracitada era resguardar o instituto da coisa julgada e delimitar as hipóteses de cabimento da ação rescisória. Entendeu a Corte Suprema, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que situações de interpretação controvertida nos tribunais não poderiam ser consideradas violação literal e, portanto, eram inaptas para desconstituir a coisa julgada.

Nesse aspecto, a súmula evitaria que temas de interpretação controvertida pelos tribunais, à época da decisão, pudessem ser considerados vícios tão graves de hermenêutica que serviriam para afastar a coisa julgada. Resumindo, ou há literal violação – agora manifesta – ou há interpretação controvertida, as duas situações seriam incompatíveis para o órgão.

Sob a vigência do atual Código de Processo Civil, a súmula continua válida. Ocorre que, por motivos que serão mais bem explicados a seguir, o próprio Supremo Tribunal Federal afasta sua incidência sobre hipóteses de interpretação constitucional. Entendimento defendido por parte da doutrina nacional.

Em resumo, atualmente prepondera o entendimento de que o Estado Democrático de Direito dispensa ao ordenamento constitucional tutela qualificada, exigindo do julgador uma fidelidade ao texto constitucional que assegure o máximo de efetividade aos seus preceitos. Enquanto uma lei poderia ter mais de uma interpretação razoável, a Constituição somente permitiria uma interpretação válida (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 1089).

---

<sup>9</sup> Redação que era dada pelo artigo 485, V, do Código de Processo Civil de 1973.

Ademais, cresceu significativamente a tese de que, em virtude da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ser nula e, portanto, não produzir efeitos, as decisões dela decorrentes também não poderiam perdurar, devendo ser erradicadas. É nesse viés que muitos defendem não somente o afastamento da Súmula 343 em caso de violação constitucional, mas também o uso de ações inominadas ou da chamada *querelatio nulitatis* para que decisões que se fundamentem em normas posteriormente declaradas inconstitucionais sejam desconstituídas a qualquer tempo.

A relativização da coisa julgada a esse ponto extremo, apesar de muito discutida e debatida em sede doutrinária, não foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal (*vide* Recurso Extraordinário 594.892, relatoria do Ministro Celso de Mello, decisão monocrática) (BRASIL, 2016) e não é o ponto fundamental do trabalho. A defesa da tese por parte da doutrina nacional, contudo, demonstra o posicionamento de estudiosos acerca do tema controle de constitucionalidade e respeito à coisa julgada.

Em breve resumo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, cabe ação rescisória em caso de manifesta violação à norma jurídica, a qual engloba violação à norma constitucional e sobre a qual há controvérsia em torno da aplicação da Súmula 343. Apesar disso, o prazo temporal para a propositura da ação rescisória é de 2 (dois) anos após o trânsito em julgado da ação rescindenda.

## **5 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS CASOS DE APLICAÇÃO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Após dissertar a respeito dos institutos indispensáveis para a discussão do problema, é hora de debater especificadamente sobre a utilização da ação rescisória como instrumento para desconstituir a coisa julgada de decisão, que teve por fundamento lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Debater o tema é entender o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil; reconhecer a proteção constitucional dada à coisa julgada e delimitar a utilização da ação rescisória frente a decisões de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema de maneira exaustiva, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Naquele momento ficou assentado que, em se tratando de controvérsia constitucional posteriormente decidida em controle concentrado, não haveria lugar para a aplicação da Súmula 343, daquele Órgão, devendo ser admitida a ação rescisória, com base na literal violação de lei.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que se debruçou sobre o tema foi o Recurso Extraordinário 328.812, da 2ª Turma, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2008). Tratava-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), porque a sentença transitada em julgado se fundamentava em entendimento contrário ao exarado posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. A autarquia buscava o afastamento da Súmula 343 e o conseqüente processamento da ação rescisória (BRASIL, 2008).

Em seu voto, nos embargos declaratórios, o Ministro Gilmar Mendes delimitou a controvérsia:

Indaga-se: nas hipóteses em que esta corte fixa a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, para o fim de ajustá-la à ordem constitucional, a contrariedade a esta interpretação do Supremo Tribunal Federal, ou melhor, a contrariedade à lei definitivamente interpretada pelo STF em face da Constituição ensejaria a utilização da ação rescisória? (BRASIL, 2008, p. 7).

Em seguida, respondendo afirmativamente ao questionamento, o Ministro enumerou argumentos que sustentassem sua conclusão, dentre eles: a diferença entre a interpretação infraconstitucional e constitucional; o

respeito à isonomia; a reparação da distorção do modelo difuso e concentrado; a finalidade da ação rescisória; a força normativa da Constituição e a morosidade das decisões pelo Órgão máximo.

A diferenciação entre a interpretação de normas infraconstitucionais e constitucionais é ponto forte do voto. Segundo o Ministro, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre matéria infraconstitucional não possui o mesmo alcance de uma decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da constitucionalidade das normas. Essas distinções foram contempladas pelo próprio sistema constitucional. As decisões do Supremo Tribunal Federal teriam um viés de concretização da Carta Magna inafastável e inquestionável. Isso porque a violação da Constituição constitui uma violação muito mais grave à ordem normativa (BRASIL, 2009, p. 7-8).

Outro argumento é a concretização da isonomia, pois permitir que um maior número de decisões incompatíveis com a interpretação constitucional então vigente, permaneça no ordenamento jurídico irradiando efeitos, releva a ideia de tratamento diferencial a situações idênticas (BRASIL, 2008, p. 9).

Nesse contexto, a ação rescisória representaria um instrumento de conciliação de dois extremos, quais sejam: o respeito incondicional à coisa julgada e a possibilidade permanente de reforma das decisões judiciais. No debate constitucional, situar-se-iam, mais precisamente, no princípio da segurança jurídica e na manifestação do devido processo legal. Mais do que isso, a ação rescisória prestar-se-ia à realização da ideia de justiça (BRASIL, 2008, p. 5-6).

O Ministro Gilmar Mendes enfatiza que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal deve ser acompanhado pelos tribunais inferiores em virtude do efeito definitivo e absoluto outorgado à decisão da Corte em matéria constitucional. Desse modo, caso o posicionamento definitivo no controle concentrado de constitucionalidade venha somente após anos de debate, o que normalmente ocorre, a ação rescisória será a melhor expressão da força normativa da Constituição (BRASIL, 2008, p. 10).

Segundo Zavaski (apud BRASIL, 2008, p. 13), em se tratando de matéria constitucional e havendo decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, deve haver uma substituição do parâmetro negativo de aplicação da Súmula 343,<sup>10</sup> por um positivo, que indique que há violação constitucional na sentença que é contrária ao posicionamento do Tribunal Constitucional. São esses os principais pontos levantados pelo voto.

De lá para cá, o Supremo Tribunal Federal manteve a postura toda vez que enfrentou o tema (*vide* Recurso Extraordinário n. 500.043-5, Relatora Ministra Cármen Lúcia) (BRASIL, 2009a), sem inovar significativamente nos argumentos analisados. Independentemente da controvérsia jurisprudencial existente, continuou cabendo ação rescisória desde que haja afronta ao posicionamento então vigente no Supremo Tribunal Federal. Ou seja, afasta-se a incidência da Súmula 343.

Todavia, desdobramentos importantes da decisão também foram debatidos. Ao julgar o Recurso Extraordinário 590.809, Metabel vs. União Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (Tema 136 de Repercussão Geral) (BRASIL, 2009b), houve novo recorte do entendimento. Fixou-se o não cabimento da ação rescisória quando à época da sentença rescindenda o Supremo já havia se posicionado sobre o tema – posicionamento adotado pela ação rescindenda –, somente modificando seu entendimento posteriormente.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, asseverou que não havia dúvidas de que a sentença impugnada estava em desconformidade com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria constitucional. Contudo, isso não era suficiente para a procedência da ação rescisória, pois, segundo ele, deveria ser observada a possibilidade de aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, avaliado se o tema era de interpretação controvertida no tribunal ao tempo do acórdão rescindendo, justificando a improcedência da ação rescisória (BRASIL, 2014, p. 10).

---

<sup>10</sup> Se controvertida a matéria nos tribunais, não há violação literal a preceito normativo.



Para o Ministro, há desrespeito à garantia constitucional da coisa julgada quando se afasta de plano a incidência da Súmula 343. O Ministro negou que a ação rescisória pudesse conformar toda decisão judicial com o posicionamento do momento do Supremo Tribunal Federal, pouco importando se versava sobre interpretação de norma constitucional ou infraconstitucional. O fim da ação rescisória não poderia ser a uniformização jurisprudencial (BRASIL, 2014, p. 4).

Segue trecho:

A rescisória deve ser reservada a situações excepcionáíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, *com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada*. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica. (BRASIL, 2014, p. 2, grifo nosso).

Naquele caso, a decisão rescindenda versava sobre questão de direito de interpretação controvertida até então, mas com posicionamento do Supremo Tribunal Federal. No momento em que foi prolatada, a decisão impugnada respeitou as decisões do Supremo Tribunal Federal. Somente após 5 (cinco) anos do posicionamento inicial é que o Supremo Tribunal Federal veio a reformulá-lo, tornando-o contrário à decisão rescindenda. Ademais, na própria decisão em que o Supremo Tribunal Federal modificou o posicionamento foi arguida a necessidade de modulação dos efeitos da decisão em respeito ao princípio da segurança jurídica, da lealdade, da boa-fé

e da confiança legítima do jurisdicionado. A tese foi afastada pelos Ministros, pois entenderam que a decisão anterior do Supremo Tribunal Federal *de per se* não consistia em base de confiança para tanto (BRASIL, 2014, p. 6).

O Ministro Luiz Fux, em aparte, dissertou que interpretar não é violar, violar é proferir decisão contrária à ordem jurídica. Da mesma forma, explicou que a nova jurisprudência não faz com que a jurisprudência então em vigor seja considerada uma violação à ordem jurídica como um todo. Encerra vislumbrando que o tema é contemporâneo, está à altura do debate na corte e deveria ser melhor analisado (BRASIL, 2014, p. 2).

O julgamento gerou discussão importantíssima entre os Ministros da corte, levantando temas que poderiam redundar na total mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do afastamento da Súmula 343 ao versar sobre matéria constitucional. Contudo, ao final, por sete votos a dois, foi adotado posicionamento mais contido e os Ministros fixaram que se a decisão rescindenda é conforme à posição do Supremo Tribunal Federal à época de sua prolação, não há motivos para afastar a incidência da Súmula 343.

Ou seja, a concepção inicial de que a Súmula 343 não era aplicável para questões constitucionais foi superada, porém, o balizador da utilização ou não da súmula foi estipulado como a existência ou não de decisão do Supremo Tribunal Federal à época da decisão rescindenda e sua conformidade ou não com o conteúdo daquela. Em suma, se a decisão corroborar o entendimento da Corte Suprema no momento em que foi produzida, há controvérsia judicial; a súmula deve ser aplicada; não há violação de norma; não cabe ação rescisória. Se não há decisão do Supremo Tribunal Federal à época, por seu turno, não há controvérsia; a súmula não deve ser aplicada; cabe a utilização da ação rescisória.

Legitimam a mesma tese o Agravo Regimental na Ação Rescisória 2.370 e o Agravo Regimental na Ação Rescisória 2.572, de relatoria do Ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2015b, 2017). Em ambos, o Ministro Gilmar Mendes divergiu, ressaltando a importância da inaplicabilidade da Súmula 343 toda vez que veiculada matéria constitucional.

Vislumbra-se disso que decisões que afrontem o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional merecem ser extirpadas do ordenamento jurídico, como garantia da supremacia da Constituição, contudo, se compatíveis com o posicionamento da Corte à época, são toleráveis, e é vez de demonstrar respeito à coisa julgada. Com a máxima vênia, o comportamento não encontra justificação suficiente.

Segundo Theodoro Junior (2016, p. 1091), com o Recurso Extraordinário 590.809, a Corte Suprema revogou o precedente anteriormente firmado, passando a entender que não se justifica o afastamento absoluto da Súmula 343 em matéria constitucional, devendo ser analisadas, caso a caso, as características do decisório rescindendo em face da ulterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Deve-se analisar se a decisão de constitucionalidade foi realizada em controle concreto ou abstrato, se houve modulação dos efeitos da decisão, ou, como no caso em tela, se à época da decisão o STF tinha entendimento coincidente com a decisão.

Para Sarlet, Marioni e Mitidiero (2017, p. 1229) o Supremo Tribunal Federal foi além, declarando que a decisão da própria corte, superveniente ao trânsito em julgado da decisão rescindenda, não poderia servir de fundamento par a ação rescisória. Tendo em vista isso, tornar-se-ia aplicável a Súmula 343 nos casos de violação à norma constitucional. Com o posicionamento, seria ressaltada a coisa julgada em face de precedente constitucional em sentido diverso, afirmando o instituto da coisa julgada.

Não se concorda com o último. No caso, a corte reviu seu precedente, atenuando-o. Porém, é interpretação forçosa do que foi debatido pensar que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a tese de que a invocação de precedente constitucional posterior à formação da coisa julgada não autoriza a utilização da ação rescisória, como em Portugal. Na verdade, o que os Ministros fizeram foi dar tratamento diferenciado para decisão rescindenda quando conforme ao entendimento daquele órgão ao tempo de seu trânsito em julgado. Afastou-se a ideia de que a Súmula 343 é inaplicável a casos de

interpretação constitucional, mas não foi delimitado de forma clara de que modo deve ser aplicada.

Para Sarlet, Marioni e Mitidiero (2017, p. 1198-1200), como o julgador no Brasil é obrigado a realizar o controle de constitucionalidade das leis, tem o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição. O Juiz, ao contrário do proposto por Chiovenda, não atua na vontade da lei; também, não se limita a criar a norma concreta, nos termos defendidos por Kelsen. Portanto, invalidar a decisão anterior sem melhor análise é desprezar o juízo de constitucionalidade de outro julgador e, por consequência, o próprio controle incidental de constitucionalidade.

Em segundo lugar, admitir que a coisa julgada pudesse ser sempre desconstituída por ulterior declaração de inconstitucionalidade de lei seria dar a toda decisão caráter provisório, de maneira que haveria uma subordinação da coisa julgada a eventual e futura apreciação do Supremo Tribunal Federal, consistindo em uma verdadeira contradição de termos. Mais do que isso, a qualidade do controle incidental de constitucionalidade residiria na possibilidade de o julgador “adivinhar” o que seria dito no futuro. Segundo o autor, há lugar ao uso da ação rescisória, com fulcro no artigo 966, inciso V, ou quando há óbvia violação da Constituição, erro tremendo, imperdoável ou quando já havia entendimento consolidado sobre a inconstitucionalidade da norma pelo próprio Supremo Tribunal Federal, autorizadora também da reclamação constitucional, que por algum motivo não fora proposta (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2017, p. 1201-1202).

Para Theodoro Júnior (2016, p. 1089), por outro lado, quando uma lei enfrenta dissídio interpretativo nos tribunais, não há como se afirmar que a sentença rescindenda, optando por aplicar um dos diversos entendimentos, pratica violação manifesta à ordem jurídica. Contudo, ao ordenamento constitucional é dispensada tutela particular e qualificada, em que se exige

do julgador fidelidade e observância que assegure sempre ao máximo os preceitos constitucionais.

O juízo acerca da conformidade da lei com a Constituição resulta sempre em juízo de validade, de modo que todo ato que contraponha a Constituição simplesmente é nulo e despedido de força jurídica. Nessa toada, sendo o julgador forçado a encontrar a única exegese possível, que é a harmonizada com a Constituição, não se aplicaria à ação rescisória fundada em ofensa à Constituição a Súmula n. 343 do STF. Caberia ao julgador sempre enfrentar o tema em ação rescisória, retirando da Constituição Federal a única interpretação possível ao ato normativo e, portanto, decidindo-a o mérito (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1089-1090).

Mais do que isso, para o autor, a procedência da ação rescisória pode ocorrer sem decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, desde que o julgador entenda que ocorreu a aplicação de lei inconstitucional na sentença rescindenda (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1091).

Os autores supracitados, em síntese, representam duas posições antagônicas tomadas ao analisar a matéria. Sarlet, Marioni e Mitidiero, na doutrina, assim como o Ministro Marcos Aurélio, no âmbito jurisdicional, defendem a tese de que a ação rescisória somente é cabível se a violação da Constituição for manifesta, indiscutível, imperdoável. Ir além disso seria desrespeitar a coisa julgada e desconsiderar o texto legal, utilizando a ação de forma imprudente. Para eles, a violação manifesta é aquela tão escabrosa que em situação alguma seria admitida já à época da decisão.

Por outro lado, Theodoro Júnior, na doutrina, e o Ministro Gilmar Mendes, no âmbito jurisdicional, são expoentes do pensamento contrário, para eles, em se tratando de matéria constitucional, somente há uma interpretação condizente, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão autorizado a alcançá-la. Desse modo, decisão de constitucionalidade da Corte Suprema, posterior ao trânsito em julgado da decisão, deve sempre autorizar

o uso da ação rescisória (art. 966, V do CPC), pouco importando se o tema era de interpretação controvertida à época da decisão.

Ressalta-se que as posições doutrinárias existentes não estão resumidas a essas, nem mesmo os autores apresentados são necessariamente seus expoentes máximos. Porém, o retrato doutrinário apresentado é suficiente para iniciar a investigação do tema e dá aporte inicial para outros trabalhos que procurem investigá-los.

Por fim, a atenção ao próprio texto dado ao artigo 966, inciso V, do diploma processual civil não transparece o que muitos pretendem dele extrair. Quando escolhidos os termos “violar manifestamente norma jurídica”, é razoável pensar que toda interpretação controvertida, que gere debate, não seria pacífica, estando, desse modo, excluída, seja constitucional, seja infraconstitucional.

Por mais que seja sedutor pensar que, em razão da importância, o texto constitucional não tem mais de uma interpretação válida, essa pretensão não é confirmada. Toda legislação, em maior ou menor grau, é dotada de alguma abstratividade, a qual pode gerar espaços interpretativos e dividir tribunais e doutrinadores. Isso ocorre a todo momento e com a Constituição não é diferente. Ademais, a Constituição é documento político e não meramente jurídico, resultado de escolhas do poder constituinte originário, ou seja, do povo. Como instrumento político, deve ser interpretada à luz da construção social que a norteia. Consulta aos precedentes constitucionais e seu desenvolvimento ao longo dos anos confirma essa tese. Inúmeras vezes o Supremo Tribunal Federal e outros tribunais nacionais reviram precedentes, superaram entendimentos, reformaram sua interpretação da Constituição. Ao completar 30 (trinta) anos, a Constituição vigente ainda comporta grandes debates doutrinários, que não se cansam de renovar, conforme novas situações concretas surjam.

É nesse viés, justamente a partir do reconhecimento desse fenômeno, que a segurança jurídica deve ser protegida e resguardada. Segurança jurídica

importa previsibilidade e irretroatividade dos atos do Estado, resultando em respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, que forma seu viés objetivo. Importa também em proteção à confiança depositada pelos cidadãos aos atos do Estado, que forma seu viés subjetivo.

O instituto da coisa julgada é a representação da segurança jurídica nos dois âmbitos, no objetivo, uma vez que deixa claro que as decisões se tornam indiscutíveis e imodificáveis. No subjetivo, já que importa que nenhuma decisão posterior poderá contrapô-la ou diminuí-la, manifestando proteção à confiança dos atos estatais.

## 6 CONCLUSÃO

Da pesquisa realizada no presente trabalho é possível concluir que a coisa julgada é expoente do Estado Democrático de Direito e constitui-se em uma especial qualidade da decisão judicial, adquirida após não mais estar sujeita a qualquer recurso. Dela decorre a indiscutibilidade e imutabilidade da decisão.

A ação rescisória, por sua vez, é instrumento autônomo de impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado. No Brasil, comporta várias hipóteses de cabimento, algumas de natureza processual, outras de natureza material. Diante de sua excepcionalidade, tem rol de hipóteses de cabimento determinado e exaustivo, bem como prazo certo.

Nesse viés, segundo o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, é possível a utilização da ação rescisória pautada em manifesta violação à norma jurídica caso posterior decisão de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato adote tese contrária a utilizada na decisão, pouco importando se ao tempo da decisão rescindenda fosse controvertida nos tribunais a interpretação constitucional da norma aplicada. Porém, caso a decisão rescindenda tivesse consonância com o posicionamento da corte suprema à época, não é cabível a utilização da ação rescisória.

Portanto, se há decisão do Supremo Tribunal Federal conforme ao posicionamento da decisão rescindenda à época de seu trânsito, é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal. Não há espaço para a utilização da ação rescisória. Por outro lado, caso o próprio Supremo Tribunal Federal não tivesse posição à época da decisão rescindenda, sobrevivendo o posicionamento sobre o tema, afasta-se a aplicação da Súmula 343 e há espaço à utilização da ação rescisória, pouco importando a existência ou não de controvérsia jurisprudencial acerca da matéria.

Os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para o afastamento da Súmula 343 são a diferença entre a interpretação infraconstitucional e constitucional; o respeito à isonomia; a reparação da distorção do modelo difuso e concentrado de constitucionalidade; a finalidade da ação rescisória; a força normativa da Constituição e a morosidade das decisões pelo Órgão máximo. Igualmente, fundamentam o posicionamento da Corte acerca da aplicação da Súmula 343 em casos específicos: a necessidade de respeito à coisa julgada e a inoportunidade da utilização da ação rescisória como instrumento de uniformização jurisprudencial.

Na doutrina, duas visões incompatíveis são debatidas. Sarlet, Marioni e Mitidiero defendem a tese de que a ação rescisória somente é cabível em caso de manifesta e indiscutível violação da Constituição. Para eles, a utilização do instrumento, à luz do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, fere o controle difuso de constitucionalidade e condiciona a coisa julgada da decisão a evento futuro e incerto, qual seja, possível decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, Theodoro Júnior é expoente do pensamento contrário, para ele, em se tratando de matéria constitucional, somente há uma interpretação condizente, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão autorizado a alcançá-la. Desse modo, decisão de constitucionalidade da Corte Suprema, posterior ao trânsito em julgado da decisão, deve sempre autorizar



o uso da ação rescisória (art. 966, inciso V do Código de Processo Civil), pouco importando se o tema era de interpretação controvertida à época da decisão.

Frente ao pesquisado entende-se que a melhor interpretação dada aos limites da utilização da ação rescisória em caso de manifesta violação à norma jurídica talvez devesse ser mais restritiva. Assim, caberia ação rescisória somente em caso de interpretação escabrosa e inadmissível já à época do trânsito em julgado. O estudo do sistema de controle de constitucionalidade difuso adotado pelo Brasil, somado à natureza do instituto da coisa julgada e suas implicações, além da própria dicção do artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil conduzem a essa reflexão.

Com a adoção do posicionamento, basicamente se faria uso da ação rescisória com fulcro no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil, em casos de interpretação visivelmente inadmissível, inconcebível, que sequer foi cogitada doutrinária e jurisprudencialmente.

Do contrário, admite-se que a interpretação do Supremo Tribunal Federal é sempre substancialmente superior à que fora dada por qualquer julgador em controle difuso de constitucionalidade e que a ação rescisória tem a finalidade de conformar todas as decisões postas ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal representasse tamanha superioridade, não seria tão comum a mudança de posicionamento da própria corte, ademais, o argumento serve também para refutar a utilização da ação rescisória como forma de conformar as demais decisões ao posicionamento da Corte Suprema, pois a adoção do argumento conduz ao raciocínio de que toda mudança de posicionamento conduziria a nova revisão de decisão transitada em julgado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. 454 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9868.htm). Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 2.370. Autor: Alunic - Alumínio do Nordeste Indústria e Comércio Ltda. Réu: União. Relator: Min. Teori Zavascki, 22 de outubro de 2015. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 12 nov. 2015b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282370%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybvgt8uz>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 2.572. Autor: João Batista Pacheco. Réu: União. Relator: Min. Teori Zavascki, 24 de fevereiro de 2017. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 21 mar. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282572%2E+OU+2572%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yandvkqk>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 500043. Autor: União. Réu: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Estado de Goiás - PREBEG. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 26 de maio de 2009. *Diário da Justiça eletrônico*: seção 31, Brasília, DF, v. 02366-05, p. 252-256, 26 jun. 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 590.809 RG/RS. Autor: Metabel Indústria Metalúrgica Ltda. Réu: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 13 de novembro de 2008. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, v. 02352-10, p. 301-306, 13 mar. 2009b.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *1941 – Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

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*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2. 643 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. v. 2. 784 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 15. ed. reform. Salvador: Jus Podivm, 2018. v. 3. 864 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral-de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. 559 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 1469 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1469 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 926 p.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 591 p.

SOARES, Carlos Henrique. *Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da coisa julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade*. Coimbra: Edições Almedina, 2009. 281 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. 1489 p.

UCHÔA, Rostonio. *Processo constitucional e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 243 p.



# A VAQUEJADA E OS DIREITOS DOS SERES VIVOS

Dauana Fracaro<sup>1</sup>

Cristhian Magnus De Marco<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa, por meio dos métodos dedutivo, bibliográfico e documental, analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983, que declarou inconstitucional a Vaquejada. Igualmente, verificar-se-á se o Supremo realizou adequadamente uma ponderação de princípios entre o bem cultural e o direito ao meio ambiente, bem como explorar-se-á o conteúdo da lei questionada e de projetos de lei posteriores que tratem dos direitos dos seres vivos, relacionando-os com o processo histórico dos direitos humanos e verificando a possibilidade de reforma do *status* jurídico dos animais. Após analisar o conteúdo da decisão, viu-se, em que pese o direito civil ainda classificar os animais como coisas, que há entendimentos recentes, sobretudo o da ação questionada, favorável à prevalência do direito ao meio ambiente e, portanto, da vedação de práticas que inflijam crueldade aos animais, que reconhecem direitos aos seres vivos, o que leva a crer ser necessária uma reformulação no *status* jurídico desses animais, a fim de que cada vez mais possam ser reconhecidos como seres sencientes que são.

**Palavras-chave:** Direitos dos seres vivos. Vaquejada. Manifestação cultural. Maus-tratos. Ética animal. Direitos humanos.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 6 de outubro de 2016, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 (BRASIL, 2015), de relatoria do Ministro Marco

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; dauana\_fracaro@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Aurélio Mendes de Farias Mello, entendendo pela procedência do pedido inicial, com a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 15.299 (CEARÁ, 2003) do Estado do Ceará.

A decisão da citada ação repercutiu tanto no país que em 19 de outubro de 2016 foi ajuizada no Senado Federal uma proposta de Emenda à Constituição de nº 50 (BRASIL, 2016b), visando estabelecer que manifestações culturais regulamentadas em lei específica, quando assegurarem o bem-estar animal, não são consideradas cruéis.

Referida emenda foi aprovada pelo Senado Federal e, após, remetida à Câmara dos Deputados, onde foi instaurada com o nº 304 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017) e igualmente aprovada pela casa, razão pela qual em 6 de junho de 2017 foi promulgada a emenda à constituição nº 96 (BRASIL, 2017).

Não obstante, hoje essa emenda aprovada é objeto de duas outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade, autuadas sob os números 5.728 e 5.772, que aguardam julgamento junto ao Pleno do Supremo Tribunal Federal.

No presente trabalho, fez-se uma análise da decisão proferida pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983. Inicialmente, relatou-se a história da vaquejada, surgida à época como imprescindível e hoje não mais necessária. Em seguida, relacionou-se o processo histórico do direito dos seres humanos ao direito dos seres vivos, onde perquiriu-se acerca da possibilidade de trazer o discurso dos direitos humanos para o direito dos animais.

Por último, verificou-se se o Supremo realizou uma ponderação de princípios de maneira adequada e estudou-se acerca da perspectiva do direito dos seres vivos, analisando quais leis protegem os animais hoje, bem como verificando a possibilidade de reforma de seu *status* jurídico.



## 2 A VAQUEJADA COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL BRASILEIRA: ASPECTOS HISTÓRICOS E CULTURAIS

Com a edição da Lei nº 15.299 (BRASIL, 2003), o Estado do Ceará regulamentou a vaquejada, prática na qual uma dupla de vaqueiros tem o objetivo de derrubar um bovino puxando-o pela cauda.

De acordo com Lacerda (1990, p. 14), as vaquejadas nordestinas podem ser definidas, ao lado de bumba-meu-boi, boi-de-mamão e dos rodeios gaúchos, como uma manifestação folclórica pertencente à cultura do Boi no Brasil.

O chamado ciclo do Boi, dotado de identidade nacional, é formado por manifestações que colaboram para a formação das culturas populares tradicionais brasileiras e para o estreitamento de laços entre as diversas regiões do país (BASTOS, 1993 apud BAHIA, 2008, p. 396).

Ocorre que, em que pese encontrar-se no rol de manifestação cultural da Constituição Federal (BRASIL, [2016a]), tal prática comporta atos de crueldade animal que podem violar valores que a própria Magna Carta dá a esses seres não humanos.

Considerada como prática esportiva e aceita em todo o país, especialmente na região nordeste, a vaquejada é uma competição, na qual dois vaqueiros, montados em cavalos distintos e um ao lado do outro, tentam derrubar um boi puxando-lhe o rabo, dentro dos limites de uma área previamente delimitada (GORDILHO; FIGUEIREDO, 2016, p. 2).

Entretanto, segundo o Regulamento Geral da Vaquejada (2016), em seu item 1, art. 3º, a prática trata-se de uma:

Atividade cultural-competitiva, com características de esporte, praticado em uma pista sobre um colchão de areia com espessura mínima não inferior a 40cm, no qual dois vaqueiros montados a cavalo têm o objetivo de alcançar e emparelhar o boi entre os cavalos, conduzi-lo até o local indicado, onde o bovino deve ser deitado.

Referida prática, de acordo com Bezerra (1978, p. 8), era chamada de apartação e surgiu diante da necessidade de juntar o gado que antigamente era criado em campos abertos e fugia em busca de alimentação mais abundante.

Quando se encontrava um “barbatão”, aquele boi ou novilho que, por ser criado no mato, tornou-se bravo, era necessário pegá-lo. Sendo assim, ele era derrubado, peado e enchocalhado. Quando não conseguia ser pego com obstáculos (pear), suas patas dianteiras eram algemadas (BEZERRA, 1978, p. 8).

A derrubada do boi pela cauda, na época da apartação, era necessária diante da vegetação existente nas caatingas, pois suas características físicas dificultavam o lançamento do laço como forma de dominar o animal (CASCUDO, 1976, p. 27 apud GORDILHO; FIGUEIREDO, 2016, p. 5).

De acordo com De Faria (1993, p. 17), o registro mais antigo que se tem da prática da derruba pela cauda no Brasil data de 1870 e está no poema de José de Alencar, “O Nosso Cancioneiro”.

Igualmente, a Vaquejada está documentada em “Os Sertões”, de Euclides da Cunha (1963, p. 103):

[...] O touro largado ou o garrote vadio em geral refoge à revista. Afunda na caatinga. Segue o vaqueiro. Cose-se-lhe no rastro. Vai com êle às últimas bibocas. Não o larga; até que surja o ensejo para um ato decisivo: alcançar repentinamente o fugitivo, de arranco; cair logo para o lado da sela, suspenso num estribo e uma das mãos prêsa às crinas do cavalo; agarrar com a outra a cauda do boi em disparada e com um repelão fortíssimo, de banda, derribá-lo pesadamente em terra... Põe-lhe depois a peia ou a máscara de couro, levando-o jugulado ou vendado para o rodeador.

No tempo das apartações, a busca pelo animal dava-se em campos fechados (no meio das caatingas) e em seguida ocorria a derruba, no pátio destinado à reunião da boiada, o qual também era um espaço aberto sem limite de cercas. Atualmente, a vaquejada se dá em terras medidas e limitadas,

com um conjunto de regras preestabelecidas e seus corretores se distanciam da condição de vaqueiro (DE FARIA, 1993, p. 19).

Veja-se que tanto no momento remoto de sua criação quanto nos dias atuais, a vaquejada guia-se por um mesmo fim, qual seja, derrubar um bovino por intermédio do puxamento de sua cauda, deixando-o com as quatro patas viradas para cima.

Para Gordilho e Figueiredo (2016, p. 5 apud CASCUDO, 1976, p. 29) é evidente o desvirtuamento da vaquejada, que de meio de sobrevivência rurícola, passou a ser “esporte de aristocracia rural.”

A vaquejada, surgida à época como imprescindível para a produção agrícola, tornou-se um meganegócio, fazendo circular anualmente um importe equivalente a seiscentos milhões de reais (GORDILHO; FIGUEIREDO, 2016, p. 5-6).

Vislumbra-se que à época de seu surgimento, a vaquejada tinha uma razão de existir, ou seja, não haviam outros meios de capturar o boi que tinha fugido. Ocorre que atualmente os bois não vivem mais soltos, mas sim em fazendas com pátios fechados, portanto não mais se tornam bravios. E quando ocorre alguma fuga, há outros meios de trazer o animal de volta.

Denota-se, assim, que a prática não é mais necessária, tendo se tornado apenas um meio de obtenção de benefícios econômicos para aqueles que não se importam com o bem-estar animal.

### **3 O DIREITO DOS SERES VIVOS E O PROCESSO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS**

Antes de adentrar no mérito dos direitos humanos, cumpre salientar a diferença entre esses e os direitos fundamentais, termos diversos, mas comumente utilizados como sinônimos.

Para Sarlet (2007, p. 35-36), a expressão “direitos fundamentais” se aplica àqueles que estão positivados no âmbito do direito constitucional

positivo de um certo Estado; já o termo “direitos humanos” possui relação com os documentos de direito internacional, aplicáveis a todos os povos e tempos. Igualmente entende Comparato (2003, p. 57-58), quando menciona que os direitos fundamentais são aqueles definidos pelo legislador, positivados nas Constituições e nas leis.

Não obstante, de acordo com Canotilho (2003, p. 377), os direitos fundamentais são aqueles que se encontram juridicamente positivados numa Constituição, e essa positivação significa incorporar na ordem constitucional direitos que são inalienáveis e naturalmente do indivíduo, os chamados direitos humanos.

Ainda segue o autor, no sentido de que “[...] sem esta positivação jurídica, os <<direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos ou, até, por vezes, mera retórica política>>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional [...]”

Denota-se, portanto, que os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem, na essência, a mesma finalidade, que é a de garantir um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, de modo que a diferença entre ambos paira apenas no âmbito de previsão de cada um deles. Enquanto os primeiros podem ser encontrados nos tratados internacionais, os segundos possuem previsão legal na norma constitucional.

Adentrando no tema dos direitos humanos, Henkin (1988, p. 1-3) afirma que eles são concebidos de maneira a incluir as exigências políticas e morais que num consenso atual todo ser humano deve possuir. Para Comparato (2003, p. 1), todos os seres humanos, mesmo com suas incontáveis dessemelhanças biológicas e culturais, merecem igual respeito.

Os direitos humanos são, em suma, aqueles direitos que devem ser assegurados a qualquer indivíduo sem distinção. São exemplos deles o direito à vida, à dignidade e à integridade física, que quando firmados em determinado ordenamento jurídico, são denominados “direitos fundamentais”.

É na Grécia que surge a noção de que a lei escrita deve ser o fundamento da sociedade política (COMPARATO, 2003, p. 12), exsurgindo a ideia da necessidade da igualdade e liberdade do homem. Entretanto, foi no direito romano que se desenvolveu um código eficiente de proteção de tais direitos, a Lei das Doze Tábuas.

Logo após, o Cristianismo resgata e aprofunda tais ensinamentos na tentativa de, por meio da evangelização e da ideia de que Jesus chamou todos à salvação, transmitir a concepção de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual (LAFER, 2006, p. 119).

De acordo com Miranda (1993, p. 17) é somente em razão do Cristianismo que todos os seres humanos são considerados pessoas dotadas de valor e de uma liberdade que nenhuma acepção política ou social pode destruir.

De igual importância na evolução dos direitos humanos, a Revolução Americana foi um clamor de igualdade diante dos abusos do poder monárquico. Na Revolução Francesa, por outro lado, todo o movimento político pairava-se em uma missão de libertação dos povos e representou a busca de mudança nas condições de vida em sociedade (COMPARATO, 2003, p. 51).

Com o advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o mundo despertou para uma reformulação dos direitos humanos. A dor trazida pela guerra e principalmente pelas atrocidades dos regimes totalitários nazista, fascista e stalinista, fez com que as pessoas enxergassem que, a bem da verdade, não havia preocupação alguma com os direitos humanos. Com isso, emergiu uma opinião pública internacional disposta a realizar algo a fim de impedir que tais episódios se repetissem (KROHLING, 2009, p. 50).

Para tanto, criou-se a ONU (Organização das Nações Unidas) e proclamou-se, com o fito de evitar uma terceira guerra mundial e promover a paz entre as nações, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a mais importante conquista dos direitos humanos em nível internacional. Consoante ensinamentos de Piovesan (2003, p. 35):

[...] a Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um marco na história de tais garantias. A partir de então, a proteção internacional dos direitos humanos passou a crescer, com a elaboração de inúmeros tratados e declarações internacionais.

Na seara da dignidade da pessoa humana, Felipe (2011, p. 57), parafraseando o filósofo Immanuel Kant, afirma que o ser humano não pode ser empregado como simples meio (objeto) para a satisfação da vontade alheia, devendo ser tomado como um fim em si mesmo (sujeito) em qualquer relação.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana está consagrada como princípio fundamental no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e se caracteriza como matriz axiológica do ordenamento jurídico, pois é a partir dele que todas as demais regras e princípios se projetam (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 177 e 179).

É assim que, consoante os autores, verifica-se uma dimensão social da dignidade da pessoa humana, já que ela necessariamente implica um olhar para o outro, pois indivíduo e sociedade são elementos integrantes de uma mesma realidade político-social-estatal.

Nesta mesma sociedade estão inseridos os animais não humanos, e estes merecem ainda mais especial atenção, tendo em vista que são seres

incapazes de, sozinhos, defenderem-se. Desse modo, a empatia é o sentimento que deve reinar na relação entre humanos e animais.

O movimento moderno para a defesa dos seres vivos originou-se em 1824, na Inglaterra, com a criação da Sociedade para a Prevenção da Crueldade com Animais. Todavia, ganhou força somente em 1970, quando filósofos da Universidade de Oxford resolveram investigar a razão pela qual o *status* moral dos animais não humanos era inferior aos dos seres humanos (CHUAHY, 2009, p. 17).

O documento de maior importância para o direito dos animais foi a Declaração Universal do Direito dos Animais. Ela foi proclamada pela Unesco em 27 de janeiro de 1978 e trouxe um novo olhar para o direito dos animais, reconhecendo o valor de suas vidas e sugerindo um comportamento humano de acordo com a dignidade que é inerente a esses seres (RODRIGUES, 2012, p. 65-66).

Para Mól e Venancio (2014, p. 23), falando somente em âmbito nacional, a primeira norma a dispor sobre crueldade animal foi o Decreto nº 14.529, de 9 de dezembro de 1920, que em seu artigo 5º proibia que ocorressem em casas de diversão pública corridas de touros, brigas de galos e canários ou qualquer outra “diversão” que causasse sofrimento aos animais.

Em 1934 surge o Decreto nº 24.645, reforçando a proteção jurídica dada aos animais, ao permitir que o Ministério Público os assistisse em juízo como substituto legal (RODRIGUES, 2012, p. 66). Em 1941, o Decreto-Lei nº 3.688 (Lei de Contravenções Penais) foi aprovado, impondo prisão simples ou multa, em seu artigo 64, à pessoa que tratar os animais com crueldade (CHUAHY, 2009, p. 198).

Em 1967 surgiu a Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/67), proibindo caça, perseguição e aprisionamento de animais de matas e florestas, a qual foi ratificada pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, promulgada em 1981 (MÓL; VENANCIO, 2014, p. 26).

Por meio da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), trouxeram-se elementos necessários para que o Ministério Público pudesse atuar quando houver danos causados ao meio ambiente (RODRIGUES, 2012, p. 67).

Em 12 de fevereiro de 1988, por meio da Lei nº 9.605 (Lei de Crimes Ambientais), elevou-se à categoria de crime a crueldade praticada em face dos animais (MÓL; VENANCIO, 2014, p. 28).

Ainda, conforme Chuahy (2009, p. 198), a Constituição de 1988 significou um avanço para a proteção ambiental, na medida em que incumbiu ao Poder Público a tarefa de proteger a fauna e a flora.

Não obstante, de acordo com Gordilho e Figueiredo (2016, p. 8), ao elevar à categoria de norma constitucional a proibição de práticas que submetem os animais à crueldade, a Constituição Federal lhe outorgou eficácia jurídica e aplicabilidade imediata, possibilitando que leis contrárias sejam invalidadas.

Prosseguem os autores:

Não obstante, os animais vêm sendo cada vez mais reconhecidos por seu valor sentimental, pois embora tenham diferenças significativas em relação aos humanos, eles são dotados de sentimentos e emoções, isto é, são sencientes, razão pela qual não podem ser considerados coisas inanimadas [...]

No âmbito dos direitos dos seres vivos, trazer o raciocínio dos direitos humanos e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana para os animais não humanos parece loucura, todavia, conforme bem asseverado por Singer (2010, p. 3), quando Mary Wollstonecraft publicou seu livro “Defesa dos Direitos das Mulheres”, suas ideias de igualdade entre homens e mulheres foram vistas como absurdas. Em razão disso, questiona-se o motivo pelo qual, se o argumento a favor da igualdade valia quando aplicado às mulheres, não pode também ser aplicado aos animais?



Ainda, prossegue o autor no sentido de que uma das maneiras de refutar tal argumento reside no fato de que existem diferenças óbvias entre um animal e uma mulher. Por exemplo: a mulher possui o direito ao voto, enquanto o cão sequer sabe o que é voto (SINGER, 2010, p. 3).

No entanto, se uma mulher aborta, ela não precisa apoiar o direito do homem de fazê-lo, principalmente porque ele não pode praticá-lo. De igual modo, não é necessária a comparação de capacidade de voto entre um homem e um cão, pois o princípio básico da igualdade não implica tratamento idêntico, mas sim igual consideração (SINGER, 2010, p. 4).

De acordo com Sanches e Ferreira (2014, p. 48), “preservar o meio ambiente e, em especial, os animais não humanos, em razão da sua função ecológica são princípios constitucionais e, portanto, fundamentos do Estado de Direito.”

Ao longo dos anos, os seres humanos relacionaram-se com outras espécies de vida que habitaram este planeta. A forma dessa convivência mudou conforme a evolução do ser humano e sua consciência de si e do outro (MÓL; VENANCIO, 2014, p. 123).

De acordo com Chuahy (2009, p. 11), adveio das religiões ocidentais, como o judaísmo e o cristianismo, boa parte da tradição de explorar animais em favor do homem.

Ainda, a autora assevera que para Aristóteles, os animais são dotados de sensibilidade, no entanto não possuem racionalidade, razão pela qual são inferiores aos humanos. São Tomás de Aquino, baseado nas ideias de Aristóteles, defendia que os humanos são superiores em razão de terem sido gerados à imagem de Deus (CHUAHY, 2009, p. 11).

Não obstante, prossegue que René Descartes, Thomas Hobbes, John Locke e Immanuel Kant, assim como Aristóteles, acreditavam que os animais não humanos não eram capazes de raciocinar, requisito necessário para ser dotado de estado moral e adquirir direitos (CHUAHY, 2009, p. 12-13).

Por outro lado, Chuahy (2009, p. 12-13) sustenta que Jeremy Bentham e John Stuart Mill baseavam suas ideias no utilitarismo, doutrina ética na qual boas ações só são realmente boas quando promovem a felicidade, de modo que se geram o sentimento contrário, são consideradas más ações. Para eles, deve ser considerada a felicidade de todos os seres atingidos pelas ações, inclusive os animais, pois os sentimentos deles são tão reais e moralmente relevantes como os dos humanos.

Vislumbra-se, portanto, que esse discurso da superioridade dos seres humanos, pela sua racionalidade, data de longos anos.

Consoante Rodrigues (2012, p. 43), esse conceito da superioridade surgiu com o fito de justificar o extermínio dos animais. Tal ideia irrompeu de maneira deturpada, de modo que todos os argumentos usados para justificar uma exploração desnecessária e cruel já não são mais aceitos por aqueles que possuem um grau de consciência mais elevado. O fato de submetemos os animais a um tratamento degradante, com o simples objetivo de obter lucro, impondo a eles uma vida desprezível, que nunca termina de forma natural, é a maior evidência de que não somos superiores.

Para a autora:

A incapacidade do reconhecimento da realidade da evolução da vida, em que o homem não aceita ser colocado no mesmo patamar dos Animais, condiciona-o a acreditar fielmente na ilusão da dita superioridade da raça humana. Então, coberto por fantasias e sem qualquer hesitação, o homem intitula-se como sendo o ser mais evoluído do planeta em razão de possuir consciência. Resta, todavia, compreender o significado de evolução, de inteligência e de consciência. (RODRIGUES, 2012, p. 44).

Veja-se que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que data de 1978, era para ser o início de uma mudança na maneira como tratamos os animais, todavia a teoria antropocentrista, de que o homem é o centro do universo, e sua ideia de superioridade, fez esse raciocínio tomar outro rumo.

No entanto, ainda que lentos, avanços consideráveis têm ocorrido para o direito dos animais e eles devem ser reconhecidos.

Assim, é simplesmente injustificável explorar os animais com base nessa premissa de superioridade. Como superior, o ser humano deve, antes de tudo, ter empatia e basear-se no princípio da igualdade, de que todos os seres merecem igual tratamento, e no direito à igual consideração, o qual baseia-se na capacidade de sofrer e sentir dor, que é inerente tanto aos humanos quanto aos animais.

Nada obstante, é incontestado que esses seres merecem o reconhecimento de seu direito a uma vida digna e livre de maus-tratos, como seres sencientes que são.

#### **4 O ENFRENTAMENTO DA VAQUEJADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em 13 de agosto de 2015, o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, Ministro Marco Aurélio, inaugurou a sessão apresentando o caso e ressaltando que além dos bovinos, os cavalos utilizados na atividade também sofrem maus-tratos, consoante estudos constantes nos autos (BRASIL, 2015).

Em seguida, o presidente da sessão, Ministro Ricardo Levandowski, deu a palavra ao requerente, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, o qual lembrou os casos da farra do boi e rinha de galos e ressaltou terem se tratado referidos casos de uma evolução do processo civilizatório, pugnando pela aplicação do mesmo entendimento no caso da vaquejada (BRASIL, 2016).

Após, falaram os advogados dos requeridos, no sentido de que a lei que regulamenta a vaquejada data de 1950 e que visa somente a proteção dos vaqueiros e dos animais envolvidos (BRASIL, 2016).

Devolvida a palavra ao relator, este emitiu parecer requerendo a declaração da inconstitucionalidade da lei pelo Tribunal, porque incompatível

com o diploma maior. Não obstante, rejeitou as preliminares arguidas pelo requerido e pugnou pela declaração da inconstitucionalidade da lei, por ser uma manifestação cultural que não merece o agasalho da Carta da República (BRASIL, 2016).

Ressaltou que o autor trouxe laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrente da tração forçada no rabo seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais (BRASIL, 2016).

Nada obstante, asseverou que também há estudos no sentido de que igualmente sofrem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade. São acometidos de doenças como tendinite, exostose, miopatia por esforço, fraturas e osteoartrite (BRASIL, 2016).

Por fim, julgou procedente o pedido inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299 (BRASIL, 2003), entendendo que a atividade de perseguir animal em movimento em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, atos sem os quais não mereceria o título de vaquejada, configura maus-tratos. Assim, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural (BRASIL, 2016).

Dada a palavra ao ministro Luiz Edson Fachin, este entendeu que a Carta Magna não pretende a exclusão das manifestações culturais e disse não ter vislumbrado maus-tratos como nas práticas das rinhas de galo e da festa da farra do boi, razões pela qual votou pela improcedência da inicial (BRASIL, 2016).

Em seguida, o ministro Gilmar Mendes pediu vênia e também votou pela manutenção da lei questionada (BRASIL, 2016).

Logo após, o ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos, sendo a sessão retomada somente em 2 de junho de 2016, na qual asseverou que há relatos de que antes da prática, os bois são confinados, atormentados e açoitados, bem como do uso de luvas com pequenos pregos para segurar a

cauda e uso de choques elétricos, dentre outras práticas abomináveis. Disse ser “de se estranhar que animais pacatos como são os bois, saiam sempre em disparada após serem soltos”. Oportuno ressaltar parte do voto do ministro (BRASIL, 2016):

No caso da vaquejada, a gravidade da ação contra o animal está tanto na tração e torção bruscas da cauda do boi, como também na queda dele. A força aplicada à cauda em sentido contrário à fuga, somada ao peso do animal, evidencia a gravidade da ação praticada contra o boi. Uma vez que a sua cauda não é mero adereço, mas sim a continuação de sua coluna vertebral, possuindo terminações nervosas, não é difícil concluir que o animal sinta dores. Também devido a seu elevado peso e à grande velocidade com que é tombado, é muito provável que os bois envolvidos sofram lesões ao serem levados ao chão. Além disso, não se trata de qualquer queda. Para que os vaqueiros pontuem, ou, para utilizar o jargão, para “valer o boi”, devem tombar o animal de modo que ele exponha suas quatro patas. Evidentemente, para que isso seja possível, além de ser necessário imprimir maior força na tração e na torção de sua cauda, o animal deve cair lateralmente ou completamente voltado para o chão da pista de competição, o que, muito provavelmente, lhe causa traumas internos.

Assim, votou pelo deferimento do pedido inicial, com a consequente declaração da inconstitucionalidade da lei cearense (BRASIL, 2016).

Os ministros Rosa Maria Pires Weber e José Celso de Mello Filho também votaram pela procedência do pedido inicial. Doutro norte, Teori Albino Zavascki, e Luiz Fux entenderam que a lei deve ser mantida (BRASIL, 2016).

Retomada a sessão em 6 de outubro de 2016, votou o ministro José Antonio Dias de Toffoli, no sentido de entender não haver crueldade aos animais durante a vaquejada, principalmente porque a lei que a regulamenta prevê cuidados e preocupa-se com a saúde dos animais envolvidos, votando, assim, pela manutenção da lei atacada (BRASIL, 2016).

Por último, os ministros Enrique Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia Antunes Rocha acompanharam o relator, no sentido de julgar procedente o pedido. Assim, a ação foi julgada procedente nos termos do voto do relator, vencidos os ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli (BRASIL, 2016).

Atualmente, em que pese ter sido declarada inconstitucional a lei que regulamentava a vaquejada, esta continua ocorrendo, pois em 19 de outubro de 2016 passou a tramitar no Senado Federal uma proposta de Emenda à Constituição, autuada sob o nº 50 (BRASIL, 2016), para inclusão de novo inciso ao artigo 225 da Carta Magna, autorizando que as manifestações culturais fossem regulamentadas em lei específica que assegurasse o bem-estar animal.

Referida emenda foi aprovada pelo Senado Federal e, após, remetida à Câmara dos Deputados, onde foi instaurada com o nº 304 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017) e igualmente aprovada pela casa, razão pela qual em 6 de junho de 2017, promulgou-se a emenda à constituição de nº 96 (BRASIL, 2017).

Não obstante, hoje essa emenda aprovada é objeto de duas outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade, autuadas sob os números 5.728 e 5.772, que aguardam julgamento junto ao Pleno do Supremo Tribunal Federal.

## **5 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO MEIO PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE NORMAS**

Sabe-se que nenhum direito é absoluto, razão pela qual a medida em que a sociedade evolui e muda, deve o direito se amoldar a ela. Diante dessa constante mudança, é comum ocorrer colisão de normas e princípios incompatíveis entre si.

Consoante já mencionado, a vaquejada tem sido defendida como manifestação cultural brasileira, assegurada pelo artigo 215 da Constituição Federal. Por outro lado, a Carta Magna também ratifica em seu artigo 225,

que “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”, atribuindo ao Poder Público, no inciso VII de referido artigo, a proteção da fauna e da flora, bem como a vedação de quaisquer práticas que submetam os animais a crueldade (BRASIL, [2016a]).

Antes de adentrar na questão da ponderação, imperioso destacar a diferença entre normas-regras e normas-princípios. Para Barroso (2009, p. 353), a regra nada mais é do que a conduta descrita na lei. Ocorrendo tal conduta, opera o mecanismo da subsunção, que significa enquadrar o fato na previsão abstrata e chegar a uma conclusão.

As regras, portanto, expressam uma hipótese que, se verificada, gerará consequências precisas. Havendo conflito entre regras, de acordo com Alexy (2006, p. 92), somente poderá ser solucionado através de uma exceção que elimine o conflito ou se uma delas for declarada inválida.

A declaração de invalidade da regra se dá de acordo com os critérios da especialidade – a especial prevalece sobre a geral –; cronológico, através do qual predomina a norma mais recente e; hierárquica, pelo qual prepondera a norma superior em detrimento da inferior.

As normas-princípios, por outro lado, são vagas e dotadas de conteúdo axiológico, aplicando-se a indeterminadas situações, ficando a critério de cada julgador verificar, por meio de um estudo racional e de uma decisão motivada, a incidência de cada um sobre o caso concreto.

Ocorre que em alguns casos essas normas-princípios vão colidir e possuir interpretações diversas para uma mesma situação, razão pela qual, de acordo com Barroso (2009, p. 359), “[...] a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.”

Conforme Alexy (2011, p. 95), quando dois princípios colidem, um deles deve ceder, de modo que um prevalece sobre o outro sob determinadas condições. E diferentemente do que ocorre com as regras, eles podem coexistir.

Nesses casos, faz-se necessário usar da ponderação, a qual consoante Barcellos (2007, p. 23), “[...] também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*, [...] é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”

Segundo Barroso (2009, p. 360-361), a técnica da ponderação é dividida em três etapas. Na primeira, deve-se identificar as normas relevantes para a solução do problema e eventuais conflitos entre elas. Após isso, as normas que indicam uma mesma solução devem ser compiladas a fim de formar um conjunto de argumentos.

Na segunda, examinam-se os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua relação com os elementos normativos. Conforme assevera o autor, isso é importante porque embora os princípios sejam autossuficientes, é somente quando se encontram com as situações concretas que seu conteúdo se preenche de real sentido.

A terceira etapa é a de decisão e ela se dá, ainda consoante Barroso (2009, p. 360-361), da seguinte maneira:

[...] os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.



De acordo com Canotilho (2003, p. 1.240): “ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor [...]”

No julgamento da Adin nº 4.983, houve a necessidade de ponderação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal e o direito à cultura, normatizado no art. 215 do mesmo diploma legal (BRASIL, [2016a]).

Impende salientar que a proteção que é dada aos animais pela parte final do artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta Magna, compreende não só os animais silvestres, mas também os domésticos ou domesticados, pois de acordo com o ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no julgamento da ADI 4.983, “o texto constitucional, em cláusula genérica, vedou qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.” (BRASIL, 2015).

Em seu voto, o relator Ministro Marco Aurélio asseverou que há conflitos de normas constitucionais sobre direitos fundamentais. Sustentou que o direito ao meio ambiente equilibrado se trata de direito fundamental de terceira geração, do qual somos todos titulares. Em contrapartida, ressaltou que também há um dever de proteção geral para as presentes e futuras gerações.

Relatou que o Tribunal já julgou casos semelhantes como o da farra do boi, por meio do Recurso Extraordinário nº 153.531/SC e das brigas de galo, através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.514/SC e nº 1.856/RJ. Em todos os casos, o ministro assentou que o Supremo decidiu a favor dos animais, sob a alegação de que as práticas denominadas “culturais” se mostraram em desacorde com o que preleciona o inciso VII, § 1º, artigo 225, da Constituição da República.

O Ministro entendeu, portanto, que não se deve falar em permissão à prática da vaquejada, sob as alegações de que é realizada sem ameaça à saúde dos animais envolvidos, tendo em vista que a crueldade com estes é inerente à prática.

Oportuno trazer as exatas palavras do relator:

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988 [...] (BRASIL, 2016, p. 5).

Vislumbra-se, dessa maneira, que não somente no caso da vaquejada, mas também em outros similares, o Supremo Tribunal Federal realizou uma ponderação de princípios e, em todos eles, entendeu que as práticas cruéis são contrárias ao disposto na Constituição (BRASIL, [2016a]). Desse modo, deve prevalecer nesses casos a pretensão de proteção ao meio ambiente.

## 6 PERSPECTIVAS DO DIREITO DOS SERES VIVOS

Para o direito civil, somente os humanos possuem aptidão para adquirir direitos e assumir responsabilidades. Os animais, por outro lado, não possuem personalidade, razão pela qual são considerados coisas. Mais especificamente o artigo 82 do Código Civil (BRASIL, 2002) os conceitua como bens móveis, “susceptíveis de movimento próprio”.

Para os civilistas, os animais devem ser protegidos, no entanto essa proteção deve existir não em razão do animal, mas do próprio homem. Protegendo o animal, o homem não se torna cruel (LACERDA, 2012, p. 5).

Todavia, em que pese essa visão do direito civil, os Tribunais têm cada vez mais decidido a favor dos animais. Quando o Supremo Tribunal Federal decide, em um conflito de princípios (onde ambos asseguram direitos fundamentais), que o bem-estar dos animais se sobressai ao direito à cultura, por causa dos maus-tratos intrínsecos às práticas denominadas culturais, é evidente que esse Tribunal não considera os animais como coisas, conforme preleciona o direito civil.

Igualmente, os Tribunais de Justiça têm proferido decisões positivas ao direito dos animais, como é o caso do Agravo de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000, julgado pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual o Desembargador Dr. José Rubens Queiroz Gomes entendeu que, por analogia, pode-se discutir a posse compartilhada e visitação de animal doméstico.

De forma análoga decidiu a 22ª Câmara de Direito Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208, na qual o Desembargador Dr. Marcelo Lima Buhatem manteve a guarda do cão Dully em favor de sua guardiã e mãe afetiva, bem como fixou direito de visitas em favor do genitor afetivo.

No julgamento, o relator asseverou que sendo os animais de estimação cada vez mais considerados como membros da família, não parece adequado tratá-los como um bem que ao final da partilha ficaria com somente um dos cônjuges.

Atualmente, conforme já exposto no item 3 deste artigo, os animais têm proteção através da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981), que proíbe a caça de animais em todo o território nacional; da Lei de Contravenções Penais (BRASIL, 1953), que impõe prisão simples ou multa para a contravenção de “tratar o animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo.”

Não obstante, por meio da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), o Ministério Público pode atuar em favor dos animais e por meio da Lei nº 9.605 (BRASIL, 1998), os maus-tratos praticados a animais tornaram-se crime.

Além dessas leis em vigor, há várias proposições que disciplinam a matéria do direito dos seres vivos, como por exemplo o Projeto de Lei nº 6.799/2015, o qual “acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências.”

Igualmente, o Projeto de Lei nº 6.602/2013, que visa vedar a utilização de animais em atividades de ensino, pesquisas e testes de laboratório para a criação de produtos de uso cosmético, alterando a redação dos artigos 14, 17 e 18 da Lei nº 11.794 (BRASIL, 1974) e aumentando a multa prevista nesses artigos em caso de descumprimento.

Outrossim, há o Projeto de Lei nº 9.911/2018, que visa proibir que animais vivos sejam entregues como premiação, brinde ou sorteio em eventos públicos e privados.

Vislumbra-se que a maneira como o Código Civil trata os animais tornou-se obsoleta diante dessas decisões e demais leis extremamente benéficas aos seres vivos. Assim é necessária uma reformulação no *status* jurídico dos mesmos.

Acerca da tutela dos animais, há duas teorias que visam a modificação de seu *status* jurídico. Uma delas é a personificação, através da qual os animais seriam iguados aos incapazes, por serem seres que, sozinhos, não conseguem exprimir sua vontade. Baseando-se nessa teoria, haveria igualdade entre humanos e animais, todavia com apoio nessa hipótese, estaríamos diante de uma humanização dos seres vivos, e não necessariamente sua proteção (VIEGAS; INÁCIO, 2016, p. 9).

A outra teoria é denominada de descoisificação ou teoria dos entes despersonalizados. Ela sustenta que há uma diferença entre pessoa e sujeito de direito, pois nem todos os sujeitos de direito são necessariamente considerados pessoas, ou seja, dotados de personalidade (VIEGAS; INÁCIO, 2016, p. 9).

De acordo com Viegas e Inácio (2016, p. 9), sujeitos de direito são aqueles detentores de direitos e deveres e dividem-se em personificados, que são as pessoas naturais, e despersonalizados, que podem ser humanos ou não humanos. Um exemplo de ente despersonalizado são os nascituros e nessa classificação entendem os autores que se encaixam os animais, pois o que se

pretende não é dar a eles personalidade, igualando-os aos seres humanos, mas sim deixar de considerá-los como coisa.

Não está se falando aqui em atribuir aos animais uma capacidade jurídica que eles não possuem. O que se propõe é que a sensibilidade e a capacidade de sofrer e sentir dor desses seres seja reconhecida, de modo que não mais se atribua a eles a classificação de bens.

## 7 CONCLUSÃO

Ao longo dessa pesquisa, foi possível explanar como e por quais razões surgiu a prática da vaquejada. Verificou-se que à época de seu advento, ela sobreveio como imprescindível, pois o gado crescia solto e quando fugia por muito tempo, tornava-se agressivo, razão pela qual ela era o único meio de recuperar o animal. Nos dias atuais isso não é mais necessário, pois o gado cresce em espaços delimitados e em caso de fuga, esta é notada quase que instantaneamente, havendo outros meios para o resgate.

Não obstante, vislumbrou-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu que os maus-tratos numa prática como a vaquejada são intrínsecos a ela, não tendo que se falar em lei que defina o bem-estar dos animais durante a realização do evento, pois a crueldade é inerente à prática. Assim, é cristalina a inconstitucionalidade de lei cearense objeto da ADI nº 4.983, posto que na colisão entre o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado garantido pelo artigo 225 da Carta Magna – que abrange, em seu inciso III, a vedação de práticas que submetam os animais à crueldade –, e o direito à cultura normatizado no artigo 215 do mesmo diploma legal, prepondera o primeiro.

Não se desconhece a importância das práticas denominadas culturais, mas conclui-se que a sociedade deve evoluir à medida em que os costumes vão mudando. A cultura pode ser alcançada por outros meios; já as dores física e psicológica infligidas a estes animais permanecerão sempre

com eles, isto quando não lhes é causada uma morte com o único fito de entretenimento.

Dando sequência, verificou-se que hoje, infelizmente, a vaquejada continua acontecendo, pois logo após a declaração da inconstitucionalidade da lei que regulamentava a prática e o deferimento do pedido inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, propôs-se uma Emenda à Constituição, a qual foi aprovada acrescentando o parágrafo sétimo ao artigo 225 da Constituição Federal para permitir que práticas como a vaquejada, desde que assegurem o bem-estar dos animais envolvidos em lei específica, não são inconstitucionais.

Felizmente, há duas novas ADI's autuadas sob os números 5.728 e 5.772, que visam à declaração de inconstitucionalidade da Emenda (nº 96/2017) e estão em trâmite perante o Supremo.

Por último, verificou-se que para alguns civilistas, os animais ainda são considerados coisas. Não obstante, perquiriu-se acerca de leis, projetos de leis e decisões favoráveis ao direito dos animais, as quais prelecionam exatamente o contrário do que elenca o Código Civil.

Diante disso, vislumbrou-se a necessidade de reformulação do *status* jurídico dos animais e para isso propor-se a teoria da descoisificação, através do qual os animais deixam de ser considerados meros objetos e, ainda que não dotados de personalidade, são reconhecidos como sujeitos de direitos, seres capazes de sofrer e sentir dor.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEADA. *Regulamento Geral de Vaquejada*. [S. l.: s. n.], 29 dez. 2016. Disponível em: <http://abvaq.com.br/app/webroot/documentos/regulamentogeraldevaquejada20172018.pdf>. Acesso em: 8 set. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAHIA, Carolina Medeiros. O Caso da Farra do Boi no Estado de Santa Catarina: Colisão de Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos: Uma Discussão Necessária*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BEZERRA, José Euzébio Fernandes. *Retalhos do Meu Sertão*. Rio de Janeiro: Leão do Mar, 1978.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a].

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm). Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Emenda à Constituição n. 96, de 6 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jun. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm). Acesso em: 3 out. 2018.

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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm). Acesso em: 1 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm). Acesso em: 24 ago. 2018.

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, 13 fev. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em: 25 set. 2018.

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/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008. Regulamenta o inciso VII do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei no 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 out. 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm). Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 50*, de 19 de outubro de 2016. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, para permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal. 2016b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728*. Relator: José Antonio Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2016c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.772*. Relator: Luís Roberto Barroso. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>. Acesso em: 3 out. 2018.



CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 6.602/2013*. Altera a redação dos arts. 14, 17 e 18 da Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008, para dispor sobre a vedação da utilização de animais em atividades de ensino, pesquisas e testes laboratoriais com substâncias para o desenvolvimento de produtos de uso cosmético em humanos e aumentar os valores de multa nos casos de violação de seus dispositivos. 2013a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597587>. Acesso em: 27 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 6.799/2013*. Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. 2013b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso em: 28 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 9.911/2018*. Proíbe a distribuição, a título de brinde, promoção ou sorteio, de animais não-humanos vivos em eventos públicos ou privados. Autor: Ricardo Izar. São Paulo, 28 mar. 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170535>. Acesso em: 27 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta de Emenda à Constituição nº 304*, de 15 de fevereiro de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>. Acesso em: 3 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CEARÁ. *Lei n. 15.299*, de 8 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Fortaleza, 8 jan. 2013. Disponível em: <https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>. Acesso em: 5 ago. 2018.

CHUAHY, Rafaella. *Manifesto pelos Direitos dos Animais*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Euclides da. *Os Sertões*: Campanha de Canudos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1963.

FARIA, Eloísa Maria de. Estudo da Vaquejada Inserida no Contexto do Sertanejo Rural: O Vaqueiro. 1993. 45 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura e Bacharelado em História) – Centro de Ciências Humanas Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 1993.

FELIPE, Sonia Teresinha. Liberdade e Autonomia Prática. Fundamentação Ética da Proteção Constitucional dos Animais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos: Uma Discussão Necessária*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas sobre a Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana e sobre a Dignidade da Vida em Geral. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos: Uma Discussão Necessária*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

GORDILHO, Heron José Santana; FIGUEIREDO, Franscisco José Garcia. A Vaquejada à Luz da Constituição Federal. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, CONPEDI, v. 2, n. 2, p. 78-96, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/1363>. Acesso em: 5 mar. 2018.

HENKIN, Louis. *The Rights of Man Today*. New York: Columbia University Press, 1988.

KROHLING, Aloísio. *Direitos Humanos Fundamentais: Diálogo Intercultural e Democracia*. São Paulo: Paulus, 2009.

LACERDA, Bruno Amaro. Pessoa, dignidade e justiça: a questão do direito dos animais. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora: UFJF, v. 2, n. 15, p. 38-55, dez. 2012. Disponível em: <https://eticaefilosofia.ufjf.emnuvens.com.br/eticaefilosofia/article/view/126/150>. Acesso em: 10 abr. 2018.

LACERDA, Eugênio. *Farra do Boi*. Florianópolis: Ioesc, 1990.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direitos Constitucional*. 2. ed. Porto: Coimbra Editora, 1993.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. *A Proteção Jurídica aos Animais no Brasil: Uma breve história*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208*. Relator: Marcelo Lima Buhatem, 27 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2014.001.96177>. Acesso em: 25 set. 2018.

RODRIGUES, Daniele Tetü. *O Direito e os Animais: Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SANCHES, Ana Conceição Barbuda; FERREIRA, Guimarães. *A Proteção aos Animais e o Direito: O Status Jurídico dos Animais como Sujeitos de Direito*. Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VARA DE FAMÍLIA tem competência para decidir guarda compartilhada de animais. *Migalhas*, 14 maio 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI280031,101048-Vara+de+Familia+tem+competencia+para+decidir+guarda+compartilhada+de>. Acesso em: 24 set. 2018.



# ABORTO EUGÊNICO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA, UMA ANALOGIA À JURISPRUDÊNCIA DO STF

Giordana Bittencourt Brezolin<sup>1</sup>  
Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo busca conformar os precedentes abertos pela jurisprudência do STF para o aborto eugênico a partir do estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, que autorizou o aborto de feto anencéfalo, e através do princípio da autonomia da vontade, tendo em vista que muitas mulheres buscam a tutela jurisdicional para realizar o aborto quando descobrem que o feto possui graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas e mentais que limitem a vida da criança ou até mesmo que impossibilitem a vida extra-uterina.

**Palavras-chave:** Aborto. Anencefalia. Aborto eugênico. ADPF 54. Princípio da autonomia.

## 1 INTRODUÇÃO

A ADPF 54, votada em 12 de abril de 2012, garantiu, no Brasil, a descriminalização da interrupção terapêutica da gestação de feto diagnosticado com anencefalia, o grande problema é que a anencefalia não é a única doença que impossibilita a vida extrauterina. Há também doenças que impedem a criança de ter uma vida normal e independente após o nascimento, de modo que precisará de cuidados especiais por toda a vida, especialmente da mãe.

O aborto eugênico é um assunto polêmico e pouco abordado atualmente, justamente por sua complexidade. A ADPF 54 é o único julgado pelo STF neste sentido, além dela, temos somente algumas decisões dos

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; giordana.bb@unoesc.edu.br

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

Tribunais de Justiça de todo o país a respeito de casos isolados, como por exemplo, a decisão acerca do aborto de feto com displasia tanatofórica julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais antes mesmo da ADPF 54 e algumas outras dos Tribunais de Justiça da 4<sup>o</sup> Região que serão analisadas neste trabalho.

Importante destacar que a criminalização do aborto não o torna inexistente, pois cada vez mais as mulheres estão buscando a tutela jurisdicional para realizar o aborto de feto com alguma anomalia genética. As que conseguem essa autorização na justiça, o fazem de forma segura, as que não conseguem, muitas vezes acabam recorrendo a clínicas clandestinas, o que nos faz enfrentar um problema ainda maior: o risco que essas mulheres correm em realizar o aborto nesses locais, sem a mínima condição para suportar um procedimento como este, muitas vezes feito por pessoa não habilitada.

A autonomia sobre a própria vida, sobre o próprio corpo, deve ser respeitada. A autorização para a interrupção da gestação em tais casos seria importantíssima para essas mulheres, pois conformaria a autonomia que têm sobre o próprio corpo e não precisariam enfrentar a justiça no mesmo momento que já estão passando por uma situação extremamente delicada.

A admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi um grande avanço e também abriu muitas possibilidades em nossa legislação, umas delas, é a descriminalização do aborto eugênico.

Nesse sentido, este artigo tem por objetivo uma análise da ADPF 54 e das decisões de alguns Tribunais de Justiça que já usaram o referido julgado do Supremo Tribunal Federal como analogia para autorizar o aborto em caso de outras doenças que impossibilitem ou limitem a vida da criança quando fora do ventre materno.

## 2 VISÃO GERAL DO ABORTO

A crescente busca por meios de provocar o aborto torna extremamente necessária a discussão acerca do tema, normalmente motivada por uma gravidez indesejada ou inoportuna, e também por doenças ou malformações detectadas no feto através de exames pré-natais.

### 2.1 CONCEITO

Conceituar a palavra aborto, em seu sentido literal, é de suma importância para o desenvolvimento do presente artigo, sendo assim, para Teodoro (2008, p. 105) “a etimologia da palavra aborto é latina, *abortus*, sendo que o prefixo *ab* significa impedir, privar, e *ortus* ou *orior*, nascer, nascimento”, ou, em outras palavras, aborto significa a privação de nascimento.

Damásio de Jesus (2000, p. 115), conceitua aborto de uma forma facilmente compreensível e direta: “aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção).”

Nas palavras de Nucci (2014, p. 618) aborto “é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião.” Aborto nada mais é do que a interrupção do desenvolvimento do feto antes que a gestação chegue a seu termo natural.

### 2.2 ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A vida passa a ter relevância para o direito penal a partir da nidação, ou seja, quando o óvulo fecundado é implantado no útero materno tendo condições de se desenvolver, isso ocorre entre o 5º e o 15º dia de gestação (RIOS, 2015). O início do parto faz com que a possibilidade de aborto termine, logo, o aborto é a expulsão do feto, com o intuito morte, a qualquer tempo no período entre a nidação e o início do parto.

Existem duas espécies de aborto: o espontâneo e o induzido. No primeiro a gravidez é interrompida involuntariamente antes da vigésima segunda semana de gestação, acontece quando o próprio organismo materno expulsa o feto, após esse período, se o feto nascer vivo, fala-se em parto prematuro (ABORTO..., 2013). Sendo assim, é a morte do embrião ou feto antes que ele tenha condições de sobreviver à vida extrauterina, esse tipo de aborto acontece de forma natural, como o próprio nome sugere, podendo ter como causa inúmeros fatores, tais como histórico de doenças e idade avançada da mãe, uso de drogas e álcool durante a gestação, enfim, diversos fatores que influenciam diretamente na saúde e desenvolvimento do feto.

O aborto induzido, também chamado de provocado, voluntário ou procurado é a interrupção voluntária da gestação, a qualquer tempo, com a finalidade de interromper a gravidez de modo fatal para o feto ou embrião, nas palavras de Pessini (2012, p. 343) “fatal é o elemento que distingue o aborto da aceleração do parto, na qual a interrupção do processo normal de gravidez permite ainda a vida do nascituro”, sendo assim, qualquer forma de interromper a gestação de forma voluntária é considerada aborto, independente do período gestacional e das condições de sobrevivência do feto.

Esta espécie de aborto é considerada crime pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme dispõe os artigos 124 a 126 do Código Penal, previstos no Título I, que trata sobre os crimes contra a pessoa. No artigo 124 está tipificado o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento: “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.”

Neste dispositivo legal, o aborto é feito de forma dolosa, em que a gestante utiliza de métodos abortivos por conta própria (autoaborto), interrompendo voluntariamente a gestação. A outra hipótese prevista neste artigo acontece quando a mulher consente para que terceiro lho provoque o aborto, por exemplo, autorizar o médico a realizar o procedimento, ou



qualquer outra pessoa que tenha condições de fazê-lo. Neste cenário temos a gestante como sujeito ativo e o feto/embrião o sujeito passivo.

O artigo 125 dispõe sobre o aborto provocado por terceiro quando não há o consentimento da gestante. “Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.”

Neste caso qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo da ação, não precisando ter qualquer qualidade especial, como ser médico, por exemplo, basta que pratique a conduta descrita no tipo exposto. No entendimento de Rogério Greco (2016, p. 362) o sujeito passivo principal é o feto/embrião e de forma secundária tem como sujeito passivo a gestante. Temos aqui a forma mais grave do crime de aborto, pois a mulher também é vítima da ação do agente. O bem juridicamente protegido nos dispositivos citados é a vida humana em desenvolvimento.

O artigo 126, assim como o citado anteriormente, pune o aborto provocado por terceiro, porém neste caso há o consentimento da gestante para a prática de tal ato.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

No caso do *caput*, a gestante deve ter capacidade para consentir, caso contrário, incide o disposto no parágrafo único. Mesmo que a gestante seja plenamente capaz o seu consentimento não exclui o delito. Aqui se encaixam os casos de médicos que realizam abortos em clínicas clandestinas, ou até mesmo em seus consultórios, nos casos em que a legislação não autoriza a prática de tal ato. O parágrafo único dispõe que será aplicada pena mais grave, ou seja, a do artigo anterior, se a gestante for menor de quatorze anos,

pois seu consentimento não é considerado para fins penais, se possui algum problema mental ou se o consentimento não é obtido de boa fé.

O artigo 127 fala das formas qualificadas do aborto: “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.” O disposto neste artigo alcança somente as condutas previstas nos artigos 125 e 126, não alcançando o artigo 124 uma vez que o Código Penal não pune a autolesão. Conforme ensina Rogério Greco (2012, p. 363) “para incidência do disposto neste artigo, os resultados podem ser produzidos somente na forma culposa, o dolo deve residir na intenção de praticar o aborto e não na lesão corporal ou na morte da gestante.”

A prática do aborto voluntário envolve questões pessoais, éticas, filosóficas, sociológicas e legais, que apesar de serem discutidas por anos, ainda não se esgotaram, o aborto é real e faz parte do cotidiano do nosso país, apesar de sua prática ser considerada crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além de punir o aborto com penas privativas de liberdade, a legislação penal também pune, com pena de multa, o “anúncio de processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto”, tal norma está prevista no artigo 20 da Lei 3.688/41 – Lei de Contravenções Penais.

Contudo, em algumas situações o aborto voluntário/induzido não é considerado como uma conduta criminosa por possuir autorização expressa da lei penal para a sua prática. São as causas de excludentes de ilicitude, descritas nos incisos I e II, artigo 128 do Código Penal.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:  
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;  
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A hipótese prevista no inciso I, conhecida como aborto necessário, é realizado quando eventuais complicações da gestão colocam em risco a vida da mãe e a manutenção da gestação torna-se inviável, pois resultaria em sua morte. Esse tipo penal serve, principalmente, para dar segurança jurídica ao médico, pois neste caso o aborto não depende de autorização judicial da gestante ou de seu representante legal, ficando a critério somente do médico – mediante laudo conclusivo – a decisão sobre a necessidade ou não do aborto. O inciso II trata-se de uma norma de natureza permissiva e dispõe acerca do aborto humanitário, também chamado de sentimental, piedoso ou ético. Essa autorização legal visa proteger a dignidade da mulher, mas neste caso, o aborto só pode ser realizado com o consentimento da gestante ou de seu representante legal quando a mesma não for capaz para decidir.

Além das hipóteses mencionadas pelo Código Penal, em 12 de abril de 2012 foi votada, pelo Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), que garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gestação de feto diagnosticado com anencefalia. A questão acerca do aborto e anencefalia se iniciou em 2004, com a propositura da ação pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, foi votada pelo STF oito anos depois e através da votação, que teve oito votos a favor e dois contra, o entendimento de que o aborto em caso de feto anencéfalo também não configura crime passou a ser pacífica, pois o feto sem cérebro, apesar de ser biologicamente vivo, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica.

Anencefalia, nas palavras de Lima (2007, p. 75) “é a má formação do encéfalo, que é parte do sistema nervoso central, por ser muito complexo, sua má formação não é incomum na espécie humana, o que gerando inúmeras doenças, uma delas é a anencefalia.”

Com a votação da ADPF 54, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a resolução 1.989/2012, que dispõe em seu artigo 1º: “Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante,

independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.” No artigo 3º, em seu parágrafo 2º, a resolução mostra as opções que a gestante tem quando sabe que o feto é anencéfalo: “Ante o diagnóstico de anencefalia, a gestante tem o direito de: I – manter a gravidez; II – interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento.”

## 2.3 ABORTO NO MUNDO

No mundo o aborto é visto de diferentes maneiras, alguns países são mais desenvolvidos que outros e já possuem o entendimento de que a decisão de levar adiante ou não uma gestação depende da mulher, pois essa tem total autonomia sob seu corpo e pode exercê-la plenamente, de acordo com suas convicções.

No primeiro semestre de 2018, a Irlanda descriminalizou a prática e assim somente Malta e Polônia ainda proíbem o aborto no continente Europeu. Na América do Norte somente o México ainda proíbe a prática do aborto, no Canadá, por exemplo, o aborto pode ser realizado em qualquer período da gestação (BRAUN, 2018).

Na Noruega, país com maior Índice de Desenvolvimento Humano do mundo, segundo o Programa das Nações Unidas, o aborto é permitido até a 12ª semana de gestação e também é permitido após esse período nos casos em que a vida da mãe corre perigo e em casos de estupro (BRAUN, 2018).

Em se tratando da América do Sul, somente no Uruguai, Guiana e Guiana Francesa o aborto é descriminalizado, sendo que na Guiana pode ser realizado até a 8ª semana de gestação. Paraguai, Chile e Venezuela permitem a prática somente em caso de risco à vida da mulher. El Salvador, Nicarágua e Honduras espantosamente, proíbem a prática em qualquer caso (BRAUN, 2018).

Em março de 2017 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental (ADPF) 442, pedindo a descriminalização do aborto até 12ª semana de gestação e a concessão de liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e o andamento de processo ou decisões baseadas dos artigos 124 e 126 do Código Penal. A tese da referida ADPF, como consta na Nota Introdutória “é que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º , incisos I e II; art. 3º , inciso IV; art. 5º , caput e incisos I, III; art. 6º , caput; art. 196; art. 226, § 7º)” (BRASIL. 2017).

### **3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA**

Um fato importante para o acolhimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi o de que muitas mulheres já haviam buscado na justiça a autorização para o aborto de feto anencéfalo, pois não há sentido em levar adianta uma gestação em que o feto não tem possibilidade de vida extrauterina, neste sentido dispõe Lima (2007, p. 76) “a malformação o incapacita para as funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, comunicação, de afetividade e de emotividade. Ele não apresenta qualquer grau de consciência e, por isso, jamais compartilhará da experiência humana.”

Por ser uma doença letal, a sobrevivência extrauterina acontece por um curto período de tempo e aproximadamente 75% dos fetos já nascem mortos, assim, a manutenção de crianças que nascem com anencefalia é praticamente impossível (LIMA, 2007, p. 132), percebe-se então, que o aborto também tem a função de evitar o sofrimento desnecessário de ver um feto se

desenvolver e nascer sabendo que o mesmo não tem qualquer expectativa de vida, cuidando a saúde emocional e psicológica da mulher.

A votação pelos ministros do STF ocorreu, resumidamente, da seguinte forma: o relator, Marco Aurélio proferiu seu voto a favor, dizendo que no caso de feto anencéfalo não existe vida possível a ser tutelada. Disse ser inadmissível que a vida de um feto que não tenha chances de sobreviver prevaleça sobre os direitos e garantias da mãe, previstos na Constituição Federal. Comparou a proibição do aborto em caso de anencefalia com uma espécie de “cárcere privado em seu próprio corpo.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Rosa Weber e Joaquim Barbosa acompanharam o relator e seus votos, a ministra disse que a questão não era o direito à vida do feto, pois este jamais terá atividade cerebral que a caracterize e sim o direito de escolha da mãe. Ainda destacou o princípio da autonomia da vontade, dizendo “todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

O voto de Luiz Fux foi favorável, equiparando a proibição da interrupção à tortura afirmando que impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura, destacando a importância da saúde mental e física da mulher. Disse que o aborto em caso de anencefalia é questão de saúde pública e que neste momento a mulher precisa de todo o apoio possível e não de punição (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Cámen Lúcia votou a favor argumentando que apesar de ser uma escolha trágica, olhando pela perspectiva da dignidade da vida a interrupção não é criminalizável, utilizou também como argumento o direito à saúde, ambos previstos na Constituição Federal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Ricardo Lewandowski divergiu dos ministros anteriores e votou contra, dizendo que não é lícito o maior órgão judicante do país legislar

criando normas. Disse que a decisão favorável ao aborto de anencéfalo abriria as portas para a possibilidade do aborto em casos de outras doenças, para ele, a situação deveria ser regulada por lei devidamente aprovada pelo parlamento (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

O ministro Ayres Britto votou a favor e também equiparou à tortura obrigar a mulher levar adiante uma gestação contra a sua vontade. Disse que entende ser lógica a opção da mulher pelo aborto, pois a gestação se destina à vida, o que jamais aconteceria em caso de feto anencéfalo, ressaltou que a autorização do aborto nesses casos não o tornaria obrigatório, sendo assim, a mulher poderia levar a gestação até o fim se assim desejasse (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Gilmar Mendes votou a favor afirmando que o aborto de feto anencéfalo está compreendido entre as excludentes de ilicitude já previstas no Código Penal, por ser tal gestação perigosa para a vida da gestante, ressaltou, porém, a necessidade de regulamentação do procedimento e do diagnóstico para que tudo ocorra de maneira segura. Destacou que a proibição ofende a integridade física e psicológica da mulher, bem como ofende o princípio da autonomia da vontade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Celso de Melo votou a favor dizendo que a interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não satisfaz os elementos que caracterizam o crime de aborto. Falou sobre os direitos da mulher ao destacar que a corte não estava impondo nada, apenas garantindo esses direitos, citou também os transtornos psiquiátricos que a mulher poderia vir a sofrer caso fosse obrigada a levar adiante uma gestação sabendo que o seu filho não viveria (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Por fim, Cezar Peluso juntou-se a Ricardo Lewandowski e divergiu dos demais ministros votando contra dizendo que o feto anencéfalo é incapaz de prescindir à agressão e de esboçar qualquer defesa, e que este tipo de aborto é uma discriminação como o racismo e sexismo, por exemplo. Disse que o feto anencéfalo é portador de vida e deve ter seus direitos tutelados. Também

discutiu a legitimidade do STF, pois não caberia a esta corte atuar como legislador e sim ao Congresso (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

A ADPF 54 foi considerada histórica por muitos, e sem dúvida foi importantíssima para o direito brasileiro, pois abordou questões como a autodeterminação, a liberdade sexual e reprodutiva da mulher e a dignidade humana. Vários princípios foram mencionados e usados como argumentos nos votos dos ministros, entre eles o da autonomia da vontade, que é de suma importância para todos os membros da sociedade e frequentemente desrespeitado por normas.

Em uma decisão recente (Habeas Corpus 124.306/2016) a Primeira Turma no Supremo Tribunal Federal considerou o aborto até o terceiro mês de gestação um fato atípico, o Ministro Luis Roberto Barroso foi taxativo ao defender a autonomia da mulher dizendo que

a criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana [...] A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. [...] Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. (BRASIL, 2016).

Além disso, o ministro expôs em seu voto que a proibição do aborto viola outros direitos da mulher, tais como o direito à integridade física e psíquica, a primeira porque é a mulher que sofre as mudanças da gestação e a segunda por saber que terá a obrigação de cuidar de seu filho por toda a vida. A violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher também foram citados em seu voto.



## 4 O ABORTO EUGÊNICO E A POSSIBILIDADE DE SUA ACEITAÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A palavra eugenia é de origem grega e significa “bom em sua origem”, se preocupa basicamente com a saúde e o com a formação de futuras gerações, ou seja, o uso de tecnologias para que uma criança nasça perfeitamente saudável pode ser considerada uma eugenia (MAI; ANGERAMI, 2004).

### 4.1 EUGENIA POSITIVA E NEGATIVA

A eugenia negativa se preocupa com a cura e prevenção de doenças e malformações de origem genética, trata-se de ações de caráter mais restritivo, diretamente sobre o patrimônio genético de um determinado indivíduo, esse tipo de eugenia tem sido aceita sem grandes questionamentos morais. A eugenia positiva buscaria a melhoria ou a criação de competências humanas como inteligência, memória, criatividade artística, traços do caráter e várias outras características psicofísicas, para potencializá-las, ou seja, a intenção seria criar ou melhorar características físicas e mentais do futuro ser e por isso é socialmente mais polêmica (MAI; ANGERAMI, 2004).

### 4.2 ABORTO EUGÊNICO

O aborto eugênico passou a ser mais discutido nos tribunais do país por conta o avanço tecnológico dos métodos de diagnóstico de doenças ainda em exames pré-natais. No passado, doenças eram diagnosticadas com base em meras suposições, simplesmente pelo fato da gestante ou seu companheiro serem portadores de alguma patologia. Agora, graças à evolução, doenças e deformidades podem ser diagnosticadas ainda nos primeiros meses da gestação (TEODORO, 2008, p. 192).

Nas palavras de Teodoro (2008, p. 189), “o termo eugenia, criado por Francis Galton, significa o estudo de fatores que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais e genéticas das futuras gerações, seja física ou mentalmente.”

O aborto eugênico, ou aborto seletivo, nada mais é do que a expulsão do feto, motivada por suas enfermidades ou deformidades físicas ou mentais, prevalecendo sempre o princípio da autonomia em relação aos pais, que podem realizar o aborto, fazer a tentativa de cirurgia intrauterina ou prosseguir a gravidez até seu termo natural (TEODORO, 2008, p. 37).

O termo aborto eugênico tem uma especial rejeição, pois é uma expressão vinculada ao uso que dele foi feito na Alemanha, durante o período da Segunda Guerra Mundial, tornando-se assim, a eugenia um tabu. Com o passar dos anos, e com um significado menos abrangente, voltou a se falar sobre o assunto, fala-se sobre a eugenia restritiva, ou seja, aquela que trata de impedir o nascimento de seres com graves doenças e anomalias genéticas. Não se trata da construção de uma raça perfeita, mas sim de evitar o nascimento de seres infelizes (FRANCO, 2001, p. 2235).

O aborto eugênico é o que ocorre mediante a confirmação de que o filho nascerá com alguma deformidade ou anomalia genética que impossibilite ou limite a vida extrauterina.

Partindo da análise da jurisprudência supra mencionada e aliando-a ao princípio da autonomia da vontade busca-se analisar os precedentes que a autorização do aborto em caso de feto anencéfalo abriu em nosso ordenamento jurídico para a possível descriminalização do aborto eugênico, visto que a anencefalia não é a única doença que impossibilita a vida extrauterina ou que diminui a expectativa de sobrevivência do feto, existindo outras patologias que impossibilitam a pessoa de ter uma vida normal e produtiva.

O aborto eugênico engloba o aborto de feto anencéfalo fundamentada na impossibilidade de vida extrauterina. No entanto, a atual legislação brasileira não acolhe como causa de excludente de ilicitude o

aborto eugênico de forma ampla, mesmo sabendo que existem outras doenças que impossibilitam a vida extrauterina e também outras tantas doenças que impossibilitam que a pessoa tenha uma vida normal após o nascimento, como por exemplo, a atrofia muscular espinhal em que, no atual estágio da medicina, requer a dependência de aparelhos para o resto da vida.

No mundo, o aborto eugênico é tratado principalmente em países do continente Europeu, como França, Portugal e Itália que permitem a sua realização até certo período da gestação (TEODORO, 2008, p. 225-228). Em países como a Colômbia, Argentina e Polônia o aborto também é permitido em caso de anomalias fetais (BRAUN, 2018).

Recentemente, a Islândia divulgou que abortou 100% dos fetos diagnosticados com Síndrome de Down, mesmo sabendo que portadores desta síndrome têm expectativa de vida de aproximadamente 60 anos, acontecimento este que a crítica comparou com a tentativa de Adolf Hitler de criar uma raça pura e perfeita, contudo, aqui não há a defesa da criação de uma “raça perfeita”, com seres totalmente saudáveis e fisicamente desenvolvidos. Prevaleceu, naquele país, a compreensão de que a mulher deve ter autonomia sobre o próprio corpo, podendo escolher ou não se levará a gestação adiante, sendo o aborto em caso de alterações cromossômicas visto como uma prevenção ao sofrimento da criança e da família.

### 4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No Brasil, o aborto eugênico ainda precisa ser debatido e estudado pelos legisladores, pois pouco se fala ou se escreve sobre o assunto. A ADPF 54, apesar de avaliar somente o caso de feto anencéfalo, incorreu em grande avanço e é usada analogamente em decisões referentes à interrupção de gestação decorrente de outras anomalias genéticas que impossibilitam a vida extrauterina, podendo inclusive adentrar no campo mais amplo da eugenia,

ou seja, de fetos que, após o nascimento, terão a qualidade de vida reduzida em função de deficiências ou deformidades.

Nesse sentido, usando a referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como analogia, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou procedente o seguinte *habeas corpus* preventivo:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. POSTULADA A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ EM VIRTUDE DE O FETO SER ACOMETIDO DA SÍNDROME DE EDWARDS E PATOLOGIAS CORRELATAS E EXISTIR RISCO DE VIDA E DE DANOS PSICOLÓGICOS À GESTANTE E A TODA A FAMÍLIA. DOENÇAS GENÉTICAS QUE, ASSOCIADAS, SÃO APTAS A AFERIR A INVIABILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA. LAUDOS PERICIAIS ATESTANDO PERSPECTIVA ÍNFIMA DE VIDA NA HIPÓTESE DE NASCIMENTO. EXEGESE DO ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANALOGIA AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 54/2004. RISCO DE VIDA À GESTANTE EVIDENCIADO PELOS ELEMENTOS DE PROVA ANGARIADOS AOS AUTOS. DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA PACIENTE QUE PREVALECE SOBRE O FUTURO INFANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INTERRUPTÃO QUE VISA EVITAR MAIORES DANOS PSICOLÓGICOS À GESTANTE E SOFRIMENTOS PARA TODA A FAMÍLIA. CONCESSÃO DA ORDEM. - A inviabilidade de vida extrauterina ou ínfima de sobrevivência após o nascimento, atestada por minuciosos exames e laudos médicos, permite a interrupção da gravidez de feto portador da Síndrome de Edwards e anomalias correlatas, por força do princípio da analogia ao caso concreto apreciado pelo STF na ADPF 54/2004. - O risco de vida à gestante amolda-se ao disposto no art. 128, I, do Código Penal, de forma que é permitido o aberto terapêutico ou necessário sem que a conduta possa ser considerada formalmente típica. - Os futuros danos

psicológicos à gestante e a toda a família na continuidade de uma gravidez infrutífera devem ser evitados quando for certificada a inviabilidade de vida do feto fora do útero e riscos de vida para a mãe. - Parecer da PGJ pela concessão da ordem. - Ordem conhecida e concedida. (TJSC, Habeas Corpus n. 0000017-37.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Primeira Câmara Criminal, j. 02-02-2016).

Na jurisprudência citada, a paciente, através de exames de rotina, tomou conhecimento de que o feto era portador de anomalia que impedia o seu desenvolvimento saudável, que as enfermidades, associadas, inviabilizavam a vida extrauterina e não conferiam expectativa prolongada de sobrevivência e destacou os danos psicológicos que poderiam ocorrer nela e em sua família caso a gestação fosse levada adiante.

No voto, o relator recordou que o aborto eugênico já fora permitido pelo STF em no caso de feto anencéfalo e disse expressamente que

é possível aplicar ao caso, por analogia, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF 54/2004. A aplicação integrativa do direito se justifica porque os valores superiores da dignidade da pessoa humana devem preponderar sobre a regra escrita, que não exclui outras hipóteses de não incidência da lei penal.

Acrescentou que juízes, por todo país, então usando a ADPF 54 como analogia para autorizar o aborto em outros casos, em que o feto possui cérebro, porém a vida extrauterina se torna inviável por conta de outras anomalias genéticas e que embora o pedido da paciente não se enquadre rigorosamente nos casos de aborto permitidos por nosso ordenamento jurídico, pode ser usada a analogia.

O relator escreveu, ainda, que “a simples existência do cérebro diante das outras patologias que impedem o desenvolvimento sadio do feto e desencadeiam riscos à vida da paciente não deve prevalecer para fundamentar

a denegação da ordem.” Afastou argumentos religiosos, tendo em vista que vivemos em um Estado Republicano laico, no qual não se pode confundir direito com religião.

O princípio da dignidade da pessoa humana também foi abordado no voto, segundo ele, esse princípio seria totalmente ofendido caso a paciente fosse obrigada a manter em seu útero, com risco de vida, um feto inviável sob o ponto de vista científico. Com o mesmo argumento abordou o princípio da proporcionalidade.

No mesmo sentido da jurisprudência supramencionada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também usou a ADPF 54 como analogia para a permissão do aborto eugênico, como é o caso:

APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DE PARTO. PENTALOGIA DE CANTRELL. MALFORMAÇÃO FETAL GRAVE, INVIABILIZADORA DA VIDA EXTRA-UTERINA NO CASO CONCRETO. DECISÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTE A AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Conhecimento do pedido, diante do preceituado no artigo 5º, XXXIV, letra «a», e XXXV, que assegura a todos a tutela judicial para qualquer lesão ou ameaça a direito. Pedido que não é juridicamente impossível. Situação fática a recomendar solução que, embora não encontre correspondência no ordenamento, não é legalmente vedada, tanto que excepcionalmente deferida em vários precedentes. Jurisprudência dos Tribunais que dá notícia de reiterados pedidos e decisões a respeito do tema. Decisão do STF na ADPF 54/DF, cujos fundamentos encontram plena aplicação no caso, ante da impossibilidade de vida extra-uterina confirmada. Autorização deferida. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70065033862, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 11/06/2015)

Em seu voto, o relator deu provimento ao recurso após citar longos trechos da ADPF 54 e analisar a gravidade da anomalia do feto através dos

exames clínicos realizados. Acórdãos dos Tribunais de Justiça de diversos estados Brasileiros também seguem a mesma linha de pensamento e vêm usando a ADPF 54 como analogia para as mais diversas doenças, conformando, assim, a possibilidade aberta pela votação da referida arguição.

Ainda analisando a acórdãos dos Tribunais de Justiça da 4ª Região, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também tem jurisprudência formada no mesmo sentido das anteriores, conforme ementa:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. FETO PORTADOR DE SÍNDROME DE PATAU (TRISSOMIA DO CROMOSSOMA 13). IMPOSSIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA. RECURSO PROVIDO PARA AUTORIZAR A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ, MEDIANTE A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ. (TJPR - 1ª C.Criminal - RSE - 1698044-4 - Curitiba - Rel.: Miguel Kfourri Neto - Unânime - J. 06.07.2017

Como podemos perceber, o aborto eugênico é uma questão de saúde pública e a sua proibição só serve pra pôr em risco a vida da mãe e não para proteger o feto, pois quem quer praticar o aborto, vai fazê-lo, ainda mais em situações de fetos deficientes, pois além de pensar nela, a mãe pensa na criança. Nenhuma mulher gostaria de ver seu filho sofrendo por toda a vida – por mais curta que esta possa ser – somente porque o Estado abusa de seu poder e interfere diretamente na autonomia das pessoas.

Gilmar Mendes destacou o papel do Estado, nos casos de feto anencéfalo, em seu voto na ADPF 54 dizendo:

[...] caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Ao Estado não é dado intrrometer-se.

Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for [...]

Tendo como base tal posição, é ainda mais injusto que o Estado obrigue, além de levar adiante a gestação, que a mulher se dedique aos cuidados de uma criança que requer atenção especial, enfrentando muitas vezes longos períodos em hospitais e em alguns casos, como nas crianças diagnosticadas com Atrofia Muscular Espinhal, ter que montar um “quarto de hospital” em sua casa e viver 24 horas por dia em função dessa criança.

## 5 CONCLUSÃO

Após a análise do tema aborto de modo geral, definindo seu conceito e sua disposição no ordenamento jurídico, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, do princípio da autonomia, do aborto eugênico e da análise de julgados, podemos traçar algumas considerações finais sobre o assunto.

Cada vez mais mulheres estão buscando a tutela jurisdicional para realizar o aborto de feto com alguma anomalia genética, as que conseguem essa autorização na justiça, o fazem de forma segura, as que não conseguem, muitas vezes acabam realizando o procedimento em clínicas clandestinas, colocando em risco a sua própria vida.

A autorização do aborto eugênico seria importantíssima para todas as mulheres, pois conformaria sua autonomia, de modo que não precisariam enfrentar a justiça no mesmo momento que já estão passando por uma situação extremamente delicada.

A autonomia das mulheres sobre o próprio corpo deve ser respeitada, não devendo o Estado limitar este princípio e obrigar a mulher a levar uma gestação adiante. Como é de conhecimento geral, a criminalização do aborto não o torna inexistente, apenas faz com que as mulheres que queiram abortar



recorram a clínicas clandestinas para realizar o procedimento, que muitas vezes é feito em condições insalubres e por pessoa não habilitada.

Através da análise de jurisprudências feitas neste artigo, nota-se que a ADPF 54 já vem sendo usada como analogia para o aborto eugênico no caso de diferentes doenças, pois a mesma é citada expressamente no voto dos relatores estudados. A regulamentação faz-se necessária não só para que as mulheres não sofram e se desgastem na busca por tutela jurisdicional, mas também para a desobstrução da justiça, evitando o julgamento de inúmeros processos.

Afinal de contas, qual o interesse na vida humana? Uma vida a qualquer custo, a qualquer preço ou uma vida saudável? Qual o real interesse da sociedade? O aborto com certeza não é uma escolha fácil e traz inúmeras consequências para a mulher, principalmente psicológicas, entretanto, no caso da eugenia o sofrimento do aborto é muito menor do que o sofrimento de uma gestação levada adiante sabendo que o feto não irá sobreviver ou o sofrimento da vida de uma pessoa que irá nascer e nunca poderá vivê-la de forma saudável e plena.

## REFERÊNCIAS

ABORTO: o que é? Como é feito? Quais são os riscos? Como age a “pílula do dia seguinte”? *AbcMed*, 14 jun. 2013. Disponível em: <https://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/359669/aborto-o-que-e-como-e-feito-quais-sao-os-riscos-como-age-a-quot-pilula-do-dia-seguinte-quot.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, 27 de abril de 2005. *Diário de Justiça*, 30 ago. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738666/questao-de-ordem-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 442 DF. Relatora: Ministra Rosa Weber, 28 de junho de 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865> Acesso em: 25 ago. 2018.

BRAUN, Julia. Como é o acesso do aborto em todo mundo. *Veja*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/como-e-o-acesso-ao-aborto-em-todo-o-mundo>. Acesso em: 7 out. 2018.

CHAVES, Daniel Rodrigues. Um estudo comparativo do aborto. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3627, 6 jun. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24642>. Acesso em: 7 out. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.989/2012. Disponível em: [http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989\\_2012.pdf](http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf). Acesso em: 14 maio 2018.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leocir. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Impetús, 2016.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2009.

MAI, Lilian Denise; ANGERAMI, Emília Luigia Saporiti. Eugenia positiva e negativa: significados e contradições. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 14, n. 2, mar./abr. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-11692006000200015](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692006000200015). Acesso em: 28 set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PARANÁ (1. Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito. Relator: Miguel Kfoury Neto, 6 de julho de 2017. Curitiba: Tribunal de Justiça do Paraná, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12389704/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1698044-4#>. Acesso em: 26 set. 2018.

PESSINI, Leocir. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Habeas Corpus 124.306. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL (3. Câmara Criminal). Apelação Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo, 18 de setembro de 2014. *Diário de Justiça*, 28 out. 2014. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aborto+eug%C3%AAAnico&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=juris&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aborto+eug%C3%AAAnico&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris). Acesso em: 25 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL (3. Câmara Criminal). Apelação Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli, 30 de dezembro de 2010. *Diário de Justiça*, 10 jan. 2011. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aborto+eug%C3%AAAnico&proxystylesheet=tjrs\\_index&getfields=\\*&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8-&ud1=&sort-date:D:S:d1&as\\_qj=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+&ulang=p-t-BR&ip=177.52.150.10&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs\\_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=juris#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aborto+eug%C3%AAAnico&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8-&ud1=&sort-date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=p-t-BR&ip=177.52.150.10&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=juris#main_res_juris). Acesso em: 25 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL (3. Câmara Criminal). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo, 11 de junho de 2015. *Diário de Justiça*, 23 jun. 2015. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aborto+eug%C3%AAAnico&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=juris&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aborto+eug%C3%AAAnico&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris). Acesso em: 25 set. 2018.

RIOS, Stefano da Silva. A indefinição jurídica sobre o início da vida humana. *JusBrasil*, mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37481/a-indefinicao-juridica-sobre-o-inicio-da-vida-humana>. Acesso em: 6 out. 2018.

SANTA CATARINA (1. Câmara Criminal). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Preventivo. Relator: Luiz Cezar Schweitzer, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em: 20 set. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez*. Brasília, DF: STF, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>. Acesso em: 3 maio 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto. Brasília, DF: STF, 06 mar. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>. Acesso em: 22 ago. 2018.

TEODORO, Fredinando José. *O aborto Eugénico: Delito qualificado pelo Preconceito ou Discriminação*. Curitiba: Juruá, 2008.

TESSARO, Anelise. *Aborto Seletivo*. Curitiba: Juruá, 2008.

# ADOÇÃO TARDIA E A ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Jeferson Ribeiro<sup>1</sup>  
Roni Edson Fabro<sup>2</sup>

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo investigar o fenômeno da adoção de crianças na atualidade, em se tratando de crianças adotadas acima dos dois anos de idade, com a explicação do conceito de adoção, adoção tardia e suas implicações, o Instituto da adoção como direito fundamental e a legislação, a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei da Adoção), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como, a responsabilidade do poder público na implementação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes. Por meio da revisão da literatura, foi possível perceber que a adoção tardia ainda hoje está repleta de preconceitos e falta de conhecimento, por isso, espera-se que este estudo possa contribuir na desmistificação de convencionalismos ainda existentes na nossa sociedade. O estudo expõe o contexto da adoção tardia, destacando as dificuldades na articulação entre a realidade do perfil das crianças disponíveis à adoção e o perfil desejado pelos adotantes, além da defesa do direito da criança em possuir um lar, uma família. Concluiu-se que, na adoção de crianças maiores, é necessário eliminar barreiras, medos, preconceitos, entendendo que o poder público necessita reforçar a importância de políticas públicas em prol de campanhas para se buscar um novo contexto referente à adoção.

**Palavras-chave:** Adoção tardia. Perfil do Adotado. Legislação Brasileira.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; jefersonrossoni@icloud.com

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Fundamentais Civis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; doutorando em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; e-mail roni.fabro@unoesc.edu.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca examinar o fenômeno da adoção tardia e os reflexos no âmbito dos direitos humanos da criança e do adolescente, relacionado ao perfil do adotado. Parte-se do conceito que a adoção tardia é aquela em que o adotando possui mais de dois anos de idade e a ênfase deste trabalho volta-se às crianças mais velhas e aos adolescentes, que sofrem muitas dificuldades dentro do contexto brasileiro.

Muitas discussões ainda ocorrem no meio jurídico brasileiro, levando também a muitos debates entre estudantes, profissionais do meio judiciário e demais áreas, em razão de que cada dia aumenta o número de pessoas na fila de adoção que deseja adotar crianças menores, por consequência, aumenta o número de crianças para adoção tardia.

A adoção, embora revele ser um tema comum, em que todos dizem ter conhecimento, ainda possui muitos questionamentos e dúvidas. Muitos casais não conseguem ter filhos em razão de vários fatores enfrentados na atualidade, como, por exemplo, o *stress*, que pode ocasionar problemas de saúde na mulher, ou matrimônios realizados muito tarde, em virtude de que as mulheres, na atualidade, vivem de forma independente para o trabalho e não para o lar tão cedo. Porém quando resolvem constituir família, muitas se deparam com a idade avançada, não conseguindo ou não podendo mais engravidar, o que faz surgir, dessa maneira, a adoção.

Para se chegar à adoção, é necessário cumprir toda a parte legal, seguindo os parâmetros da lei, seus requisitos, estágios de convivência, envolvimento na história da criança ou adolescente. Esse processo permite às crianças e/ou adolescentes encontrarem um caminho feliz e uma chance de crescer em um lar harmonioso e feliz.

O tema da adoção, no Brasil, levanta discussões por parte da sociedade civil organizada, de entidades ligadas à Igreja, organizações não governamentais e do próprio Ministério Público, principalmente, pelo fato

de existir, no Brasil, em torno de 200 mil crianças e adolescentes sem família, vivendo nas ruas, em abrigos ou estabelecimentos de internação.

O fator adoção tardia requer alguns fatores, como saber se a criança tem a vontade de viver com determinada família, e se isso também acontece com a família, ou seja, a família tem de estar tão disposta quanto a criança, não podendo existir, de forma alguma, preconceitos, tendo como principal objetivo evitar mais traumas a uma criança que já foi rejeitada, abandonada por familiares.

Nesse processo de adoção existe o amparo legal e desde a Constituição Federal de 1988, passou a ser considerada uma medida protetiva aos interesses e ao bem-estar da criança, ou seja, ela está além dos desejos ou das exigências dos adultos que se dispõem a adotar.

## 2 O CONCEITO DE ADOÇÃO

Conforme o Manual de Adoção da Associação dos Magistrados Brasileiros, a palavra adotar vem do latim *adoptare*, que significa escolher, perfilhar, dar o seu nome a, optar, ajuntar, desejar. O termo adoção é oriundo do latim *adoptio*, que significa “tomar alguém como filho”.

Para Venosa (2008), adoção é um modelo não natural que tem por finalidade copiar a filiação biológica. Para o autor, ao passo que a filiação natural está ligada pelo vínculo de sangue, na adoção, a filiação é restritivamente jurídica, onde nascem relações de paternidade e filiação entre duas pessoas, independentemente do vínculo sanguíneo.

Para Pereira (2010), a “adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim [...]”

Ao se buscar o conceito na doutrina nacional, verifica-se que para o Rodrigues (2007), a adoção é “o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.”

Para Diniz (2012), “a adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente.”

A adoção é o ato jurídico solene, pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha (DINIZ, 2012).

Segundo Silva (2007), a adoção é um conceito histórico e uma das concepções que vem se modificando no percurso de sua construção concernente à visão que o homem tem a seu respeito. Um ponto interessante na história da adoção é que na Idade Média a Igreja não a aceitava, pois os direitos canônicos consideravam essas práticas como uma probabilidade de adultério.

A adoção é regulada pelo Código Civil, igualmente, por sua lei específica, n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei de Adoção), e disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Vale ressaltar que o estatuto, em seus artigos, menciona que tanto menores quanto maiores podem ser adotados (GRANATO, 2013). Garante que o adotado tenha um lar onde supra suas necessidades de proteção, que tenha os mesmos direitos que os filhos legítimos, adquira nome, sobrenome, *status* de filho, sem sofrer qualquer tipo de discriminação (GRANATO, 2013).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 41,<sup>3</sup> preocupou-se em traçar o conceito de adoção.

Segundo Granato (2006), é com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente que o conceito de adoção começa a ter maior abrangência, apontando, principalmente, para os interesses do adotado. Nesse sentido, a autora tece as seguintes considerações:

---

<sup>3</sup> Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (BRASIL, 1990).



[...] podemos definir a adoção como a inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo esse o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente, considerados indignos para tal. (GRANATO, 2006).

A atual Lei de Adoção exige um cadastro prévio e burocrático de casais e solteiros que queiram adotar, porém a demora é muito longa. Em razão da exaustiva espera, cada dia se faz mais comum a adoção direta, que é muito prejudicial para as crianças, pois não conseguem se desvincular de seus pais biológicos. Desse modo, são necessárias políticas públicas e ações para transformar a visão social sobre essas crianças, uma vez que o Estado deve buscar, em primeiro lugar, o bem-estar daqueles que são o futuro de sua nação.

A adoção beneficia o adotado, o adotante, e a sociedade. Logo, pode contribuir para uma sociedade mais organizada em virtude de mais crianças terem um lar, com melhor estrutura psicológica, podendo, dessa forma, viver melhor em sociedade.

## 2.1 A ADOÇÃO TARDIA E SUAS IMPLICAÇÕES

Muitos são os caminhos e as buscas pela aceitação da adoção tardia no Brasil. Esse percurso existe há muitos anos e inúmeras campanhas são realizadas de maneira incessante por uma adoção que não considere aspectos físicos, uma adoção onde o amor seja o fato mais importante do que os primeiros passos de um bebê, a busca verdadeira por uma adoção sem preconceito. Há muito que se percebe que toda criança necessita de cuidados e proteção. Seu abandono a coloca em uma situação de risco e a adoção vem a ser um recurso para garantir sua proteção e seu desenvolvimento (SILVA, 2009).

Para Lôbo (2011), “consideram que a adoção a partir de 3 anos já é tardia, devendo os candidatos a pais ter acompanhamento especializado. Entendem, que a criança, deve saber que é adotada, por volta dos 3 anos.”

Segundo Camargo (2006), no Brasil, o destino das crianças abandonadas pelos familiares segue uma ordem já predeterminada, alguns são enviados a Instituições que são mantidas pelo Estado, em sua maioria, e somente uma pequena parcela acaba sendo adotada por casais e famílias.

Essa desmistificação, em se tratando de adoção tardia, é um dos maiores problemas para o Estado implantar uma nova cultura da adoção no país, como demonstra Vargas (1998).

[...] ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas, não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo poder judiciário, que os julgou incapazes de mantê-las em seu pátrio poder, ou, ainda, foram “esquecidas” pelo Estado desde muito pequenas em “orfanatos” que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos [...]

No Brasil, a maioria das crianças que são adotadas possui até dois anos de idade. A partir dessa idade, a colocação em família adotante torna-se mais difícil, restando às crianças maiores uma eventual adoção por estrangeiros ou a permanência em instituições (SILVA, 2009).

Segundo entendimento de Silva Filho (2011), no direito positivo nacional, a adoção é regulamentada pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe a respeito do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil e pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, que dispõe sobre adoção.

A colocação da criança e/ou adolescente para adoção é uma medida excepcional e que somente deve ser realizada quando se esgotarem todas as possibilidades de mantê-la(lo) junto à sua família natural. O estatuto ainda cita que se a família natural não for capaz de manter os filhos, em virtude de

fatores socioeconômicos, esse fator isolado não deve determinar a destituição do poder familiar e a família deve ser encaminhada a programas oficiais de auxílio financeiro. Se há outros fatores de risco associados que impedem a permanência da criança com os pais de origem, deve ser considerada a possibilidade de colocá-la sob a responsabilidade de um membro da família extensa, com o qual a criança ou o adolescente possua convivência, afinidade e vinculação afetiva (BRASIL, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente menciona, em seu art. 19<sup>4</sup>, §2º, que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de dois anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária, bem como o procedimento de destituição de poder familiar. Segundo o art. 163<sup>5</sup>, deverá durar no máximo 120 dias e, em seguida colocado à disposição de outra família. No entanto, vê-se, a seguir, que essas regras nem sempre são cumpridas e que a problemática da violação ao convívio familiar está presente em todo o Brasil (BRASIL, 1990).

Segundo Lôbo (2011):

No Brasil, há crianças à espera de adoção vivendo em abrigos por até 10 anos; em contrapartida há famílias que criam bebês sem autorização judicial para burlar o cadastro de postulantes. Levantamento feito em 2004 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA mostrou que 87% das crianças que viviam em 589 abrigos tinham família. A carência de recursos da família para

<sup>4</sup> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [...]

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (BRASIL, 1990).

<sup>5</sup> Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias, e caberá ao juiz, no caso de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar, dirigir esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta. Parágrafo único. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente. (BRASIL, 1990).

manter os filhos foi o principal motivo para acolhimento institucional em 24% dos casos, seguida de abandono (19%) e violência doméstica (12%), o que demonstra a face cruel da desigualdade.

A própria sociedade discrimina as crianças com idade superior a dois anos que vivem em abrigos, ao preferir adotar bebês e acreditar que são mais fáceis de serem educados e adaptados a um novo núcleo familiar.

De acordo com Vargas (1998):

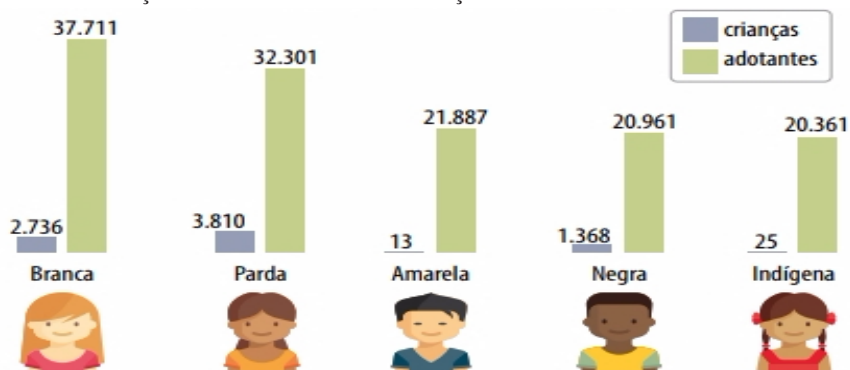
Adotar é um pouco difícil, pelo motivo de convivência com pessoas que nunca tivemos contato e sempre um empecilho. Ficar obrigado a ter que receber aceitar o outro em sua integridade, com seus problemas, pois também temos dificuldades e limitações. Esse amor que suporta tudo, que se fala que só Deus pode nos amar, muitas pessoas não tem essa capacidade, pelo simples motivo de possuímos problemas em receber e amar o que não conhecemos, sem medo e sem explicações.

Silva Filho (2011) complementa que, com o advento da Lei n. 12.010/2009 (Lei de Adoção), que dispõe a respeito de adoção, unificou-se a legislação em matéria adicional no país, com substancial alteração dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pesquisa realizada por Silva Filho (2011), no Estado de São Paulo, constatou que 38,38% dos postulantes preferem crianças e adolescentes brancos; 19,39% aceitam crianças/adolescentes brancos ou pardos; e 4,38% dos pretendentes adotariam crianças negras. Percebe-se que tais dados expressam uma preocupação dentro do nosso contexto, ao considerar-se que o Brasil possui uma significativa população negra.

Dados do Cadastro Nacional de Adoção, pertencente ao Conselho Nacional de Justiça, em 2017, revelam os seguintes dados estatísticos:

Gráfico 1 – Relação adotantes x etnia da criança



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017).

Existe ainda certa preferência por crianças de pele mais clara, prevalecendo critérios impostos pelas pessoas que desejam optar pela adoção, o que acaba gerando uma fila de crianças e adolescentes negros ou de outras etnias nas instituições de abrigos em todo o país, os quais aguardam, esperançosos, por uma família, um lar.

A pesquisa de Silva Filho (2011) menciona, de fato, dados preocupantes, pois muitas dessas crianças acabam permanecendo significativo tempo em abrigos, contribuindo para o aumento do número de crianças com faixa etária maior, o que torna mais dificultosa a busca pela aceitação da adoção tardia no país. Esse percurso existe há muitos anos e inúmeras campanhas são realizadas, de maneira incessante, por uma adoção que não considere aspectos físicos, uma adoção em que o amor seja o fato mais importante, a busca verdadeira por uma adoção sem preconceito.

Silva Filho (2011), ainda se referindo ao Estado de São Paulo, afirma que quanto à idade máxima pretendida, os dados são alarmantes: 11,49% dos pretendentes aceitam crianças de até 6 meses; 19,31% aceitam crianças de até 1 ano; 24,05% aceitam crianças de até 2 anos; 19,35% aceitam crianças de até 3 anos; 10,53% crianças de até 4 anos, e 9,32% crianças de até 5 anos. Assim, conclui que 95% dos pretendentes à adoção não adotariam crianças com mais de 5 anos de idade.

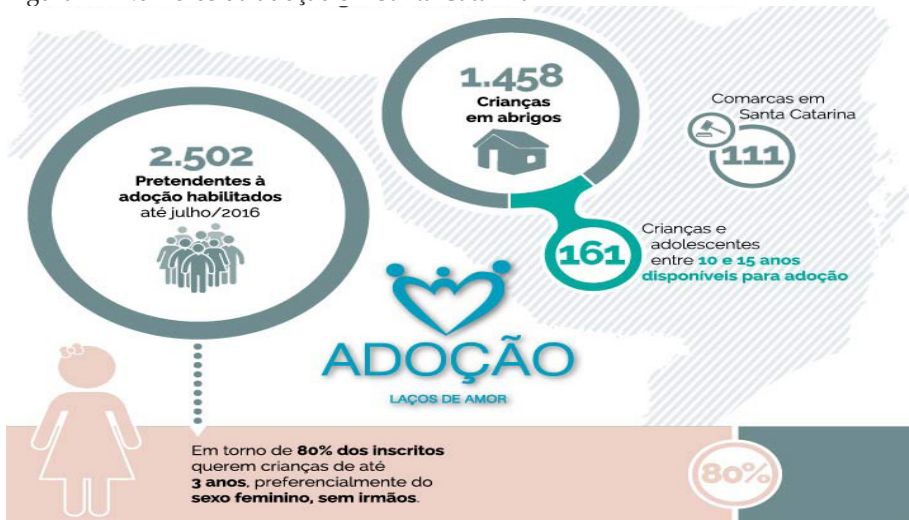
Camargo (2006) explica que:

Os candidatos à adoção optam pela adoção de crianças com idade menor possível, buscando a possibilidade de uma adaptação tranquila na relação de pai e filho, com desejos de imitar o vínculo biológico-sanguíneo, uma vez que sonham acompanhar integralmente o desenvolvimento físico e psicossocial, que se manifestam desde as primeiras expressões faciais, como o sorriso, e movimentos dos olhos acompanhando objetos e demonstrando o reconhecimento das figuras parentais, além das primeiras falas e passos.

O que prevalece ainda entre muitas famílias é uma incerteza, que, de fato, uma adoção não atinja plenamente o sonho dos pais adotivos, isso ainda é bem presente. Outro fator é a ideia formada de que a criança não venha a se adaptar aos novos pais.

O estado de Santa Catarina apresenta, conforme dados da Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), os seguintes números:

Figura 1 – Números da adoção em Santa Catarina



Fonte: Santa Catarina (2018).

Nessa incerteza, ou insegurança, há no país muitas crianças com mais de dois anos, consideradas para muitos como “velhas” para serem adotadas, que acabam ficando nos orfanatos/abrigos por muito tempo. Em muitos casos, essas crianças não conseguem pais adotivos e ficam nos orfanatos até completar dezoito anos.

Como menciona Simon (2005), “nessa fase de constituição de um novo vínculo familiar, para que se consiga oportunizar à criança um lar adequado às suas necessidades e exigência é preciso antes de tudo conhecê-la.” Referente a isso, discorre Granato (2006):

Os pretendentes à adoção de criança maior necessitam de um período de adaptação com ela. A criança ou adolescente pode estar se sentindo culpado por não ter sido adotado até a presente data, está com baixa autoestima e no “período de aproximação e convivência” é o momento de iniciar a conquista pelos novos pais. Este período será estabelecido pelo Juiz, após ouvir sua Equipe Técnica. É o momento de se conhecerem, sendo cercados de emoção, cuidados, observação e curiosidade. Afinal é a hora “do parto”. A criança perdeu os pais de origem e ganha novos pais que geralmente passaram por problemas de infertilidade. São duas situações, de lados opostos, que merecem atenção e cuidado. Pais e filho poderão ter empatia ou poderá acontecer o contrário por parte de um deles. A criança também poderá não aceitar estes pais.

Outro aspecto voltado para implicações no processo de adoção está relacionado ao período de adaptação, o qual não é um caminho fácil a percorrer, segundo Vargas (2000):

Mesmo não tendo este trabalho um delineamento passível de generalização, podemos considerar que todo esse processo, que implica rupturas dolorosas e que se caracteriza por um período de intensa instabilidade, chamado estágio de convivência, requer um trabalho de acompanhamento técnico e específico à família.

Existe a necessidade do preparo para a mudança que ocorrerá na vida dos adotantes, uma vez que receber uma criança maior, que já possui hábitos, traz consigo fatores que não podem ser ignorados. Esse momento poderá causar, nos adotantes, medo e insegurança e eles terão que se adaptar não somente àquela criança, mas aos seus hábitos e costumes.

## 2.2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A LEGISLAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 torna-se oficialmente base relacionada às normas jurídicas do sistema, não sendo uma norma qualquer, mas a primeira entre todas as demais. Assim, os princípios fundamentais ali registrados possuem efeito vinculante às demais normas infraconstitucionais (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 trata a respeito da família no art. 226<sup>6</sup> e em seu artigo 227<sup>7</sup>, §5º, dispõe mais especificamente a respeito da adoção (BRASIL, 1988).

---

<sup>6</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

<sup>7</sup> 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. [...]



Outro importante avanço ocorreu com a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei de Adoção), um significativo passo no longo caminho a ser percorrido, para dar mais efetividade às garantias constitucionais inerentes à criança e ao adolescente, seguindo a trilha já demarcada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Assim, com este propósito vem ampliando a aplicação de princípios, além de modernizar, organizar e alargar o sistema protetivo.

A convivência familiar é direito que não depende de norma para ser compreendida. Assim, quando a natureza não cumpre seu papel, tornando impossível ou desaconselhável a convivência dentro desse ambiente familiar, caberá ao Estado a restauração do equilíbrio, tomando as devidas providências para a construção de um ambiente familiar de substituição, no qual esses menores possam reconstruir os laços civis e afetivos (RIBEIRO, 2010).

A Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei de Adoção), apesar de receber a denominação de Lei Nacional de Adoção, tem por objetivo o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, (BRASIL, 2009). Ainda, o ECA tem como prioridade manter os menores em sua família natural ou extensa, tendo a adoção como medida excepcional (BRASIL, 1990).

De acordo com a Unicef, a sociedade brasileira possui 190 milhões de pessoas, destas, 60 milhões com menos de 18 anos (UNICEF, 2005). Por isso, a Constituição Federal apresenta-os como “prioridade absoluta”, sendo eles titulares de “direitos fundamentais”, que passaram a gozar de proteção, como sendo dever da família, do Estado e da sociedade.

Para a adoção de criança e adolescente, segundo disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessária a anuência do cônjuge ou companheiro do que pretende adotar, mesmo que este não seja também adotante. Quanto aos pais biológicos, esses podem se manifestar discordando

---

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. (BRASIL, 1988).

da adoção, no entanto, não significará automaticamente o não acolhimento do pedido inicial. O magistrado do processo deve buscar o melhor interesse da criança, sendo que, em muitos casos, mostrar-se-á mais benéfica a inserção na família substituta, fazendo com que a discordância dos genitores biológicos não tenha qualquer efeito apto a impedir a adoção (BRASIL, 1990).

Com a Constituição de 1988 ficou definido que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. Contudo, foi apenas em 1990, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), que passou a vigorar no país um novo modelo em relação à assistência à infância e à adolescência, o qual promoveu grandes avanços (BRASIL, 1988).

O ECA, em seus artigos, com o título adoção, determina todo o procedimento para a adoção das crianças brasileiras, tanto por nacionais quanto por estrangeiros domiciliados e residentes no país, pois a Constituição Federal, em seu artigo 5<sup>º</sup> *caput*, assegura a todos os que aqui residem a igualdade perante a lei. Diante disso, mesmo que o brasileiro seja domiciliado e residente no exterior, terá os mesmos direitos que o brasileiro que reside no país.

Mesmo com as mudanças propostas pela nova Lei n. 12.010/2009 (Lei de Adoção), a valorização da família biológica em detrimento à família adotiva prevalece e à medida que a legislação valoriza a consanguinidade, contribui para fortalecer os mitos e preconceitos em relação à adoção (BRASIL, 2009), ou seja, a criança é encaminhada para adoção quando se esgotarem todas as possibilidades no meio da legislação, o que ocasiona, assim, muitas

---

<sup>8</sup> 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 [...] (BRASIL, 1988).

tentativas no sentido de buscar alternativas para que esta possa estar com sua família biológica.

Em se tratando de reintegração da criança ou permanência em seu lar, algumas alterações importantes foram realizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), entre elas a inclusão de artigos com o objetivo de ampliar as tomadas de decisões quanto à reintegração, destituição ou colocação para adoção (BRASIL, 2009).

O ECA ainda prevê que cada criança ou adolescente em acolhimento institucional deve ter sua situação jurídica reavaliada a cada seis meses por equipes técnicas, e que a permanência da criança em instituições não deve exceder o período de dois anos, somente em casos necessariamente comprovados.

### 2.3 QUEM PODE ADOTAR E O QUE A LEGISLAÇÃO PREVÊ AO ADOTANTE

A legislação menciona que estão aptos para adotar os maiores de dezoito anos, sem importar o estado civil, mas que devem estar devidamente registrados no cadastro do estado e do País de adoção. Existem dois tipos de adoção na legislação brasileira: uma, quando o adotado é menor de 18 anos, prevista no Código Civil Brasileiro, dentro do Direito de Família, deferida no interesse dos casais, que é a adoção contratual; a outra é aquela prevista no ECA, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que cuida dos interesses das crianças e dos adolescentes, desassistidos ou não, sem qualquer distinção. Cabem, aqui, os casos em que, apesar de os adotados já terem completado 18 anos, já estavam sob a guarda dos adotantes, esperando apenas o desfecho da ação. Outro fator considerado é que os candidatos devem ser mais velhos, tendo no mínimo dezesseis anos a mais que a criança que esperam adotar, passando também por várias avaliações acompanhadas pela Justiça, a fim de que não haja erros e

que a criança que postula um lar possa ter uma vida com todos os valores que necessita, dentre eles um lar sadio, com toda a assistência necessária.

O art. 50<sup>9</sup> do ECA amplia os esclarecimentos referentes ao compromisso de cada comarca ou foro regional ter os dados dos registros das crianças e adolescentes em condições de adoção.

Quanto ao art. 29<sup>10</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta que a criança não será colocada em família substituta que seja considerada incompatível em algum aspecto familiar ou com a natureza da medida imposta (BRASIL, 1990).

É importante estar atento aos critérios de adoção, como também verificar as obrigações impostas através da lei ao adotante, isso tudo na busca de que o resultado da adoção seja benéfico tanto à família adotante, quanto ao adotado.

## 2.4 A LEI N. 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009, E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vem assegurar às crianças e aos adolescentes o direito de serem adotados, podendo usufruir de todos os direitos e reconhecimentos já promulgados pela Constituição de 1988, a qual exerce um papel de suma importância, contribuindo como base viabilizadora na colocação de crianças e adolescentes em novas famílias, de forma a facilitar a adaptação desses que estão em desenvolvimento, a uma nova realidade.

A proteção da criança e do adolescente no mundo moderno revela muitas dificuldades existentes após a vigência do Código Civil de 2002,

---

<sup>9</sup> Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (BRASIL, 1990).

<sup>10</sup> Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado. (BRASIL, 1990).

bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que buscou aperfeiçoamento na Lei n. 12.010/2009, Lei da Adoção. As adequações feitas ao longo do tempo visaram priorizar o melhor interesse da criança, em especial, daquelas que esperam por uma família, por intermédio do instituto da adoção (BRASIL, 2009).

A Constituição Federal de 1988 institui o dever da família para com a criança no seu art. 227, ao assegurar à criança e ao adolescente todas as garantias fundamentais que uma pessoa necessita para se ter uma vida digna, não aceitando qualquer forma de exploração, violência, crueldade e opressão.

Apesar da previsão constitucional exposta, a garantia ali inserida não pode ser observada para todas as crianças, se considerar as crianças abandonadas por suas famílias de origem, que estão em abrigos à espera de uma nova família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura esse direito em seu art. 3<sup>o</sup><sup>11</sup>, ao se referir que toda criança e adolescente têm como garantia todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Já o art. 4<sup>o</sup><sup>12</sup> especifica o rol de direitos fundamentais.

---

<sup>11</sup> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL, 1990).

<sup>12</sup> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990).

O Estatuto, igualmente, busca estabelecer na Subseção IV, em seu art. 39, que se regerá a adoção nos termos dessa lei. No art. 100<sup>13</sup> *caput*, regula os princípios específicos de proteção à criança e ao adolescente, garantindo a essas crianças a possibilidade de serem inseridas em um ambiente familiar.

Ainda, nesse aspecto, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), dispõe, em seu art. 100, parágrafo único, inciso IV,<sup>14</sup> a respeito do aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantir a integração da criança em um ambiente familiar. Tal princípio constitui um desdobramento direto da doutrina da proteção integral e igualitária, resguardando outro valor de grande importância: o melhor interesse da criança e do adolescente.

Silva Filho (2011) esclarece que dentro deste enfoque, de ser exclusivo o interesse do menor, o que se percebe na adoção é o seu caráter protetor, assistencial ao adotado, não circunscrito ao interesse do adotante, de modo a propiciar famílias substitutas a quem foi abandonado. Afirma ainda em seu posicionamento que a adoção deve ser enfrentada sob esse prisma teológico: “permitir que a criança ou adolescente seja integrado, de forma plena e definitiva em uma família.”

Quanto ao assunto, explana com propriedade Souza (2008):

Adoção é o ato jurídico pelo qual o vínculo de filiação é criado artificialmente. Gera sem consanguinidade nem afinidade, o parentesco de primeiro grau em linha reta descende. Adotar é dar a alguém a oportunidade de crescer. Crescer por dentro. Crescer para a vida. É inserir uma criança numa família, de forma definitiva e com todos os vínculos próprios da filiação. A criança deve ser vista como um filho que realmente decidiu ter.

<sup>13</sup> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. (BRASIL, 1990).

<sup>14</sup> Art. 100. Parágrafo único: São também princípios que regem a aplicação das medidas. IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto. (BRASIL, 1990).

A adoção é uma das formas de devolver a dignidade, o respeito e outros direitos fundamentais às crianças e adolescentes órfãos, proporcionando o direito primário da convivência familiar e comunitária.

Contudo, no cenário brasileiro, percebe-se a existência de algumas modalidades diferenciadas de adoção, que são mais conhecidas como adoção tardia, inter-racial e especial, sendo esta última aplicada às crianças e adolescentes que a própria lei as denomina diferentes. Essas diferenças vêm sofrendo muitos obstáculos no contexto social, em relação ao perfil dessas crianças e adolescentes que não se inserem no perfil rigoroso estabelecido pelos postulantes.

### **3 A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Mesmo ficando evidente na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é dever do Poder Público, da sociedade e da comunidade, assegurar o direito da criança viver em família, a adoção no Brasil ainda é um mito, tornando-se alvo de discussões entre pessoas que trabalham ou pesquisam sobre o assunto.

Os problemas na atualidade giram em torno do direito à convivência familiar das crianças e adolescentes, provenientes da falta de dados completos disponíveis nos órgãos especializados, em relação às crianças e adolescentes acolhidos. São pessoas sem processos na justiça que vão para as instituições em razão da tradição de acolhimento que se faz presente no país. Em virtude dessa falta de informação, os dados nem sempre são atualizados.

De acordo com Cavalieri Filho (2012), a responsabilidade civil tem como função restabelecer o equilíbrio prejudicado por uma conduta e responder o anseio social de justiça motivado pelo ato ilícito, no caso, da responsabilidade reparatória.

A única alternativa encontrada, em se tratando de poder público, é o acolhimento institucional dessas crianças e, nesse cenário, a problemática maior relaciona-se às crianças mais velhas, que ficam por muito tempo nessas instituições; acolhimento que é para ser provisório se transforma em permanente. As dificuldades nesse campo estão nos processos de destituição do poder familiar, bem como no apoio às famílias de origem (CAVALIERI FILHO, 2012).

Esses abrigos de recolhimento de crianças e adolescentes devem ser provisórios, como a própria lei determina no seu art. 19, §2 do ECA, sendo que o período máximo para permanecerem recolhidas é de 18 meses, salvo justificativa devidamente comprovada pelo juiz do caso concreto. Na prática, se vê acontecendo o processo inverso, assim, é necessário que o órgão do Ministério Público fiscalize esses tipos de irregularidades, fazendo com que a lei seja cumprida.

Para proporcionar o direito à convivência familiar sadia a uma criança, negado por uma situação qualquer, direito fundamental, depende de decisão judicial e, nesse sentido, menciona-se a importância da atividade do juiz e dos órgãos auxiliares que atuam no campo social, uma vez que, na atualidade, não somente a família, mas também o Estado, por meio de seus órgãos, devem efetivar o direito das crianças em sua totalidade. O poder público precisa de ações mais concretas, ampliando o incentivo para a adoção tardia e isso pode ocorrer por meio de campanhas efetivas de mobilização que levem, de modo constante, as informações a respeito dessa situação das crianças maiores.

Assim, enfatiza Garrido de Paula (2002):

Depois é tarde, as necessidades foram embora, ficando apenas as consequências irreparáveis da invalidação dos direitos, representada muitas vezes pela morte, debilidade física ou mental, ignorância, ausência de instrumental para enfrentar os desafios do cotidiano, psicoses, etc. [...] Os direitos da criança e do adolescente são essencialmente



efêmeros. A infância e adolescência atravessa a vida com a rapidez da luz, iluminando os caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável. Aquisições e perdas, privações e satisfações, alegrias e tristezas, prazeres e desgostos, êxitos e fracassos e tantos outros experimentos materiais e emocionais sucedem-se em intensidade e velocidades estonteantes. Não raras vezes não podem ser repetidos, constituindo-se em experiências únicas e ingentes.

Como se vive em uma democracia, a qual é exercida com a divisão dos três poderes, conhecidos como Legislativo, Executivo e Judiciário, é importante a harmonia entre os poderes, a fim de lograr êxito referente às adoções. As divulgações incessantes para estimular a busca pela adoção são necessárias, principalmente em se tratando de adoção tardia, mas também não se pode deixar de lado a cobrança nos representantes eleitos, com o intuito de mudar essa situação. Sendo assim, é preciso exigir a tomada de medidas, no intuito de garantir que essas crianças e adolescentes tenham o seu direito à convivência familiar assegurado, como a criação de uma lei que garanta não ter mais a possibilidade de se escolher o perfil do adotado e sua idade, fazer com que o Judiciário exija o seu cumprimento, sob pena de sanção cabível às pessoas envolvidas, inclusive, às pessoas serventuárias da justiça.

Compreendendo que o desejo maior da criança acolhida é ser adotada e ter de fato uma nova família, muitos devem ser os esforços nesse sentido e, com rigor necessário, para que, no tempo certo, preconizando o que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais asseguram, possam ser garantidos na integridade os direitos das crianças e dos adolescentes.

#### **4 CONCLUSÃO**

O trabalho visa à contribuição ao estudo dos princípios fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aplicáveis à adoção com regras da escolha do perfil estabelecido pelos

postulantes, prática esta que deve ser combatida pelo Ministério Público, ou seja, enfatiza-se a importância do Judiciário brasileiro em sua atuação nas questões direcionadas à fiscalização rígida desse processo, bem como aos interesses da criança, que se faz em reconhecimento, aprovar ou renegar a condição de quem adota em relação aos adotados, garantindo a proteção à integridade da criança ou do adolescente recebido nesse novo lar.

Muitos são os aspectos que motivam e levam às ações de proteção em favor das crianças e adolescentes. Verifica-se a existência de ações que mobilizam o Poder Público, o Estado e a sociedade no sentido de ampliar a proteção social e este deve ser o ponto primordial dentro do ordenamento jurídico, de maneira a garantir e assegurar a toda criança e adolescente os seus direitos a uma vida digna.

Para as famílias o desejo de adotar para suprir seu próprio desejo se torna uma busca constante, isso faz com que crianças que não estão no perfil “ideal”, fiquem para trás, enquanto outras que se encaixam sejam rapidamente adotadas.

A legislação que rege a adoção busca o respeito à criança e ao adolescente, dispendo a respeito da proteção integral, mas, muitas coisas precisam sair do papel, pois ocorre que, pelo contexto social e cultural brasileiro, muito trabalho ainda precisa ser feito em se tratando de adoção, principalmente quanto às crianças e aos adolescentes que já se encontram na fila de adoção, mas não se enquadram nos perfis exigidos pelos pretendentes.

Já para um processo de adoção tardia de forma efetiva, tranquila para todas as partes, é preciso uma análise da vontade tanto do casal que pretende adotar, quanto da criança em seguir as etapas previstas na legislação, além da observância à opinião de assistentes sociais, psicólogos, para uma adaptação segura, com muito diálogo e conversas, no intuito que a criança se encaixe perfeitamente no novo lar. Assim, o processo de adoção tem tudo para ser realizado com êxito.

A pesquisa revelou que há avanços na ampliação dos direitos, mas há alguns mitos, preconceitos, crenças e valores enraizados na sociedade, aspectos que influenciam de maneira negativa e dificultam o processo de adoção. Ainda há posições favoráveis ou contrárias, mas, também, muita desinformação quanto às chances de êxito da integração de crianças maiores terem uma nova família.

O Poder Judiciário poderia criar políticas voltadas para a não possibilidade de se escolher o perfil de crianças nas adoções e a obrigatoriedade de se aceitar qualquer criança que tenha sua adoção deferida pelo judiciário. Este poderia ser um caminho a ser trilhado pelos pretendentes e tal medida poderia estar inserida no ordenamento jurídico brasileiro, sob o acompanhamento do Ministério Público.

Ampliando o aspecto da dignidade humana para essas crianças e adolescentes, eliminando a possibilidade de escolha do perfil na adoção, ampliar-se-ia a conscientização de que não se está pensando em características ali mencionadas, mas, acima de tudo, em vidas, em pessoas humanas, em menores que se encontram disponíveis para adoção, justamente porque em algum momento seus direitos já não lhes foram assegurados.

Ademais, vê-se como importante um maior engajamento por parte do judiciário, no sentido de promover campanhas e ampliar as discussões e esclarecimentos de dúvidas, buscando compreender e colocar em pauta a extinção desse preconceito em relação às crianças mais velhas, para garantir, de fato, o que a legislação assim preconiza.

Por fim, é significativa a sugestão de novos estudos para ampliação e discussão dessa temática, uma vez que a sociedade e o poder público precisam, de maneira geral, contribuir mais para medidas efetivas em se tratando de adoção, que o assunto não se esgote na presente pesquisa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10. 406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 ago. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm). Acesso em: 21 maio 2018.

CAMARGO, Mário Lázaro. *Adoção Tardia*: mitos, medos e expectativas. São Paulo: Edusc, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Adoção*. 2017. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas e ações/ cadastro Nacional de adoção](http://www.cnj.jus.br/programas_e_ações/cadastro_nacional_de_adoção). Acesso em: 01 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mais de 37 mil jovens vivem em abrigos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18297-mais-de-37-mil-jovensvivem-em-abrigos>. Acesso em: 8 ago. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. Curitiba: Juruá, 2006.

- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. 2. ed. Curitiba, 2013.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Nova Lei de Adoção Comentada*. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2010.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.
- SANTA CATARINA. CEJA - Comissão Estadual Judiciária de Adoção. 2018. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/infancia-e-juventude/comissao-judiciaria-de-adocao>. Acesso em: 20 maio 2018.
- SILVA, Jaqueline Araújo da. *Adoção de crianças maiores: percepções e vivências dos adotados*. 2009. 115 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia em Processos de Subjetivação) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: [http://www1.pucminas.br/documentos/dissertacao\\_jaqueline\\_araujo.pdf](http://www1.pucminas.br/documentos/dissertacao_jaqueline_araujo.pdf). Acesso em: 20 maio 2018.
- SILVA, Jaqueline Araújo da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. *O regime jurídico da adoção estatutária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SIMON, Ryad. *Psicoterapia breve*. São Paulo: Universidade de São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.
- SOUZA, Hália Pauliv de. *Adoção é adoção*. Curitiba: Juruá, 2008.
- UNICEF. *Crianças de até 6 anos: o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento*. Brasília, DF: Unicef, 2005. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef\\_sowc/sit\\_inf\\_brasil\\_2006\\_completo.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef_sowc/sit_inf_brasil_2006_completo.pdf). Acesso em: 30 set. 2018.

VARGAS, Marlizete. *Adoção tardia: Da família sonhada à família possível*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

VARGAS, Marlizete. *Adoção tardia: Da família sonhada à família possível*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

# ANÁLISE PSICOLÓGICA NA EXECUÇÃO PENAL: A IMPORTÂNCIA DO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO DOS APENADOS

Giovana Zanatto Mitterer<sup>1</sup>

Mauricio Eing<sup>2</sup>

**Resumo:** A mudança de vida que ocorre quando uma pessoa passa a ser um apenado é grande em demasia. O psicológico deste indivíduo fica abalado, uma vez que não há mais liberdade, e os prazeres costumeiros da vida do preso são retirados, isto acaba gerando revolta e visíveis alterações psicológicas. Destarte, quando deixa o cárcere, é difícil a volta ao convívio social, principalmente pelo fato de ganhar um rótulo. Sendo assim, é importante a implantação de um programa para analisar e acompanhar o psicológico dos apenados, para que consigam voltar a viver normalmente suas vidas, sendo, assim, uma forma de ajudar na ressocialização destes homens e mulheres. Ainda, este acompanhamento também pode ser auxiliar na segurança social, pois se consegue fazer um prognóstico de reincidência do agente e diagnosticar possíveis transtornos mentais, que se não forem devidamente tratados, coloca ainda mais em risco a sociedade.

**Palavras-chave:** Psicologia jurídica. Apenados. Periculosidade criminal. Ressocialização.

## 1 INTRODUÇÃO

A criminalidade está presente na humanidade desde o seu início, contudo as maneiras de punição evoluíram ao longo do tempo, das penas de tortura em praça pública, como um show para os espectadores, às penas que não mais visam o corpo, mas sim a restrição da liberdade ou suspensão de

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; giovanamitterer@gmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Processo Civil e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Assessor do Ministério Público Federal; mauricio.eing@unoesc.edu.br

algum direito. Desta forma, as penas passaram a ser humanizadas, tendo em vista não a punição por si só, mas também a prevenção e a ressocialização, com a garantia da dignidade humana aos presos.

Mesmo que, teoricamente, as penas tenham sido humanizadas, o cárcere continua trazendo inúmeras consequências negativas ao apenado, tanto familiares e sociais, pois em muitos casos acaba por perder o contato de seus familiares, que inúmeras vezes o abandonam, e ainda há uma rejeição da sociedade como um todo, que coloca um rótulo no preso e o rejeita, tratando-o como se não mais tivesse direitos e garantias fundamentais.

O cárcere acaba por trazer abalos psíquicos aos apenados, uma vez que não há mais liberdade, e os prazeres costumeiros da vida do preso são retirados, isto acaba gerando revolta e muitas vezes, durante o período preso, cria-se o espírito de vingança e o repúdio aos valores da sociedade. O acultramento com os costumes e princípios da sociedade carcerária é outro ponto, talvez o mais importante, de desestruturação psicológica que acontece com os internos, que acarretam muitos efeitos negativos na vida durante e após o cárcere.

Neste sentido, devido às várias consequências negativas que a prisão traz, é importante apostar em ferramentas para que haja a efetiva ressocialização do apenado, para que ele não volte ao convívio social com ainda menos respeito aos pares e às normas, para que ele retorne para a sociedade livre uma pessoa melhor do que costumava ser, que não queira fazer mal para os outros e nem para si.

Para amenizar os efeitos nocivos do sistema carcerário e auxiliar para que o apenado possa voltar a conviver em sociedade, encontra-se como alternativa que pode ser muito eficaz o acompanhamento psicológico constante dos internos, dentro de todos os presídios e penitenciárias, para auxiliar na reinserção social dos apenados.

Este auxílio psicológico também serve para que os apenados resolvam seus conflitos internos e que possam tomar a consciência das consequências sociais e pessoais que são geradas pela prática de delitos, entendendo o



verdadeiro sentido para aquilo ser tido como crime. Tal acompanhamento também pode auxiliar para identificar possíveis transtornos mentais pré-existentes ou ali desenvolvidos, que merecem tratamento diferenciado, tanto para o bem do preso quanto para a segurança da sociedade livre.

## 2 A FUNÇÃO DAS PENAS

Os objetivos de punir e o tipo de penas evoluíram ao passar do tempo, desde o princípio do convívio em sociedade até os dias atuais as penas passaram por uma evolução humanitária, as penas com castigos físicos foram deixadas para trás, e buscou-se a preservação do corpo.

As penas atuais, em específico na legislação brasileira, foram humanizadas, buscando punir sem infringir o princípio da dignidade humana, entendendo o apenado ainda como um sujeito de direitos. A punição deixou de ser vista apenas como um castigo pelo delito praticado, passou-se a buscar também a ressocialização do apenado.

### 2.1 AS PENAS NO DECORRER DA HISTÓRIA

Desde o início da humanidade, pode-se constatar que no interior do homem há um instinto de luta pela sobrevivência, chamado de “violência fundamental”, sendo uma força que faz o indivíduo romper obstáculos limitadores, a fim de conquistar e garantir a vida (SÁ, 2016, p. 37). Assim, como os maiores obstáculos se tratam de pessoas, nasce a violência, quando encontrados tais empecilhos.

Outrossim, a punição da violência e dos diversos tipos de crimes - que tiveram o conceito mudado ao longo da história - é feita há muito tempo na sociedade. No princípio, os infratores eram punidos a fim de reparar a ofensa que haviam cometido a divindade, sendo a fase conhecida como vingança divina, na qual a punição consistia na retirada da vida do infrator, sem nenhum tipo de proporcionalidade entre a infração e o castigo por tê-

la praticado. A sanção era aplicada com o fim de satisfazer as divindades, destarte a alma do criminoso seria purificada (BITENCOURT, 2014, p. 72-73).

A evolução social trouxe outra forma de punição que ficou bastante conhecida: a Lei de Talião, que teve seus primeiros registros no Código de Hamurabi, em meados de 1.780 a.C, no reino da Babilônia. Tal lei consistia no princípio “olho por olho, dente por dente”, sendo a primeira tentativa de humanizar as penas, com um tratamento igual entre vítima e infrator (BITENCOURT, 2014, p. 73).

Como o número de infratores era grande em demasia e então havia muitas pessoas ficando deformadas, em decorrência das sanções trazidas pela Lei de Talião, evolui-se para um sistema chamado de composição, no qual a pessoa se livrava da imposição do castigo com a compra da sua liberdade. Todavia, logo o Estado assumiu o poder de vingança, passando, assim, a ser pública, mantendo o modelo de penalidades com ligação entre o poder divino e o poder político, com o principal objetivo de manter a integridade do soberano, mantendo-se as características cruéis das penas (BITENCOURT, 2014, p. 74).

E assim, as formas de punir foram se modificando através do passar do tempo. Apenas o início do capitalismo trouxe também o modelo de prisão tal qual se conhece nos dias atuais. No Brasil Motta (2011, p. 13) traz que o Código Penal do Império, de 1830, inaugurou o cárcere, o referido código trazia penas de morte na forca, prisão simples, multa, trabalhos forçados, prisão com trabalho, entre outros, todavia as penas de prisão apenas começaram a ser postas em prática em 1850 (MOTTA, 2011).

Durante o passar dos séculos, as prisões eram utilizadas apenas com o fim de manter os criminosos até o seu julgamento, ou com o fim de possibilitar a aplicação de outros tipos de penalidades. (KOLKER, 2011, p. 200) Na maioria das vezes, o malfeitor ficava aguardando para ser executado na prisão, em condições muito precárias, em condições sub-humanas (BITENCOURT, 1993, p. 14).

No início da história das prisões, a tortura era usada com frequência para que os crimes fossem confessados, sendo a prisão um local perigoso em demasia, um local onde os que ali estavam não tinham nenhum tipo de amparo (BITENCOURT, 1993, p. 14).

Após este período, em meados de 1832, os princípios de liberdade e da dignidade humana começaram a ser elevados ao redor do mundo, juntamente com as ideias iluministas e humanitárias. Neste período, as penas passaram a ser menos cruéis ao corpo dos homens e proporcionais aos delitos, também começaram a ser analisadas as circunstâncias do delinquente (BITENCOURT, 2014, p. 82). A festa de punição, os suplícios, foi sendo deixado de lado para a humanização das penas (FOUCAULT, 2014).

No Brasil, apenas a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, a qual alterou a parte geral do Código Penal de 1940, que as penas passaram a ser de fato humanizadas, bem como passaram a existir formas de sanções diferentes da privativa de liberdade, como penas alternativas (BITENCOURT, 2014, p. 92).

## 2.2 A FUNÇÃO ATUAL DAS PENAS

As penas, com o passar dos anos e com a evolução da humanidade, passaram a ser humanizadas, tendo por objetivo, não só a retribuição ao infrator, mas sim repreender e prevenir. Com desenvolvimento humanitário ao correr dos anos, além de os tipos penais e suas gravidades terem sido redefinidos, deixou de ser o corpo o principal objeto a ser atingido, mas o fim tornou a se encontrar na repreensão e na prevenção, deixando de lado os castigos físicos para punir, e transformando essa punição na perda de um direito ou de um bem (FOUCAULT, 2014).

A repreensão deixou de ser tão severa, evoluindo a cada tempo, utilizando-se o corpo na punição apenas como restrição de alguns direitos, como o de ir e vir livremente, deixando o suplício e os castigos físicos de lado, explica Foucault (2014, p. 15). Segundo o que já em 1764, ensinava Beccaria,

no cumprimento da pena o homem só cede parte de sua liberdade, a qual é necessária para manter a salvação pública, quando as penas forem além desta necessidade serão naturalmente injustas.

Hoje, conforme o que se encontra na Constituição Federal Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, o princípio mais importante do ordenamento jurídico do Brasil é a dignidade da pessoa humana, não sendo diferente no que se trata das penas, que no inciso XLVII do artigo 5º da referida constituição, traz expressamente que as penas não poderão deixar de lado esta dignidade, proibindo penas que contrariem este princípio, tais como cruéis, de morte e perpétuas.

Conforme Marcão (2015, p. 32) traz em seus ensinamentos, com a execução penal, que tem natureza jurídica jurisdicional, objetiva-se humanizar, além de punir. Assim, um fim de utilidade social também passou a ser encontrado nas penas (PRADO, 2004, p. 3).

Não só o princípio da dignidade humana que tem real relevância para a humanização das penas, como ensinam Silva e Boschi (1986, p. 18), além do princípio supracitado, os princípios que tutelam o direito penitenciário são diversos, como o princípio da proteção dos direitos humanos do preso e da paz pública, o princípio da consideração do preso como membro da sociedade, o princípio da participação ativa do sentenciado no processo de ressocialização, o da reeducação e reinserção social do preso e o da o da implantação da equipe interdisciplinar nos órgãos de semiliberdade e serviços de reinserção.

Desta feita, as penas passaram a não ter mais o caráter de retribuição, mas muito além do que isso, colocando como finalidade da pena a repreensão e a prevenção, conforme traz a teoria mista de aplicação da pena, a qual foi escolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro (PENTEADO FILHO, 2015).

No mesmo sentido, conforme entende o mestre italiano Bettiol (apud SÁ, 2015), a pena também oferece a oportunidade do indivíduo refletir e se arrepender do crime praticado, todavia para que esse arrependimento seja eficaz para evitar a prática de novos delitos, posteriores ao tempo de

cárcere, a pena deve ser justa e proporcional ao delito cometido, senão apenas alimentará o sentimento de injustiça e revolta.

O respeito à dignidade humana também é fundamental para a minimização dos efeitos que a pena tem sobre o indivíduo que está com a sua liberdade limitada, trazendo, ainda, com este princípio, a vedação do retrocesso humanizador penal, que não admite que a legislação penal surja de modo retrocedente às penas humanizadoras (ROIG, 2015).

O doutrinador penalista Nucci (2017) aponta que a repreensão do agente do crime gera a prevenção geral positiva e a negativa, a primeira mostra que a lei penal é válida e eficiente, e a segunda intimida muitos que querem praticar delitos, mas acabam deixando de fazê-lo para não terem de arcar com as consequências penais, decorrentes da punição. O doutrinador supracitado também entende que a mesma divisão pode ser feita para a prevenção individual, na qual a positiva se trata da reeducação e da ressocialização, e a negativa que é a privação do indivíduo da sociedade para não ferir outras vítimas, devido ao encarceramento.

No mesmo diapasão, para que a pena seja justa e tenha um caráter muito mais educativo, encontra-se dentro da pena, ainda, conforme trazido por Morselli (1997, p.1), o pressuposto para o tratamento ressocializante e terapêutico do apenado, sendo que o objetivo da ressocialização está disposto no primeiro e no décimo artigo da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

[...]

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (BRASIL, 1984).

Destarte, Penteado Filho (2015) traz a ressocialização como modo de prevenção terciária do Estado Democrático de Direito, com medidas que evitem a reincidência e influenciem na sua recuperação.

Analisa-se a ressocialização como a finalidade mais importante encontrada na Lei de Execução Penal Brasileira, a qual ainda é considerada uma das avançadas no mundo. Conforme o que entende Sznick (1993, p. 172), se não for com a finalidade de socialização, muitas das penas são inúteis e até prejudiciais aos presos, devido ao lado corrupto e infeccioso das prisões.

Infelizmente, apesar de sua legislação considerada avançada, o sistema carcerário brasileiro ainda encontra muitas falhas no cumprimento do objetivo da punição, principalmente no que se diz sobre a ressocialização. Na verdade, como aponta Nucci (2017, p. 190), o Estado tem deixado de dar atenção ao sistema carcerário em um todo, não cuidando da humanização do cumprimento da pena, principalmente em questão à pena privativa de liberdade, não respeitando a integridade física ou moral dos apenados.

Se os direitos dos encarcerados fossem devidamente cumpridos, de forma efetiva, principalmente no que se diz respeito à ressocialização, o índice de reincidência seria demasiadamente inferior ao que se tem na atualidade, pois conforme Rodrigues (2001, p. 91) a ressocialização é uma forma de evitar a reincidência.

### 2.3 RESSOCIALIZAÇÃO

Dentre as atuais funções da pena, encontra-se a prevenção, esta que se subdivide em geral, que pretende demonstrar para a sociedade que a lei e as sanções são efetivamente cumpridas, bem como estabelecer os valores sociais, e em prevenção especial, que foca na pessoa do apenado, que é realizada com a intimidação do condenado, com a diminuição do desejo de cometer crimes e com a reintegração social (RIBEIRO, 2008).

No Brasil, além da Lei de Execução Penal que dispõe em seu artigo 1º a reintegração social como função da execução penal, também encontra-se este preceito no Pacto de San José da Costa Rica, o qual foi recepcionado pelo Brasil e tem força de norma constitucional, também trazendo como função primordial da pena privativa de liberdade a da ressocialização, estando estabelecido no artigo 5, em seu sexto item, conforme se vê: “Artigo 5. Direito à integridade pessoal [...] 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” (PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

Em síntese, a reintegração social do apenado é baseada em medidas que estimulem o apenado a não voltar a delinquir depois do término do cumprimento de sua pena (RIBEIRO, 2008, p. 35). É também a consciência de que o interno continua sendo um cidadão e seus direitos fundamentais continuam em vigor, devendo auxiliar na sua reincorporação social, como auxílio para o bem estar do preso e da humanidade (ALBERGARIA, 1996, p. 139).

A função de ressocialização, quando aplicada da maneira devida, é capaz de reduzir a reincidência criminal e de garantir a humanidade no cumprimento da pena privativa de liberdade (PINESCHI; SOUSA, 2017).

Pavarini (2016) entende como essencial a realização de medidas alternativas para responder aos problemas encontrados no cárcere e elevar a função preventiva da pena.

Neste mesmo sentido, Sá (1987) nos traz que o tempo despendido no cárcere deve ter alguma forma reeducativa, prevenir os riscos e os vícios da vida carcerária e preparar para a volta à vida em sociedade. Na óptica do mesmo autor (2016), tal tratamento penitenciário deve ser feito não apenas centrado na pessoa do apenado, mas também em seus laços e em suas interações sociais, havendo uma abertura do cárcere para a sociedade e da sociedade para o cárcere, facilitando, deste modo, a reintegração social do apenado.

Deve-se ter o entendimento de que, apesar da reintegração social do apenado ser baseada em mudanças da personalidade do interno, não

se pode fazer qualquer tipo de medida que vise a reintegração social sem o consentimento do apenado, pois senão estaria violando o seu direito de liberdade individual, e o Estado não pode interpor coativamente nada que modifique a personalidade do apenado, para que não fira os direitos deste. Assim, o principal que se busca com as medidas, devem ser principalmente para que o interno respeite as normas e princípios de convivência em sociedade e não os viole, não necessariamente que ele coloque em seu interior os valores e mude, assim, sua personalidade. Desta forma, entende-se que a ressocialização é um direito dos reclusos, que pode ou não ser exercido, dependendo da voluntariedade (RIBEIRO, 2008).

Com a análise da Lei de Execução Penal, assevera-se que este direito de escolha do apenado se quer ou não receber o tratamento para a sua reintegração social, baseia-se, principalmente, nos princípios constitucionais da humanidade das penas e da manutenção da dignidade humana, pois deve-se manter a integridade física e moral do apenado, respeitando, assim, a sua personalidade (RIBEIRO, 2008).

Na legislação brasileira, o principal meio de ressocialização previsto é o trabalho, este que deve ser organizado de forma de extrema semelhança com o trabalho extramuro ou, ainda no regime fechado, após o cumprimento de um sexto da pena, há a possibilidade dos internos trabalharem em serviços ou obras públicas, devendo ser tomadas as devidas medidas para que o apenado não emprenda fuga. Já no regime semi-aberto, encontra-se a possibilidade do trabalho externo do apenado, ainda com o objetivo ressocializador da pena. Outra base de ressocialização encontrada na legislação brasileira é a instrução, ou seja, tenta-se muito com que o apenado estude e saia do cárcere uma pessoa instruída (RIBEIRO, 2008).

Mesmo que mais fortemente na Lei de Execução Penal esteja presente a educação e a profissionalização do apenado durante o tempo de cárcere, pode-se implantar o acompanhamento psicológico dos apenados, mesmo que a legislação não traz expressamente essa possibilidade, é uma



forma de ressocialização, que pode ser oferecida e utilizada pelos apenados que desejem, sendo um modo de facilitar a sua volta à vida em sociedade (RIBEIRO, 2008, p. 109).

Sá (2015) traz a ideia de que muito menos utópica e muito mais eficiente seria a adoção de medidas de reinserção social, não mais de ressocialização. A reinserção social seria baseada em estratégias de reintegração de partes de uma relação de contradição, sendo tanto a sociedade quanto o apenado com o seu interior contraditório, sendo oportunidade de crescimento para o apenado, uma vez que poderá dialogar com suas próprias contradições. Através desta proposta de reinserção social, é possível que o cárcere seja cada vez menos cárcere, aumentando muito mais a melhora de suas condições interna, e que as portas da sociedade livre se abram para os encarcerados. É um modo de integração entre pessoas e de integração dentro de cada um de si.

O direito como um todo, é baseado em princípios morais e éticos. Da mesma forma é o direito penal, que traz as sanções para quem viole tais princípios, necessário para que a sociedade não se afunde. Barton e Barton (apud COHEN; SEGRE, [(19-?)]) explicam que moral é o juízo do que é certo e do que é errado, trazendo as condutas consideradas boas ou más em uma certa sociedade, resultando nas normas, como o código penal, trazendo uma consequência negativa pelo não cumprimento das regras.

Já a ética é entendido por um conjunto de normas que regulamentam o comportamento de um determinado grupo de pessoas, que tem suas regras e sanções específicas. É entendida como a consciência dos conflitos interiores entre a razão e a emoção, tendo condição para poder escolher entre qual delas seguir, bem como a coerência da escolha. O fundamento principal da ética é o respeito ao ser humano, então para a pessoa ser ética é necessário mentalizar certos conceitos éticos e amadurecê-los para ter atitudes e viver de um modo mais humano (COHEN e SEGRE, [(19-?)]).

Para que seja de fato a norma ética cumprida é necessário haver uma sanção para o caso de seu descumprimento, sendo uma norma passível de violação, tendo que o transgressor se responsabilizar e acatar as consequências pela norma que inadimpliu (REALE, 2007).

Com o encarceramento, uma das finalidades que se busca é que o apenado tenha a consciência da ilicitude do ato que cometeu. A consciência da ilicitude é entender que o fato é antinormativo, que se faz uma ação que é contrária ao sentimento do que a sociedade traz como justo (REALE, 2007). Assim, a partir da finalidade ressocializadora da pena, busca-se que o interno não volte a cometer delitos, não apenas pelo medo de ser preso novamente, mas por ter em suas convicções que não é certo fazê-lo.

Desta forma, entende-se que a ressocialização deve ser considerada como a finalidade mais importante da pena privativa de liberdade, objetivando que o apenado possa voltar a viver normalmente na sociedade, com respeito às suas normas e sem o desejo de voltar a delinquir.

### **3 INFLUÊNCIA DA PENA NA VIDA DO APENADO**

O sistema carcerário é constituído não só pelas regras da sociedade em geral, mas principalmente pelas regras criadas e impostas pela própria população carcerária, sendo considerada quase como uma sociedade atrás dos muros (SYKES apud RIBEIRO, 2008, p. 117- 118).

Desta maneira, a pena restritiva de liberdade causa inúmeras mudanças na vida do apenado, pois tem de se adaptar a uma rotina e a um limite de espaço totalmente diverso do que se tinha antes. Ainda, há a rejeição social em demasia após o indivíduo deixar o cárcere, mesmo que sua dívida com a justiça esteja sanada.

O tempo em que a pessoa passa encarcerada é uma radical mudança de hábitos e de rotina. Isso acaba prejudicando o psicológico da pessoa, pois é uma perda muito grande de direitos e da liberdade. As instituições totais,

assim chamadas por Goffman (1996), trazem uma ideia de fechamento, com empecilhos para acesso ao mundo fora dali. Assim, a pessoa que ali está passa a conviver apenas com as mesmas pessoas e realizar todas as atividades da vida em um mesmo local, diferente do que era acostumado fora dali, onde tinha a possibilidade de exteriorizar suas vontades em lugares diversos e com pessoas diferentes.

A criminalização do indivíduo gera a sua vulnerabilidade, ao perder um direito humano fundamental, qual seja de evoluir dentro de sua sociedade, regredindo também o poder de resolver os seus conflitos interiores e exteriores (ZAFFARONI, 1988).

Dentro do mundo carcerário, o interno passa por diversas mudanças, estas que acarretam na chamada “mortificação do eu”, devido aos rebaixamentos e humilhações sofridos quando passa para a vida atrás dos muros e grades e começa a mudar a concepção que tem sobre si e sobre os outros a sua volta, bem como da sua nova realidade e condição social (GOFFMAN, 1996).

No período de entrada na prisão, o apenado pode adentrar no período de crise por perda, este que é devido às perdas e ameaças de perdas que há com a prisão, como o convívio social e familiar. A existência ou não desta crise, dependerá da adaptação do encarcerado ao ambiente de confinamento (SÁ, 1987, p. 24).

Depois deste período inicial, também é possível que, durante o cumprimento da sentença, haja outras crises, principalmente por fatores externos, como violências físicas ou morais, castigos, ou perda de familiares, fatores estes que influenciam na adaptação do indivíduo e se não forem devidamente resolvidos no interno do indivíduo, influenciarão para que ele reincida (SÁ, 1987, p. 25).

Outra influência que Sá (1987, p. 25) descreve, no período de cumprimento da pena, é a forma que ele é tratado no cárcere, principalmente por ameaças constantes, perseguição, castigos e severidade no confinamento,

o que acabará aumentando a ansiedade do apenado e, conseqüentemente, os seus impulsos agressivos, pela autodefesa.

A vida carcerária ainda traz conseqüências para a personalidade dos apenados, principalmente no que se diz à identidade, que é alterada devido às mudanças de rotina e de convívio, infantilização, sentimento de inferioridade e empobrecimento psíquico (SÁ, 2016, p. 126), sendo que as referidas conseqüências acabam por afetar em muito na vida do apenado, que passam a adotar atitudes infantis e regressivas, que resultam das inúmeras regras diárias e do marasmo do cárcere (PINATEL apud BITENCOURT, 1993, p. 181).

Albor (1981) explica que há sérias conseqüências psicológicas negativas derivadas do encarceramento, uma vez que este acaba por perturbar ou até mesmo impossibilitar os mecanismos responsáveis pelo equilíbrio da saúde mental e da psique, podendo levar o encarcerado de um surto psicótico momentâneo a um quadro psicótico duradouro. Contudo, Bitencourt (1993) explica que o termo psicose é inapropriado para se referir a tais efeitos psíquicos, tratando-se apenas de reações carcerárias, como na atualidade são chamadas.

Outrossim, a pena privativa de liberdade desencadeia, em muitos casos, alguns outros transtornos psicológicos, como paranoia, patologia psicossomáticas e depressão, estes que podem gerar o desinteresse total do interno pela sua existência, indiferença, perda de memória, perda de apetite e até pensamentos autodestrutivos, que acabam por, diversas vezes, resultar que o encarcerado seja vítima de suicídio (MORA apud BITENCOURT, 1993, p. 180).

Além dos males já citados, o doutrinador supramencionado (BITENCOURT, 1993, p. 170) apresenta como o efeito de maior importância ocorrido pela cultura do cárcere é a chamada “prisionalização”, a qual consiste na forma de absorção da cultura carcerária pelos reclusos, que algumas vezes é maior para uns e menor para outros.

Para a prisionalização mais elevada (CLEMMER apud BITENCOURT, 1993), é necessária a presença de algumas características, como o longo período de cumprimento da pena, personalidade instável, aceitação praticamente

absoluta da dogmática e princípios da sociedade carcerária e poucas relações com pessoas de fora da vida carcerária. Já os fatores determinantes do menor nível de prisionalização são uma pena curta, personalidade equilibrada, demonstração de valores da comunidade fora do cárcere, não aceitando totalmente os princípios e dogmas impostos pela cultura carcerária, manutenção das relações com pessoas de fora das prisões, convivência com outros internos que não estão totalmente integrados na cultura carcerária, bem como não exerçam grande liderança. Dos fatores mencionados, o que mais tende a influenciar para a maior ou menor prisionalização é a duração do cumprimento da pena. O sofrimento do apenado não tem término junto com a pena, ele continua depois do total cumprimento dessa, pois a pessoa acaba por ter sua autoestima abalada, bem como os laços familiares, sociais e profissionais, que acabam por deixar de existir. Ademais, a complexidade para recomeçar a vida é muito grande devido à dificuldade em conseguir arrumar um emprego digno, pois há um grande preconceito por parte da sociedade (IFFANGER; POGGETO, 2016, p. 23).

Na maioria dos casos a pessoa sai do cárcere rotulada (SÁ, 1987), com dificuldade para arrumar emprego e fazer parte de grupos sociais, pois a sociedade, principalmente em localidades pequenas ou em caso de crimes de grande repercussão, acaba por recriminar o ex-apenado, e esta exclusão, se o apenado não tiver o preparo psicológico adequado para encará-la, faz com que a reincidência seja muito maior, pois, muito possivelmente, haverá o repúdio e a vontade de vingança, aumentando a probabilidade de reincidência, que resultará em um ciclo vicioso na vida do apenado.

#### **4 OS BENEFÍCIOS DO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO DO APENADO**

A função do psicólogo no sistema carcerário há muito é conhecida como aquela que, com base no que lhe atribui ou atribuiu a Lei de Execução Penal, faz o exame de periculosidade e avalia o apenado para fazer a

individualização da pena, através das conhecidas CTCs - Comissões Técnicas de Classificação, previstas nos artigos 7º e 8º da referida lei.

**Art. 7º** A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

**Art. 8º** O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto. (BRASIL, 1984).

Todavia, a legislação sofreu mudanças sobre o quesito de periculosidade, que antes era utilizado, com base nos pareceres assinados por psiquiatras, para presumir se o apenado voltaria a delinquir, então, com as mudanças legislativas, a ideia de periculosidade não deve ser utilizada para fins de presunção de reincidência, uma vez que a primeira só deve, conforme a nossa atual legislação, ser admitidas em caso de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, quando já o caso não se torna mais penal, mas sim de saúde (SÁ, 2015). Ademais, Pinatel (apud SÁ, 2015) traz que a ideia de periculosidade, mesmo em caso de distúrbios mentais, não deve ser considerada como condição crônica, mas sim iminente, salvo em casos de psicopatia, de desvio de caráter, os quais se pode ter a suspeição de caráter permanente de periculosidade.

Desta forma, passou a não se falar mais em periculosidade, mas em prognóstico de reincidência, sendo a primeira explicada por fatores

biopsicológicos, extremamente positivistas, já o segundo é a compreensão da probabilidade do agente cometer novos delitos se voltar às mesmas condições culturais, sociais e econômicas, bem como continuar com os mesmos conflitos internos, os quais juntos o fizeram delinquir no primeiro momento (SÁ, 2015).

O prognóstico é feito através de análises clínicas ou estatística (PENTEADO FILHO, 2015). Os prognósticos clínicos são feitos a partir de um detalhamento do agente, com observações feitas por médicos, psicólogos e assistentes sociais, já os prognósticos estatísticos não levam em conta o interno do apenado, apenas fatores externos analisados através de tabelas de predição.

Nestas análises, ainda na explicação de Penteado Filho (2015), é necessário ter em conta três fatores principais, quais sejam psicoevolutivos, jurídico-penais e ressocializantes. Os fatores psicoevolutivos compreendem a personalidade do agente criminoso, tanto as baseadas em fatores sociais, quanto as baseadas em seus problemas internos. Os fatores jurídico-penais estão relacionados à vida delitativa do apenado, na qual se observam desde antecedentes criminais, tipo de crime e até as infrações cometidas antes da maioridade. E por fim, os fatores ressocializantes são asseverados a partir do aproveitamento do preso das medidas que lhe são impostas e da sua disciplina no cárcere.

“Todo ser vivo, para se manter vivo, deve ser, ao menos, minimamente adaptado.” (SÁ, 1987, p. 3). Assim, deve-se refletir sobre as condições de adaptações oferecidas pelo sistema carcerário, local onde há o aumento de vulnerabilidade psíquica e física, bem como diminui a adaptabilidade do indivíduo à sociedade fora dali.

Para que ocorra esta “readaptação” do apenado à sociedade, é necessário encontrar um método eficiente para que o indivíduo trabalhe suas vulnerabilidades e tenha em sua consciência o que é positivo para si e para outrem, lembrando-o de quais são as regras da boa convivência em sociedade, para que diminua o risco da pessoa voltar ao mundo dos delitos. Para que haja a efetiva prevenção da reincidência, Sá (1987) traz como melhor

investimento, mesmo que os resultados se dêem a longo prazo, aquele que seja em programas de saúde mental.

O psicólogo supramencionado (2015) ainda propõe um modelo de acompanhamento psicossocial, este que não visa fazer prognóstico de reincidência, bem como não serve apenas para uma análise puramente criminológica, mas sim pretende encontrar maneiras de promover humanamente o preso. Sá (2015), ainda, diz que não deve ser feita a avaliação psicológica do preso exclusivamente nos momentos para verificar se é possível a obtenção dos benefícios, mas é em demasia importante que seja realizado ao longo da pena, auxiliando nos programas de reinserção social.

Na mesma linha, Cruces (2010) traz que o processo de humanização do preso deve ser feito com ajuda do trabalho do psicólogo, este que cria condições para que o preso encontre novas significações, possibilitando que, após o período de cumprimento de pena, estas pessoas possam fazer suas escolhas, analisando as consequências dos seus atos.

Neste sentido, o constante acompanhamento psicológico dos apenados é em demasia importante, sendo um método eficiente para auxiliar nessa readaptação do indivíduo, fazendo-o resolver seus conflitos interiores, que o leva para o cometimento de infrações penais, diminuindo sua vulnerabilidade psíquica, esta que se não for controlada só aumenta o risco de novos delitos serem cometidos pelo mesmo apenado, quando já não for mais um (SÁ, 2016).

Neste diapasão, o mestre em psicologia social, Sá (2016), entende que se deve encontrar meios de identificar os pontos vulneráveis trazidos pelos obstáculos criados pelas suas condições escolares, familiares e sociais na sua trajetória, fazendo que o apenado tenha a consciência dos referidos obstáculos e das consequência das respostas que dá a estes. Deve-se desenvolver o pensamento e aumentar a capacidade de reflexão do indivíduo, que ajudará a encontrar as respostas satisfatórias.



Ademais, consoante nos traz Sá (2015), a psicologia clínica tem como fim a redução da exclusão, a cura de sintomas, sendo ou pela expressão do que não é aceito ou pela superação de contradições internas do indivíduo.

Sobre o mesmo tema, Palomba (1992, p. 13) descreve que:

O exame psíquico para casos penais deve consignar, além dos achados nas diversas esferas e faculdades psíquicas, a crítica que o examinado estabelece sobre o ato delituoso que praticou, o arrependimento que demonstra e os planos que elabora para o futuro, porquanto esses três itens já vão demonstrando o grau de periculosidade do agente, oferecendo, também, subsídios para a avaliação da capacidade de entendimento do caráter criminoso do fato.

O exame psicológico ajuda, ainda, que seja tomada a consciência de muitos outros aspectos, como sociais e familiares, que possam ter influenciado no cometimento do delito, quando não havia tal consciência (SÁ, 2015).

Neste novo modelo de criminologia clínica de inserção social, o principal objetivo está pautado na inclusão social do apenado, não mais sendo uma criminologia crítica. Este padrão estaria pautado em contribuir na compreensão do indivíduo interno, com base em todo o seu contexto social e individual, com o fim de encontrar uma resposta ao seu comportamento delinquente, contribuindo com a inclusão social do recluso (SÁ, 2015).

Essa nova concepção de criminologia clínica, com ênfase na inclusão social, deve ser feita de forma permanente ao longo da execução da pena, e nestas oportunidades o apenado tomará consciência da efetividade das respostas que dá aos seus conflitos internos. O psicólogo deve ouvir atentamente o que o encarcerado fala, não apenas com o fim de interpretação de suas palavras, mas também para ouvi-lo e entendê-lo, de forma atenciosa e compreensiva, dando a oportunidade que ele sempre quis na vida: a de ser ouvido. As interpretações tidas pelo psicólogo devem ser, na medida do possível, colocadas em pauta para a discussão sobre elas com o apenados, para que eles possam, também, aumentar a reflexão sobre si mesmo (SÁ, 2015).

O acompanhamento do apenado deve ser realizado durante todo o período de detenção (CRUCES, 2010) para minimizar os efeitos da prisão, bem como para se preparar para a vida após deixar o cárcere. Cruces aponta o trabalho interno como meio para realizar essa ajuda, possibilitando o autoconhecimento, buscando as habilidades e competências, assim como a proposta de atividades que estimulem o raciocínio científico, este que proporcionará encontrar soluções mais eficazes e criativas nos desafios cotidianos. A partir destas ferramentas, será possível que o apenado reavalie sua vida e seu papel diante sua comunidade, bem como poderá avaliar, de forma crítica, as suas atitudes e dos outros.

Outrossim, Sá lembra que este acompanhamento serve, não só para tratar os traumas pré-existentes do indivíduo antes da vida encarcerado, mas também para cuidar dos traumas e angústias que vivem dentro das penitenciárias, sejam por pressões psicológicas apenas por ali estarem, mas também por fatores pessoais ou familiares. Cunha (2000, p. 28) traz que esse diagnóstico serve para encaminhar a superação ou atenuação dos problemas decorrentes.

Busca-se uma compreensão da conduta criminosa, que é muito além do que apenas explicar o fator criminoso, é um desenvolver uma consciência que se aprofunda cada vez mais, tendo igualdade entre as partes, entre aquela que compreende com aquela que é compreendida. Não é apenas compreender o cenário criminoso e a conduta pelo crime propriamente dito, mas como a resposta que o condenado deu a uma situação obscura que enfrentou na vida (SÁ, 2015).

Consoante o que nos explica Sá (2015), na maioria dos casos, basicamente todos aqueles que não se tratam de distúrbio psíquico, os problemas internos do indivíduo - que o levaram a cometer delitos - são resultado de laços familiares desestruturados, então, nestes casos, o melhor que o cárcere pode oferecer para o indivíduo, que o faça ter um feliz retorno ao mundo social - após o cumprimento efetivo da pena - é o acompanhamento psicológico, tanto podendo ser feito através de abordagens individuais ou grupais.

O acompanhamento psicológico tem a possibilidade de trazer mudanças dentro do ser humano, uma vez que o terapeuta tende a ter uma atitude positiva e aceitadora de seu paciente, desejando que este demonstre exatamente quem é e o que está sentindo naquele momento. Com a escuta do psicólogo, quando realmente deixa que o cliente transpareça para ele, o primeiro consegue entrar no mundo interior do segundo, explicando até mesmo as coisas que estão em outro nível da consciência, que ele jamais poderia explicar por si só. A mudança ocorre pelo fato de que quando as pessoas se sentem aceitas e consideradas elas têm propensão a terem atitudes com maior consideração a si mesmas, tornando-se mais livres e compreensivas consigo (ROGERS, 1983, p. 39).

Assim, assevera-se que o papel que tem a criminologia clínica nos presídios é de escuta, para auxiliar na cura do lado excluído e incompreendido do apenado, auxiliando-o na compreensão do contraditório presente em seu próprio interior (SÁ, 2015).

Destarte, encontra-se como mudanças resultantes da psicoterapia a diminuição de características neuróticas ou psicóticas, aumento de características de um psicológico sadio. A pessoa passa a se valorizar mais, tornar-se mais autoconfiante e aproxima-se cada vez mais da pessoa que gostaria de ser, estando cada vez mais aberto para as suas experiências de vida (ROGERS, 2009).

Encontra-se como uma pessoa cada vez mais adaptativa, que não se deixa mais ser tão atingido pelo estresse e amadurece o seu comportamento, tornando-se mais realista ao enfrentar novas situações e novos problemas (ROGERS, 2009).

Ademais, tal abertura para as suas experiências possibilita que a pessoa entenda cada vez mais seus impulsos e sentimentos, assim como a necessidade da existência de certas leis na sociedade e consegue analisar melhor as consequências de suas ações negativas. Quando a compreensão

sobre seus atos e a possibilidade de julgá-los, por si só, como maus, traz para a pessoa a vergonha e a vontade de mudança (ROGERS, 2009).

Tal compreensão, que o encarcerado vai adquirindo com o auxílio do psicólogo, faz com que ele vá adequando e aprimorando suas respostas aos seus conflitos internos gradativamente com o passar do tempo, melhorando sua conduta e principalmente sua qualidade de vida (SÁ, 2015).

Sá (2015) ainda complementa sobre a importância da psicologia clínica dentro das penitenciárias, trazendo como essencial o tratamento de distúrbios psíquicos, não as psicoses e insanidades mentais - estas que devem ser tratadas com medidas de segurança, mas aqueles distúrbios psicológicos e neuroses que acabam por colocar em risco o autor e também a sociedade em geral, principalmente a parte mais vulnerável.

## **7 CONCLUSÃO**

A criminalidade sempre esteve presente na sociedade e as punições foram mudando e evoluindo a cada tempo, dos shows públicos de suplício às penas humanizadas, com respeito à dignidade humana, que decorreram da evolução da sociedade. Assim, as penas deixaram de ter como único objetivo a repreensão, passando também objetivar a prevenção, a fim de atingir a humanidade da pena.

Um dos princípios mais fortes encontrados na finalidade das penas é o da ressocialização, da reintegração social do apenado. Tal finalidade almeja tornar o sujeito apto, depois do tempo em cárcere, a conviver novamente em sociedade, respeitando as leis e tendo as condutas baseadas na moral e na ética, as quais são esperadas pelo corpo social, não mais voltando a cometer delitos, os quais cessariam mais uma vez a sua liberdade.

Neste diapasão, tem-se a ideia de uma forma auxiliar para preparar o apenado a ser reinserido na sociedade oferecer o acompanhamento psicológico, tanto de forma individual quanto em grupo, que não deve ser

feito apenas na entrada do preso ao estabelecimento carcerário, mas sim ser acompanhado constantemente, para auxiliá-lo no processo de pré-adaptação ao convívio social, melhora de qualidade de vida, recuperação dos males psicológicos que o cárcere causa, bem como avaliar possíveis transtornos mentais ou psicopatologias, o que pode auxiliar antes de colocá-lo em liberdade novamente, como algo rotineiro que será auxiliar da segurança pública e para a reinserção dele na sociedade.

E para que isto seja feito, deve ter alguma norma regulamentadora do acompanhamento psicológico em todos os estabelecimentos penitenciários do Brasil, bem como o aumento significativo de profissionais da área nestes locais, para que tenha a devida efetividade e os apenados sejam avaliados e acompanhados com terapia regularmente.

Além disto, o ponto mais importante que deve ser normalizado sobre a atuação dos psicólogos nos estabelecimentos carcerários é na questão do acompanhamento destes como auxiliares na reintegração social daqueles privados de liberdade, para que diminua o índice de reincidência, com o entendimento de que não se deve delinquir por uma questão moral e ética, e para que a vida, quando voltar à liberdade, possa ser normal, afinal, a pena já terá sido cumprida e a própria Carta Magna prevê que os presos devem ter seus direitos mantidos.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALBOR, Augustín Fernando. Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. 4, p. 229-279, 1981. Disponível em: [https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4279/pg\\_229-282\\_penales4.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4279/pg_229-282_penales4.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 12 nov. 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 20 out. 2017.

COHEN, Claudio; SEGRE, Marco. *Breve discurso sobre valores, moral, eticidade e ética*. São Paulo: [s. n.], [(19-?)]. Disponível em: <http://www.fct.unesp.br/Home/Administracao/TecnicaAcademica/Comite%20de%20Etica%20-%20conceito%20de%20etica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

CRUCES, Alacir Villa Valle. A situação das prisões no Brasil e o trabalho dos psicólogos nessas instituições: uma análise a partir de entrevistas com egressos e reincidentes. *Boletim da Academia Paulista de Psicologia*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 136-154, abr. 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bapp/v30n1/v30n1a10.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

CUNHA, Jurema Alcides. *Psicodiagnóstico - V. 5*. ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo; POGGETTO, João Paulo Ghiral-delli dal. As finalidades ocultas do sistema penal. *Revista dos Tribunais*, v. 124, n. 24300, p. 259-297, out. 2016. Disponível em: [rtonline.com.br](http://rtonline.com.br). Acesso em: 24 ago. 2018.

KOLKER, Tania. A atuação dos psicólogos no sistema penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini.; BRANDÃO, Eduardo Ponte (org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2011. p. 199-251.

MORSELLI, Élio. A função da pena à luz da moderna criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 267, p. 39-46, jul./nov. 1997.

MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva: Nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")*. 1969.

PALOMBA, Guido Arturo. *Psiquiatria Forense: Noções Básicas*. São Paulo: Saraiva, 1992.

PAVARINI, Massimo. Menos cárcel y más medidas alternativas. *Nuevo Foro Penal*, n. 56, p. 197-206, nov. 2016. Disponível em: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4030>. Acesso em: 14 nov. 2018.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580696>. Acesso em: 17 ago. 2018

PINESCHI, Bruna de Carvalho Santos; SOUSA, Daniel Aquino de. Análise estatística da reincidência penal brasileira e a função preventiva especial positiva da pena privativa de liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, n. 393, p. 39-67, mar. 2017.

PRADO, Luiz Régis. Teoria dos Fins da Pena: Breves Reflexões. *Revista dos Tribunais Online*, v. 0, n. 712, p. 143-158, jan./jun. 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=LjhnDwAAQBA-J&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 20 set. 2018.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *A função de reintegração social da pena privativa de liberdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização; jurisdicionalização; consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROGERS, Carl Ransom. *Tornar-se pessoa*. 6. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

ROGERS, Carl Ransom. *Um jeito de ser*. São Paulo: Epu, 1983.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580840>. Acesso em: 09 ago. 2018.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: Proposta de um modelo de terceira geração*. Coordenação: Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580853>. Acesso em: 04 ago. 2018.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Prefácio: Carlos Vico Mañas.

SÁ, Alvino Augusto de. *Reincidência Criminal: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. São Paulo: EPU, 1987.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

SZNICK, Valdir. *Direito Penal na Nova Constituição: Terrorismo; pena de morte; tortura; racismo; confisco; banimento*. São Paulo: Ícone, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.



# AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CPC COM A SISTEMÁTICA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Gabriel Filipe De Lima Zenaro<sup>1</sup>

Leonardo Sanguanini<sup>2</sup>

**Resumo:** Com o advento do novo Código de Processo Civil o instituto das tutelas antecipadas e cautelares sofreu significativas alterações, a começar pela junção de ambas em um sistema chamado pelo legislador de tutelas provisórias. No entanto, a finalidade permanece a mesma, proporcionar às partes de um processo meios de obtenção de seus direitos da forma mais célere e efetiva para as peculiaridades do caso concreto. Contudo, para que esse propósito seja alcançado, é imprescindível que haja compreensão por parte do operador do direito acerca do procedimento adequado para requerer a concessão de tutelas provisórias, além dos meios para verificar e fundamentar o preenchimento dos requisitos autorizadores dessa medida. Por essa razão, o objetivo deste trabalho consiste em averiguar, através de pesquisas jurisprudenciais e também de uma análise comparativa entre o antigo e o vigente Código de Processo Civil, se as mudanças são ou não benéficas para a concessão das tutelas provisórias por juízes e tribunais, assim como, conhecer das principais preocupações e controvérsias dos doutrinadores e juristas acerca dessas modificações.

**Palavras-chave:** Tutelas provisórias. Novo Código de Processo Civil. Tutelas de urgência e evidência. Princípio da celeridade processual.

## 1 INTRODUÇÃO

As tutelas provisórias, apesar de serem institutos processuais, possuem grande implicância na asseguuração dos direitos materiais, pois

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; gabriel.l.zenaro@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina; leonardo.sanguanini@unoesc.edu.br

têm como objetivo possibilitar que os jurisdicionados não sofram prejuízos decorrentes da demora no deslinde do processo; e frente a tal, toda modificação realizada nesse mecanismo jurídico precisa de especial atenção para que não se perca de vista o princípio da celeridade processual ou que acabe por restringir o acesso da sociedade a meios mais eficazes de prestação jurisdicional.

O novo Código de Processo Civil, em vigência desde 18 de março de 2016, alterou substancialmente os institutos das tutelas antecipadas e dos processos cautelares, que passaram a fazer parte do gênero da mencionada tutela provisória por sua incorporação às espécies de tutelas de urgência. Além disso, criou-se a tutela de evidência com o objetivo de complementar o novo sistema de garantias processuais e, por consequência, novos procedimentos e possibilidades para concretização das referidas disposições.

Não obstante ainda existirem posicionamentos divergentes na doutrina sobre algumas alterações desse sistema, no que tange a sua aplicação prática, é essencial que os métodos de utilização adequada estejam bem delimitados para os operadores do direito, posto que as normas já se encontram em vigor no ordenamento jurídico.

Por tais razões, surge a necessidade de estudar de forma mais aprofundada essas mudanças, a fim de evitar prejuízos resultantes de má interpretação da legislação e alcançar o real propósito desse instituto jurídico.

Neste contexto, o presente artigo visa contribuir para compreensão dos novos procedimentos, bem como analisar se tais modificações trouxeram benefícios e/ou facilidades à efetivação do princípio da celeridade processual. Na busca de tal objetivo pretende-se realizar uma análise comparativa entre as regras do antigo e do atual Código de Processo Civil e abordar os principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto. Além da exposição sobre as alterações trazidas pelo novo CPC, este artigo contempla todas as espécies e procedimentos de tutelas provisórias do novo sistema, suas novas disposições legais e melhor aplicabilidade aos casos concretos.

## 2 DAS NOÇÕES GERAIS DA TUTELA PROVISÓRIA

O Código de Processo Civil de 2015 dispõe sobre a Tutela Provisória no Livro V da parte geral, artigos 294 a 311 nos quais subdivide o tema em três títulos que abordam, respectivamente, as disposições gerais, a tutela de urgência e a tutela de evidência (BRASIL, 2015). Com isso, já se pode concluir que esse instituto se aplica tanto nos processos de conhecimento quanto nos de execução e também que o termo “tutela provisória” expressa o gênero do qual fazem parte um conjunto de tutelas diferenciadas (GONÇALVES, 2015).

Segundo Bueno (2017, p. 257) as Tutelas Provisórias podem ser conceituadas da seguinte maneira:

[...] conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isto, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor [...]

A partir do conceito acima, faz-se necessário discorrer brevemente sobre os elementos essenciais desse novo sistema. Logo no parágrafo único do art. 294, que versa sobre as disposições gerais, o legislador esclarece que na tutela de urgência estão dispostas as cautelares e antecipadas que poderão ser concedidas tanto em caráter antecedente quanto incidental. Assim, surge a necessidade de diferenciar as tutelas cautelar e antecipada até porque, nos artigos subsequentes o código estabelece ritos próprios para o requerimento de cada uma delas.

Nas palavras de Bueno (2016, p. 248) “[...] a tutela provisória pode satisfazer ou apenas assegurar o direito (material) do requerente. Satisfazendo-o, é antecipada; assegurando-o, é cautelar.” Dessa forma, em termos conceituais, a distinção não parece de difícil compreensão, pois basta

pensar que se a concessão da tutela já garante de plano ao requerente aquilo que ele deseja, ou seja, satisfazendo a sua pretensão essa será antecipada, mas quando a sua concessão apenas protege aquilo que a parte busca para a fase posterior do processo, trata-se de tutela cautelar.

Entretanto, quando se está diante de uma situação concreta a diferenciação pode se tornar uma tarefa um tanto árdua, pois, na nossa compreensão, não há como afastar totalmente o caráter satisfatório de uma medida assecuratória, assim como, não é possível dizer que uma tutela provisória satisfativa não tem condão de proteção do direito material para que não se perca até o desfecho do processo. Por esse motivo, a separação dessas modalidades de tutela depende de uma análise de preponderância de uma característica sobre a outra (BUENO, 2017).

Ademais, e não por outro motivo, divergências doutrinárias se fazem presentes em alguns temas específicos, como expõe Costa (2016, p. 426): “Os alimentos provisionais são tutela cautelar para uns (ex: Pontes de Miranda) e tutela antecipada para outros (ex: Ovídio Baptista).”

Essa dificuldade para distinguir a cautelar da antecipada é de certa forma reconhecida pelo legislador quando no título II, em que institui os procedimentos especiais da tutela de urgência requerida em caráter antecedente, prevê no §º do art. 305 do CPC, a possibilidade de o juiz observar o rito correto quando entender que a tutela requerida como cautelar tem natureza antecipada. A referida disposição é tida pela doutrina como resquício da fungibilidade prevista no §7º do art. 273 do CPC de 1973 (BRASIL, 1973), devendo ser utilizada também no sentido inverso como ocorria no código anterior, para conhecer da tutela antecipada mesmo que requerida como cautelar (BUENO, 2017).

Nesse sentido, embora seja necessária a distinção entre cautelar e antecipada, visto que o NCPC ainda as trata de maneira separada, eventual equívoco sobre a modalidade da tutela no momento do pedido pode ser

sanado pelo Juiz por força do critério de fungibilidade entre as tutelas provisórias de urgência.

É preciso também distinguir a tutela requerida de forma antecedente da incidental, pois, como mencionado anteriormente o CPC prevê ritos diferenciados para as tutelas antecedentes, sejam cautelares ou antecipadas, que não se aplicam no caso de tutelas incidentais, assim, de acordo com a classificação do pedido de tutela se definirá o procedimento. Por esse motivo, é pertinente fazer a sua separação, nesse viés Theodoro Junior (2015, p. 608) explana que:

(a) Tutelas de caráter antecedente: são as que precedem o pedido principal. O autor irá indicar, na petição inicial, a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional (arts. 303, caput e 305, caput). Apenas após efetivada a tutela, é que o pedido principal deverá ser formulado, nos mesmos autos em que veiculado o pedido cautelar (arts. 303, § 1º e 308). (b) Tutelas incidentes: são as que surgem no curso do processo, como incidentes dele (arts. 294 e 295). Podem ser requeridas por simples petição nos autos a qualquer tempo.

Diante disso, extrai-se que no rito estabelecido para as tutelas antecedentes o seu requerimento é suficiente para instauração do processo, ou seja, independe da formulação do pedido principal que ocorrerá somente após a efetivação da tutela requerida.

No que tange aos requisitos é imprescindível compreender a que se referem as expressões latinas *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora), pois são amplamente utilizadas na doutrina e jurisprudência.

O uso desses termos, que também ocorria na vigência do antigo CPC, atualmente tem a finalidade de descrever os requisitos de concessão da tutela de urgência, que na letra do novo código estão expressos no art. 300

como a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Nesse sentido o doutrinador Gonçalves (2015, p. 58) dispõe que:

A tutela será de urgência quando houver ‘elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo’. Os requisitos são o *fumus boni juris*, isto é, a probabilidade do direito, e o *periculum in mora*, o risco de que sem a medida o litigante possa sofrer perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação.

Dessa forma, podemos observar que os requisitos de probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, na sistemática do novo código, são comuns para cautelares e antecipadas, por ambas estarem inclusas na tutela provisória de urgência.

Não bastando, cabe-nos destacar alguns aspectos da tutela de evidência, que, apesar de ser menos densa que a de urgência, é, de igual maneira, extremamente relevante, pois com ela busca-se proteger aquele que possui seu direito suficientemente provado da morosidade de um procedimento comum, mesmo que não haja risco de dano iminente e grave (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Importante ressaltar que nessa modalidade não há necessidade de comprovação de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo sendo que as hipóteses que autorizam a sua concessão encontram-se expressamente elencadas no rol do artigo 311 do CPC/2015 e baseiam-se essencialmente na coibição de defesas meramente protelatórias, bem como na aplicação dos precedentes judiciais e valorização das provas documentais.

Nos casos da tutela de evidência a ideia parece ser simples “vale dizer, o direito da parte requerente é tão óbvio que deve ser prontamente reconhecido pelo juiz.” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 871).

Com isso, finaliza-se a síntese dos elementos fundamentais da tutela provisória segundo a sistemática elaborada pelo novo Código de Processo

Civil, sem os quais não haveria como prosseguir no desenvolvimento do tema proposto neste artigo.

### **3 DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL**

O princípio da celeridade processual ou da razoável duração do processo como é chamado por alguns doutrinadores é assegurado como direito fundamental pela nossa Constituição Federal, a qual dispõe no inciso LXXVIII do art. 5º que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, [2016]).

Diante da previsão desse princípio na Constituição não haveria como o CPC não segui-lo, pois observar o modelo constitucional não é uma opção das demais normas e sim uma imposição para que estas não sejam declaradas inconstitucionais (BUENO, 2017). Porém, mesmo não se tratando de uma escolha, o texto do código reafirmou esse compromisso manifestando no art. 1º que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil [...]” (BRASIL, 2015).

Ainda, sobre o princípio da celeridade também houve ratificação específica através do art. 4º o qual prevê que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 2015), o que não deixa dúvidas sobre a relevância da celeridade para o direito processual. A expressão “atividade satisfativa” inserida na disposição do CPC tem por objeto declarar que a duração razoável do processo não deve compreender somente a certificação do direito através da sentença, mas também a sua realização através da execução (THEODORO JÚNIOR, 2015). Acerca do que seria um tempo razoável para duração do processo Theodoro Júnior (2015, p. 65-66) explica que:

Não há, nem poderia haver, na lei, uma predeterminação do tempo qualificado como razoável para a conclusão de um processo. O que não se pode tolerar é a procrastinação injustificável decorrente da pouca ou total ineficiência dos serviços judiciários, de modo que a garantia de duração razoável se traduz na marcha do processo sem delongas inexplicáveis e intoleráveis.

É evidente que o aludido princípio busca combater a morosidade judiciária para dar maior efetividade na tutela jurisdicional, pois, se a resposta do juízo não for rápida não há justiça no processo, porquanto, mesmo que ao final se proteja o direito violado, o tempo excessivo da espera o torna injusto (THEODORO JÚNIOR, 2015). No entanto, a celeridade não diz respeito somente à agilidade na tutela jurisdicional, mas também na garantia de sua efetividade para o jurisdicionado, ou seja, visa combater o perecimento do direito pleiteado por decurso do tempo até o desfecho do processo.

Nesse sentido que repousa a ligação do referido princípio com as tutelas provisórias, pois estas são mecanismos criados para evitar a ineficiência de uma prestação tardia. Com as tutelas provisórias possibilita-se que as partes obtenham seus direitos com a presteza que exige a situação fática sem comprometimento do trâmite processual.

Por esse motivo, que toda alteração realizada sobre esse instituto processual deve visar sempre atender ao princípio da celeridade para garantir aos jurisdicionados o acesso aos direitos de forma justa e efetiva. Assim, deve-se ter em mente que para dar cumprimento aos ditames desse princípio é preciso que haja uma junção de esforços em todas as áreas de atuação estatal, nessa toada dispõem Gonçalves e Lenza (2017, p. 67-68, grifo do autor) que:

Esse princípio é dirigido, em primeiro lugar, ao **legislador**, que deve editar leis que acelerem e não atravanquem o andamento dos processos. Em segundo lugar, ao **administrador**, que deverá zelar pela manutenção adequada dos órgãos judiciários, aparelhando-os a dar efetividade à norma constitucional. E, por fim, aos **juízes**,



que, no exercício de suas atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida.

Dessa forma, é imprescindível que haja uma atuação conjunta dos ramos legislativo, administrativo e judiciário na aplicação do princípio da celeridade. Na parte que cabe ao judiciário, evidencia-se pela jurisprudência que os tribunais vêm fazendo uso dos ditames da celeridade em muitos casos, como podemos extrair do julgado a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - INTIMAÇÃO PARA COMPROVAÇÃO DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA - PRÉVIA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPRESCINDÍVEL, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA DEMANDANTE - ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO DOTADO DE REPERCUSSÃO GERAL N. 631.240/MG - POSICIONAMENTO DO MAGISTRADO QUE PRESTIGIA O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO EXAME DO MÉRITO - NECESSIDADE, CONTUDO, DE ELASTECER O PRAZO CONCEDIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO [...] III - **Em observância aos princípios da primazia do exame do mérito (CPC/2015, arts. 4º, 317 e 321), da economia e da celeridade processual, ao amparo da razoável duração do processo (CF/1988, art. 5º, LXXVIII), segundo os quais se prestigia a composição do litígio em tempo otimizado, com o menor sofrimento processual possível, não se mostra razoável extinguir o feito sem resolução do mérito antes de se oportunizar a correção do vício processual verificado.** (SANTA CATARINA, 2016, grifo nosso).

No caso apresentado acima, o princípio em comento foi aplicado com o intuito de evitar a propositura de outro processo com o mesmo objeto, apenas por haver vício formal no primeiro, o que não teria cabimento em um processo civil que respeita o modelo constitucional. Da jurisprudência

dos tribunais também se extrai a relação de interdependência do princípio da celeridade e do instituto das tutelas provisórias, conforme demonstra o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2016, grifo nosso):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. DECISÃO QUE DETERMINA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA PARA EXECUÇÃO DE LIMINAR PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ART. 273, §3º, DO CPC/1973. DESNECESSIDADE. 1. **A efetivação da tutela antecipada de obrigação de fornecer fármaco deve ser realizada no corpo do próprio processo em que deferida a medida, sendo desnecessário o ajuizamento de execução provisória.** 2. Em que pese não haja norma que imponha de forma expressa a postulação da efetivação da antecipação de tutela no mesmo processo em que deferida, **tal medida se impõe em face do princípio da duração razoável do processo, da necessidade de busca da maior celeridade processual possível e do princípio da instrumentalidade das formas.** 3. Verificada a remessa dos autos principais à Superior Instância, a execução poderá ser feita por meio de autos suplementares, de acordo com a regra do art. 159, § 1º, do CPC/1973. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Denota-se, da jurisprudência supracitada que para o deferimento da tutela provisória atingir o seu propósito, é preciso se orientar pelo princípio da celeridade, porque no caso em apresso de nada adiantaria existir a concessão da tutela antecipada se essa não pudesse ser executada com maior brevidade possível. Ora, se a situação fática demanda o pedido de uma medida de urgência, não haveria o menor sentido exigir ajuizamento de outra ação para o postulante obter o seu direito.

Do mesmo modo, a tutela provisória é um meio para se alcançar a finalidade do direito à celeridade processual de assegurar a parte maior efetividade da tutela jurisdicional, pois há situações em que a urgência do caso não comporta nem mesmo a espera da tramitação célere do processo. Ou,

no caso dos motivos que autorizam a tutela de evidência (art. 311 do CPC), é injusto fazer a parte aguardar o deslinde processual para obter um direito que já está evidente.

Tais circunstâncias, em que a celeridade na tramitação dos processos, por si só, não é suficiente para garantir uma prestação jurisdicional eficaz para situações de urgência, utiliza-se as tutelas provisórias, justamente para não se atropelar o devido processo legal. Acerca disso, Bueno (2017, p. 58) explica que: “[...] eventual celeridade não pode comprometer outras garantias do processo – contraditório, ampla defesa, publicidade e motivação, apenas para citar algumas bem marcantes – e que demandam por suas próprias características, tempo necessário para concretizarem-se.”

Assim, torna-se de fácil percepção a estreita relação entre o instituto da tutela provisória e o princípio da celeridade processual que devem complementar-se para garantir os objetivos inerentes ao processo civil sob o enfoque constitucional.

#### **4 DA ESTRUTURAÇÃO E DAS ESPÉCIES DA TUTELA PROVISÓRIA**

A sistemática do NCPC estabelece a tutela provisória como gênero do qual decorrem as espécies de urgência e evidência (GONÇALVES, 2015), sendo que na primeira também há divisão entre cautelar e antecipada. Dessa forma, para compreensão das disposições sobre o tema, que vão do art. 294 até o 311 do CPC, é imprescindível abordar cada uma das tutelas separadamente tal como previsto na legislação.

Contudo, à luz do novo sistema essa tarefa deixou de ser tão desgastante quanto era sob a égide do Código anterior, visto que atualmente as tutelas cautelares e antecipadas encontram-se dispostas em um único livro e integrando o mesmo instituto. Vale lembrar que no código anterior as cautelares eram contempladas a partir do art. 796 do Livro III que dispunha

sobre o processo cautelar autônomo, enquanto as tutelas antecipadas estavam disciplinadas no artigo 273 que integrava o Livro I do processo de conhecimento, portanto bem distantes uma da outra.

Com a modificação dada pelo CPC atual o processo cautelar autônomo deixou de existir e passou a incorporar a sistemática das tutelas provisórias, sobre o assunto esclarece Gonçalves (2015, p. 57-58):

As tutelas provisórias – tanto satisfativas quanto cautelares – jamais implicarão a formação de um processo autônomo, com o que desaparece a razão de tratar, em Livro próprio, do processo cautelar, que deixou de existir. No novo sistema, o deferimento de tutelas provisórias dar-se-á sempre em processos de conhecimento ou de execução, seja em caráter antecedente, seja incidentalmente.

Portanto, as tutelas, independentemente de sua natureza cautelar ou antecipada, estarão sempre vinculadas a um processo de conhecimento ou de execução não podendo, de forma alguma, ensejar outro processo para tratar somente sobre seu objeto. Assim, mesmo diante das tutelas requeridas em caráter antecedente deverá ser formulado o pedido principal nos mesmos autos, no prazo de 30 dias após a efetivação da medida para cautelares ou em 15 dias para as de natureza antecipada (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Nesse ponto, ficou clara a simplificação procedimental, o que se harmoniza com o propósito de garantir maior celeridade e efetividade aos processos, pois não há razão para manter um processo autônomo que somente tem por objetivo preparar outro. A modificação trazida no código de 2015 parece ser mais lógica e efetiva, porquanto busca dar a um único processo mecanismos suficientes para atender por completo a pretensão do jurisdicionado.

## 4.1 TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência ocupa a maior parte dos artigos do livro da tutela provisória iniciando, especificamente, no art. 300 e seguindo até o art. 310 do CPC, isso, como já dito anteriormente, dá-se em razão de que, nessa nova sistemática, uniu-se as cautelares e antecipadas dentro das tutelas de urgência.

A partir dessa união houve também a padronização dos requisitos de concessão, que são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput do CPC). Esses termos são “expressões redacionais do que é amplamente consagrado nas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, respectivamente.” (BUENO, 2017, p. 264). Note-se que, como os requisitos foram iguados, não há mais necessidade de distinguir aparência do bom direito (*fumus boni iuris*), que na sistemática do Código anterior era utilizado apenas para as cautelares, de prova inequívoca utilizada pelo CPC de 1973 para concessão das antecipadas (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 609).

Da mesma forma que não “sobrevive, para o CPC de 2015, a diferença (artificial) entre o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo sugerida por alguns para distinguir, respectivamente, a tutela antecipada [...] e a tutela cautelar [...]” (BUENO, 2017, p. 265). Tal padronização dos pressupostos demonstra estar mais alinhada com o propósito de celeridade do instituto, ao passo que evita maiores discussões sobre a natureza dos fundamentos apresentados, que poderia travar o procedimento, para facilitar a concessão das medidas urgentes.

O art. 300 no parágrafo 1º também traz a previsão da prestação de caução que pode ser exigida pelo Juiz para resguardar o direito de ressarcimento da outra parte, caso constate-se ao final do processo que o requerente da tutela não possuía razão. Sobre esse tema Bueno (2017, p. 265) explana que:

O magistrado pode exigir prestação de caução dos danos a serem suportados pela parte contrária (aquela em face de quem a tutela provisória é requerida), ressalvada, expressamente, a situação do hipossuficiente economicamente [...] A ressalva é pertinentíssima porque eventuais ônus financeiros não podem transformar em obstáculo ao acesso à Justiça. A solução dada pelo dispositivo, destarte, é plenamente harmônica com os incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF.

Cabe salientar que a ressalva da hipossuficiência elogiada pelo autor acima citado não tinha previsão expressa no artigo 804 do CPC de 1973 que tratava sobre a prestação de caução nas medidas cautelares. Constatase, portanto, que nesse ponto o legislador do CPC atual teve maior cuidado para não causar prejuízos aos economicamente desfavorecidos e atender aos preceitos constitucionais.

Outro aspecto importante sobre esse tema está na relação com o princípio da proporcionalidade, pois, para que o juiz possa ter maior segurança ao deferir a medida de urgência nos casos em que a parte não puder prestar caução, deverá valer-se da análise de proporcionalidade entre as consequências que podem vir do deferimento e as que podem surgir do indeferimento (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 371).

Sobre o momento para concessão, o §2º do art. 300 dispõe que: “a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.” (BRASIL, 2015). A concessão liminar para Bueno (2017, p. 265) “é situação bem aceita de preponderância do princípio da efetividade do direito material pelo processo sobre os do contraditório e da ampla defesa”, mas ela não configura a eliminação destes, apenas sua postergação, pois em seguida o réu deve ser citado e intimado da concessão da tutela. Ainda, vale dizer que a decisão que conceder ou denegar as tutelas provisórias pode ser impugnada através da interposição de agravo de instrumento (art. 1.015, “a”, do CPC).

Quanto à justificação prévia, também mencionada na norma transcrita, Bueno (2017, p. 265) afirma que “merece ser compreendida como

designação de audiência para que o requerente da tutela provisória produza prova [...] relativa à presença dos requisitos autorizadores.” Portanto, a audiência para justificação servirá de mecanismo para convencimento do juiz acerca da necessidade da medida, quando os argumentos já suscitados não tiverem sido suficientes.

Do mesmo artigo extrai-se a vedação da concessão de tutela de urgência antecipada, quando há perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, conforme estabelecido no parágrafo 3º. O problema dessa proibição está no fato de que, na maioria dos casos concretos, há algum risco de irreversibilidade. Na prática, até mesmo em situações que envolvem o pagamento de quantias em dinheiro, que seriam de fácil reversibilidade por depender apenas de restituição de valor, pode ocorrer a irreversibilidade fática em razão de ausência de condição financeira da parte requerente (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 370). Isso acontece porque, nas palavras de Costa (2016, p. 413): “[...] a reversibilidade da situação fática não obedece à lógica binária de ‘tudo ou nada’: situações plenamente reversíveis e situações absolutamente irreversíveis são apenas extremos (ideais) de uma linha em cuja extensão se apresentam situações intermediárias *ad infinitum* [...]”

No trecho supracitado o autor defende a ideia de que, raramente, haverá nos casos concretos medidas totalmente reversíveis ou irreversíveis, tendo em vista a complexidade do mundo fático. Na sequência ele conclui afirmando que: “[...] se em toda transformação social há certo risco *in natura*, a vedação do §3.º ao art. 300 deve ser entendida com temperamentos, sob pena de eliminar-se o instituto mesmo da tutela de urgência.” (COSTA, 2016, p. 413).

Diante disso, faz-se necessário afastar a interpretação literal do aludido dispositivo para que não prevaleça nos casos em que o dano ou o risco ao qual se busca proteção tem maior relevância para o requerente do que para o requerido (BUENO, 2017, p. 266). Assim, mais uma vez, a solução passa pelo uso do princípio da proporcionalidade, o qual orienta não somente o CPC, mas todo ordenamento jurídico espelhado na Constituição da República de 1988.

Na sequência o art. 301 apresenta um rol de medidas de urgência que podem ser deferidas nas cautelares, esse rol é apenas exemplificativo, pois na parte final do artigo tem a expressão “e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito.” (BRASIL, 2015). Como as medidas elencadas nesse dispositivo eram utilizadas sob a égide do Código anterior, Bueno (2017, p. 266) afirma que:

As medidas nele enunciadas, contudo, só fazem sentido para quem conhece(ia) o CPC de 1973 e compreende(ia), à luz dele, o que é(era) arresto, sequestro, arrolamento de bens e protesto contra alienação de bens, todas espécies de procedimentos cautelares nominados (típicos) que encontravam sua disciplina no Capítulo II do Livro III daquele Código.

Embora o artigo em comento tenha apenas o objetivo de trazer exemplos de algumas providências que podem ser deferidas pelo juiz nos requerimentos de tutela de urgência cautelar, é um tanto incoerente mencionar o nome das cautelares típicas do processo cautelar, quando este não se aplica mais na nova sistemática.

Porém, é certo que a intenção do legislador ao citá-las foi apenas utilizar suas finalidades para estipular modelos de medidas que podem ser determinadas pelo magistrado tanto que, ao final, trouxe uma disposição genérica para adoção de qualquer providência idônea para tal finalidade.

Já o artigo 302 do NCPC dispõe sobre a responsabilidade da parte que requereu a tutela provisória estabelecendo que:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação



de decadência ou prescrição da pretensão do autor. [...] (BRASIL, 2015).

Segundo Gonçalves e Lenza (2017, p. 372) o dispositivo “[...] atribui responsabilidade objetiva ao autor pelos danos que ocasionar, tanto em caso de tutela cautelar como satisfativa.” Com isso, verifica-se que o requerente da tutela de urgência deve estar ciente de que, caso ocorra alguma das hipóteses do artigo supratranscrito, responderá objetivamente pelos danos que a outra parte sofrer. Dessa maneira, a parte prejudicada pela concessão da tutela urgência, quando injusta (incisos I a IV do art. 302), pode cobrar o seu ressarcimento da requerente.

Na tutela de urgência também deve ser levado em conta o momento de seu requerimento, pois ela pode ser incidental ou antecedente, diferentemente do que ocorre na tutela de evidência que somente será incidental.

De acordo com o que expõe Theodoro Junior (2015, p. 636) “o pedido incidental não apresenta dificuldades, uma vez que será feito por simples petição nos autos, sem necessidade sequer de pagamento de custas (NCPC, art. 295).” Assim, basta que a parte peticione o requerimento da tutela de urgência durante o processo, fundamentando a presença dos requisitos que a autorizam, ou seja, deve comprovar a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Porém, nas tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente há ritos específicos que são delimitados pelo CPC/2015 nos artigos 303 e 304 para as de natureza antecipada e 305 a 310 para as de natureza cautelar, conforme será exposto a seguir.

#### **4.1.1 Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente**

Inicialmente convém ressaltar que a possibilidade de requerer uma tutela antecipada em caráter antecedente é inovação da sistemática atual

e, por conseguinte, não tem correspondência no CPC de 1973 que somente previa a antecipação de tutela de forma incidental (art. 273).

Nas palavras de Gonçalves e Lenza (2017, p. 380, grifo do autor): “O art. 303 do CPC autoriza a apresentação de requerimento de tutela de urgência antecipada antes que seja apresentado o pedido de tutela final de maneira completa. Para tanto, é preciso que haja situação de urgência, contemporânea à formulação do pedido de antecipação.”

Com base nisso, pode-se, desde já, afirmar que esse procedimento trazido pelo NCPC possui uma forte relação com princípio da celeridade processual, uma vez que se preocupa com os casos em que a urgência se apresenta desde o momento em que se protocola a petição. Para tais situações seria injusto exigir que a parte instrua sua inicial com todos os documentos e argumentos necessários ao pedido principal, pois certamente demandaria tempo do qual não se dispõe em circunstâncias urgentes.

Por esse motivo que ao estabelecer o procedimento próprio para esses casos o art. 303 *caput* disciplina que “[...] a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.” (BRASIL, 2015).

Dessa forma, permite-se ao autor que concentre maiores esforços no pedido da antecipação da tutela, o que no momento é sua principal preocupação, haja vista a urgência do fato. Além dos elementos dispostos no *caput* do art. 303, o autor também deve indicar o valor da causa levando em consideração o pedido de tutela final, nos termos do parágrafo 4º do mesmo artigo. Sobre esse ponto importa reproduzir a pertinente crítica feita por Bueno (2017, p. 269) na qual afirma que:

A exigência é de infidelidade gritante: como exigir do autor a indicação do valor da causa levando em conta a “tutela final” se o caso é de tamanha urgência a ponto de o *caput* do próprio art. 303 sugerir, até mesmo, o afrouxamento de regras formais mínimas de elaboração

da petição inicial? O mais correto, do ponto de vista sistemático, é permitir ao autor que, naquele momento, limite-se a indicar o valor da causa condizente com o pedido da tutela antecipada.

Não é difícil compreender o inconformismo do autor, pois a exigência mencionada contraria, exatamente, o propósito de desobrigar o requerente a pensar em todos os aspectos da pretensão final, com vistas a possibilitar que se detenha, naquele momento, ao pedido da tutela de urgência antecipada. Por consequência, não condiz com as razões que deram ensejo à previsão de procedimento diferenciado para essas situações. Dessa forma, o doutrinador citado defende que “se houver necessidade de aditamento da petição inicial [...], aí sim caberá ao autor a indicação escoreta do valor da causa, levando em conta a totalidade de sua pretensão, vale dizer, a ‘tutela final’.” (BUENO, 2017 p. 269).

Ainda, dispõe o parágrafo 5º do art. 303 do CPC/2015 que incumbe ao autor manifestar na inicial que pretende utilizar o benefício concedido pelo *caput*. Segundo Gonçalves e Lenza (2017, p. 381) essa exigência tem a finalidade de alertar o juiz que:

[...] o pedido formulado é apenas o de antecipação de tutela, e que oportunamente haverá o aditamento, com a apresentação de novos argumentos e documentos. Sem esse, haveria casos em que o juiz ficaria em dúvida se a inicial apresentada já contém a pretensão final ou apenas a pretensão à antecipação de tutela.

Vencidos esses primeiros passos, o juiz decidirá sobre o pedido, caso entenda pelo deferimento da tutela antecipada serão aplicadas as determinações do parágrafo 1º, incisos I a III e também dos parágrafos 2º e 3º todos do art. 303, mas se houver o indeferimento da medida aplicar-se-á o disposto no §6º do referido artigo.

À luz dos dispositivos que tratam sobre o deferimento a primeira providência será o aditamento da inicial pelo autor em 15 (quinze) dias ou prazo maior que o juiz fixar. Esse aditamento de acordo com Gonçalves e Lenza (2017, p. 381) serve para que o autor “complete a sua argumentação, apresentando todas as razões de fato e de direito que tenha para o acolhimento da sua pretensão, bem como juntando eventuais novos documentos que ainda não haviam sido apresentados.”

O entendimento citado segue, precisamente, o disposto no §1º do art. 303, para que haja confirmação do pedido de tutela final anteriormente indicado; além disso, o aditamento será realizado nos mesmos autos e sem incidência de novas custas (§3º do mesmo dispositivo legal). Quanto à citação do réu os referidos autores explanam que:

É fundamental que o réu seja citado de imediato após o deferimento da tutela antecipada antecedente, para que dela tome ciência, e, possa fluir o prazo para interposição de agravo de instrumento [...] a interposição de recurso contra essa decisão poderá ter consequências fundamentais sobre a medida já deferida pelo juiz. Com a citação do réu, que será cientificado da tutela antecipada, passará a correr para ele apenas o prazo de recurso; [...] a contestação deverá ser apresentada no prazo estabelecido no art. 335 do CPC (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 381-382).

As consequências mencionadas no trecho acima referem-se à estabilização ou não da tutela antecipada, nos termos do art. 304, assunto que será tratado na sequência. Sobre o prazo para contestação valer lembrar que não teria como correr a partir da citação, pois nesse tempo nem sequer houve o aditamento com a complementação do pedido, por tal motivo somente pode ocorrer nos termos do art. 335 do CPC, ou seja, após a audiência de conciliação quando infrutífera (inc. III do §1º do art. 303). Caso não haja o aditamento de inicial, o parágrafo 2º do art. 303 determina a extinção do processo sem resolução do mérito.

No que diz respeito à hipótese de indeferimento da medida de urgência, dispõe o §6º, do artigo em comento, que “[...] o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito” (BRASIL, 2015). Acerca do objeto dessa emenda Theodoro Júnior (2015, p. 659) explica que “[...] refere-se a dados pertinentes ao pedido antecedente satisfativo, e não a elementos da ação principal, os quais poderão ser analisados e eventualmente sanados quando do aditamento da petição inicial, se for o caso (art. 303, §º, I).”

Não havendo a aludida emenda, ou se, mesmo depois dela, não se verificar a presença dos requisitos para concessão da tutela, ocorrerá o indeferimento da inicial e extinção do processo sem resolução do mérito (GONÇALVES; LENZA, 2017). “Realizada a emenda, de moto satisfatório, o procedimento prosseguirá, com a solução sobre a medida urgente.” (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 659).

Dito isso, ainda falta abordar o art. 304 do CPC, que fecha o procedimento diferenciado da tutela de urgência antecipada requerida de forma antecedente, instituindo a possibilidade de estabilização da referida medida.

#### **4.1.2 Estabilização da Tutela de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente**

Inicialmente, cumpre dizer que a possibilidade de estabilização da tutela de urgência antecedente de natureza antecipada é uma das grandes inovações do CPC de 2015, porquanto instituiu um mecanismo processual capaz de proporcionar “[...] ao interessado a satisfação da sua pretensão, sem a instauração de um processo de cognição exauriente, quando o adversário não se opõe, pela via recursal, à medida deferida.” (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 385). Acerca disso, vale dizer também que o referido instrumento permite à concessão de uma tutela jurisdicional apta a satisfazer o requerente

mesmo com a extinção do processo sem resolução do mérito. Similarmente, Bueno (2017, p. 273) explica que:

Inovando substancialmente, o CPC de 2015 aceita a estabilização da tutela concedida nos termos do art. 303, isto é, da tutela provisória de urgência antecipada antecedente: a tutela antecipada nos termos do art. 303 torna-se estável se não houver interposição do respectivo recurso (art. 304, *caput*), hipótese em que o processo será extinto (art. 304, §1º).

Denota-se que a redação do art. 304 *caput* e §1º, que foi exposta pelo autor na citação supra, não deixa claro, ao menos de forma expressa, que a extinção após a estabilização será sem resolução do mérito, por esse motivo é pertinente trazer à baila a lição do doutrinador Costa (2016, p. 429):

[...] a estabilização da tutela antecipada faz um corte, interrompendo o complemento da cognição. Logo, a sentença a que alude o §1º do art. 304 só terá uma função: dissolver a relação processual civil pendente, tendo em vista que a relação jurídica material controvertida já foi resolvida interinamente pela decisão antecipatória estabilizada. Nesse sentido, a sentença será terminativa, sem qualquer carga eficaz de mérito. Não será de todo oca, porém: declarará a estabilização.

Através da explicação apresentada, torna-se mais simples compreender o motivo de se tratar de uma extinção sem resolução do mérito. Quando se constata que a decisão antecipatória já solucionou a controvérsia, bem como a estabilização deu-se por força do art. 304, não resta mais nada a ser decidido. Dessa forma, a sentença terá função somente terminativa, mesmo porque, dada a interrupção da cognição, esta fica impossibilitada de adentrar no mérito, bastando-lhe declarar a estabilização já operada.

Esse entendimento também encontra respaldo na jurisprudência, conforme se vislumbra no seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO CONCESSIVA DE TUTELA ANTECIPADA - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - SUCUMBÊNCIA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - PRETENSÃO RESISTIDA - LIDE CONFIGURADA - OBRIGAÇÃO, DO RÉU, DE ARCAR COM CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

[...]- **Nos termos do disposto no artigo 304, caput, do vigente Código de Processo Civil, a estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada, em caráter antecedente (art. 303), ocorre quando não há impugnação pelo Réu, devendo o processo ser extinto sem resolução de mérito, com fulcro no §1.º do artigo 304 c/c artigo 485, inciso X, ambos do mesmo diploma processual.**- Pelo princípio da causalidade, deve arcar com as custas e despesas processuais, e bem assim com os honorários advocatícios, a parte que der causa à instauração da demanda. (MINAS GERAIS, 2017, grifo nosso).

Desse caso, também se extrai outro importante tema sobre a estabilização que recai sobre a incidência dos honorários de sucumbência com a extinção do processo, os quais no acórdão trazido foram aplicados com base no princípio da causalidade. O autor Costa (2016, p. 434) externa seu entendimento no mesmo sentido afirmando que “a aludida sentença porá fim à relação processual pendente [...], impondo ao réu – que deu causa à demanda – as verbas de sucumbência. É decorrência pura e simples do princípio da causalidade.”

Portanto, em que pese o processo não tenha prosseguido para uma cognição exauriente e a sentença não adentre no mérito, são cabíveis os honorários advocatícios e condenação em custas processuais, pois, como a parte requerente obteve uma tutela satisfativa, verifica-se à sucumbência da parte adversa.

Antes de seguir adiante, convém retomar alguns pontos do procedimento dado pelo art. 303 do CPC2015 que interferem na estabilização disposta no art. 304. Como foi visto anteriormente, após o deferimento da medida o requerente terá o prazo de quinze dias ou prazo maior que o juiz fixar, para aditar a inicial com a complementação do pedido, no sentido de viabilizar o prosseguimento da demanda. Caso não haja o aditamento o processo será extinto sem resolução do mérito, nos termos do §2º do art. 303.

Já para o requerido, caberá à oportunidade de interpor o recurso cabível contra a decisão que concedeu a antecipação da tutela. Esse recurso será o agravo de instrumento no juízo de 1º grau (art. 1015, I, do CPC) ou agravo interno (art. 1021 do CPC) para decisão monocrática do relator nos processos de competência do Tribunal (COSTA, 2016, p. 425). Não havendo recurso a tutela antecipada se estabilizará conforme prevê o art. 304 do CPC.

O problema desse sistema está na concomitância dos referidos prazos, pois ambos são de quinze dias e se iniciam da ciência da concessão da medida de urgência, mas possuem consequências sucessivas e prejudiciais entre si (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 660). Considerando o disposto no art. 304, sem a interposição de recurso já se estabilizaria a tutela antecipada, entretanto o §2º do art. 303 prevê a extinção do processo caso não haja o aditamento.

Por conta disso, surgem algumas dúvidas: se não houver recurso nem aditamento ocorrerá à estabilização? E se não houver recurso, mas o réu aditar haverá continuação do processo sem que a tutela se estabilize? Como o aditamento implica no seguimento do feito, demonstra incompatibilidade com a estabilização mesmo que o réu não tenha apresentado o recurso. Mas



e se o requerente pretende a estabilização, deverá ficar de braços cruzados torcendo para que o réu não interponha agravo?

Em razão dessas aparentes incoerências que Theodoro Junior (2015, p. 661) defende que “a regra do inciso I, do §1º do art. 303 deve ser interpretada como medida a ser tomada após o prazo reservado ao requerido para recorrer [...]” para que não se exija do requerente o aditamento prejudicial à estabilização antes de se ter ciência da atitude do réu. De fato, faz mais sentido que o ato de aditar seja uma escolha do requerente para decidir se está satisfeito com a estabilização, que não forma coisa julgada (§6º do art. 304) ou se prefere buscar a cognição exauriente.

Entretanto, percebe-se que da redação dos artigos mencionados não se retira aberturas para o método proposto pelo autor. Talvez por esse motivo que a doutrina de Costa (2016, p. 426) traga outra forma de solução, que é pautada na parte final do inc. I do §1º do art. 303 do CPC, o qual permite ao juiz a fixação de prazo maior para aditamento, o que, sendo praticado, poderia sanar esse impasse.

Dessa maneira, com a extensão desse prazo para além do prazo do recurso, o requerente poderia optar pelo aditamento, ou não, tendo ciência da atitude do réu e, conseqüentemente, se há possibilidade para estabilização. Porém, como esse método dependeria somente de uma faculdade do juiz, o referido autor também apresenta outro meio afirmando que “nada impede que o autor adite *sob condição resolutive*, ou seja, que ele requeira ao juiz que desconsidere o aditamento caso o réu não recorra” (COSTA, 2016, p. 426).

Ainda, pode sobrevir mais uma questão, se o réu recorrer e o autor não aditar o que acontecerá com o recurso? Acerca disso Gonçalves e Lenza (2017, p. 383) explanam que “[...] se o réu agravou, mas o autor não aditou a inicial, a solução será, com a extinção do processo sem resolução do mérito, considerar cessada a eficácia da medida e prejudicado o agravo de instrumento.”

Diante das informações apresentadas, evidencia-se a necessidade de apresentar uma esquematização do rito para estabilização e nesse sentido Costa (2016, 426) apresenta que:

[...] 1) se o réu recorrer e se o autor aditar a inicial, a tutela antecipada não se estabilizará e o processo continuará; 2) se o réu não recorrer e se o autor aditar a inicial, a tutela antecipada não se estabilizará e o processo continuará; 3) se o réu recorrer e se o autor não aditar a inicial, a tutela antecipada não se estabilizará e o processo será extinto sem resolução do mérito; 4) se o réu não recorrer e se o autor não aditar a inicial, a tutela antecipada se estabilizará e o processo será extinto sem resolução do mérito.

Portanto, pode-se afirmar, em síntese, que somente se o réu não recorrer e também se o autor não aditar a inicial que haverá estabilização. Com esses apontamentos, conclui-se a abordagem dos requisitos necessários para a estabilização da tutela de urgência antecedente de natureza antecipada.

Os parágrafos 2º a 5º do art. 304 já partem de uma situação posterior à estabilização, dispondo acerca da ação que pode ser proposta por ambas as partes para rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada. Esta ação conforme estabelecido nos dispositivos mencionados, extingue-se no prazo de dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo e será instruída com os autos da concessão da tutela antecipada, bem como terá o juízo do processo anterior como preventivo. Ainda, de acordo com o que se afirma no §3º do artigo em comento, conservar-se-á os efeitos da tutela antecipada até que haja decisão de mérito na referida ação.

Por sua vez, o parágrafo 6º afirma que a decisão que concede a tutela não forma coisa julgada apesar de somente poder ser discutida por meio da ação própria estabelecida no §2º, isso ocorre porque na estabilização não há juízo declarativo de certeza sobre o direito pleiteado, mas apenas o juízo da sua probabilidade (COSTA, 2016, p. 429).

Ainda, mesmo que com o decurso do prazo de dois anos estipulado no §5º, embora não existam outros meios de rever reformar ou invalidar os efeitos da tutela antecipada, permanece não ocorrendo à coisa julgada material, o que acontece tem apenas efeitos semelhantes a esta, por conta do fim do prazo decadencial e busca da segurança jurídica (BUENO, 2017, p. 275-276).

Dessa forma, encerra-se a análise do importante instrumento da estabilização que só incide na tutela urgência antecedente de natureza antecipada. Enxerga-se essa inovação de forma positiva por ser mais uma forma de prestigiar o princípio da celeridade processual. Porém, percebe-se que a redação do CPC poderia ter sido um pouco mais precisa, a fim de evitar dúvidas e interpretações diversas.

#### **4.1.3 Tutela Cautelar Requerida Em Caráter Antecedente**

Nesse procedimento, diferentemente do que ocorre com o da tutela de urgência antecedente antecipada, não se vislumbra uma inovação do CPC de 2015, mas apenas uma adaptação do rito que no Código de 1973 definia o processo cautelar preparatório (BUENO, 2017, p. 277). A maior diferença está no fato de que agora não se trata mais de um processo autônomo, pois “a acessoriedade da pretensão cautelar exigirá oportuna formulação da pretensão principal, mas nos mesmos autos, constituindo um processo único.” (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 387). As disposições sobre esse procedimento encontram-se divididas entre os artigos 305 a 310 do NCPC.

Determina o art. 305 que “a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” (BRASIL, 2015). Quando o artigo faz menção à lide e seu fundamento, logicamente se refere à pretensão principal, o que é necessário diante da referibilidade que a cautelar deve manter com

ela, pois seu objetivo é justamente proteger o provimento final (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 387).

Os demais elementos do *caput*, dizem respeito à cautelar propriamente dita, pois estipula que o requerente deve apresentar o direito a ser protegido conjuntamente com os pressupostos autorizadores da medida de urgência. Importante salientar que os requisitos expressos no referido artigo não excluem os requisitos gerais da petição inicial (art. 319 do CPC) que também devem estar presentes (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 386). Com isso, inclui-se, dentre outros, o valor da causa que já deve considerar o processo principal para devido recolhimento, haja vista que o art. 308 prevê que não haverá adiantamento de novas custas na formulação do pedido principal.

Vale lembrar ainda, que nos casos de extrema urgência ou que a citação possa tornar a medida ineficaz, a cautelar pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia, bem como poderá ser fixada a caução real ou fidejussória, de acordo com as disposições gerais do art. 300, parágrafos 2º e 1º, respectivamente (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 388).

Posteriormente, com a disposição do parágrafo único do art. 305 o legislador estabeleceu a possibilidade de o juiz aplicar o rito do art. 303 e 304 quando entender que a tutela requerida tem natureza antecipada e não cautelar. Esta regra – como explicada anteriormente no título Das Noções Gerais da Tutela Provisória – dispõe sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e também deve ser aplicada no sentido inverso, ou seja, para adotar, quando o juiz entender mais adequado, o procedimento da cautelar antecedente mesmo se a medida for requerida como antecipada.

Na sequência o artigo 306 dispõe sobre a citação do réu para contestar o pedido cautelar e indicar as provas que pretende produzir, fixando, para tanto, o prazo de cinco dias. Já o art. 307, *caput*, estabelece a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor caso não haja contestação, situação na qual o juiz decidirá sobre a medida cautelar em cinco dias.

Cabe salientar que a mencionada presunção é relativa e recai apenas sobre o pedido cautelar (COSTA, 2016, p. 440). Apresentada a contestação, de acordo com o parágrafo único do aludido dispositivo, observar-se-á o procedimento comum, o que significa dizer que “o juiz verificará se há ou não necessidade de provas e determinará as que considerar necessárias.” (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 389).

Sucessivamente o art. 308, que cuida das disposições relativas à formulação do pedido principal, prevê que “efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar [...]” (BRASIL, 2015). Diante da redação restritiva do artigo citado, na qual se pressupõe o deferimento da medida, retira-se a conclusão que sendo indeferida a cautelar o aforamento da pretensão principal não ocorrerá nos mesmos autos da rejeição (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 643). No entanto, o art. 310 dispõe que mesmo com o indeferimento da cautelar não haverá óbice nem influência sobre a formulação do pedido principal, salvo se o motivo for prescrição ou decadência.

Seguindo na hipótese do art. 308, verifica-se que, consoante o §3º do artigo em comento, após a apresentação do pedido principal as partes serão intimadas, por seus advogados ou pessoalmente, para audiência de conciliação nos moldes do art. 334 do CPC sem necessidade de nova citação. Não havendo composição continua-se na lógica do procedimento comum, correndo o prazo para contestação na forma do art. 335 do CPC.

Também existe a possibilidade do pedido principal ser formulado conjuntamente com o pedido cautelar (§1 do art. 308). “Neste caso, a melhor interpretação é de que deve ser observado, desde logo, o procedimento comum, citando-se o réu para comparecer à audiência de conciliação ou mediação [...]” (BUENO, 2017, p. 280). Ainda cabe esclarecer que o ato judicial que defere a medida cautelar será a decisão interlocutória, visto que o processo precisa seguir com a apresentação do pedido principal (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 392).

No que tange à eficácia da cautelar o art. 309 do Código determina que:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento (BRASIL, 2015).

Todas as hipóteses de cessação da eficácia da cautelar, elencadas pelo artigo supratranscrito, relacionam-se com a perda do seu objetivo que é assegurar o provimento final, sem isso não há porque manter seus efeitos.

Esgotado o procedimento das cautelares antecedentes, o qual, conforme dito acima, muito se parece com o rito que era adotado pelo CPC de 1973 para o processo cautelar preparatório, cumpre seguir para análise da tutela de evidência.

## 4.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA

A tutela de evidência constitui mais uma novidade da sistemática das tutelas provisórias do CPC de 2015 e tem por finalidade permitir “[...] ao juiz que antecipe uma medida satisfativa, transferindo para o réu o ônus da demora.” (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 373). Portanto, nessa espécie de tutela provisória, não se exige o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), seu fundamento está na evidência do direito. Porém, a expressão evidência nesse caso, não deve ser interpretada de forma literal, pois o mais correto será entendê-la como aquelas situações em que o requerente demonstra ter direito mais provável que o adversário, ou seja, suas

afirmações portam maior juridicidade e justificam a concessão de proteção imediata (BUENO, 2017, p. 282).

As hipóteses que possibilitam à tutela de evidência foram expressamente previstas no rol do art. 311 do CPC, por esse motivo sua concessão “só pode estar fundada em uma dessas quatro hipóteses, que o juiz, ao fundamentar sua decisão, deverá indicar” (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 374). Conforme a disposição dos incisos do artigo mencionado Bueno (2017, p. 282-283) descreve as circunstâncias que autorizam a tutela de evidência:

[...] (i) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; (ii) apresentar alegações de fato passíveis de comprovação apenas documental desde que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 928) ou em súmula vinculante; (iii) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (iv) petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Ainda, o parágrafo único desse artigo afirma que “nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.” Em relação ao primeiro inciso, deve-se atentar que não basta à litigância de má-fé do réu, que não demonstra por si só a evidência do direito do autor e pode ser punida nos moldes do art. 81 do CPC, é necessário ainda que haja nos autos elementos que sustentem a maior juridicidade do pedido do autor (BUENO, 2017, p. 283).

Quanto às hipóteses dos incisos II e III, percebe-se que são caracterizadas por critérios mais objetivos e que “trazem um forte grau de probabilidade de que o seu direito venha a ser reconhecido.” (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 375). Por esta razão que os referidos incisos possibilitam, nos termos do parágrafo único do artigo, à decisão liminar do juiz.

Acerca do último inciso, por óbvio, não haveria como decidir liminarmente, pois sua essência depende de que a outra parte não possa gerar

dúvida razoável do direito do autor. Mas é importante ter em mente que nessa circunstância há juízo de probabilidade/evidência e não de certeza, se fosse a última justificaria o julgamento antecipado (art. 356 do CPC) e não a tutela de evidência (GONÇALVES; LENZA, 2017, p. 376).

Diante do exposto, também se encerra o estudo dos procedimentos da tutela de evidência, que por ter um rol taxativo de suas hipóteses autorizadoras, possui maior simplicidade na sua operacionalização pelos profissionais do direito. É importante frisar que, apesar de menos densa, essa espécie de tutela pretende desonerar o autor da morosidade inerente aos processos, mesmo não havendo urgência no seu pedido, desde que ele demonstre maior juridicidade nas suas alegações. Portanto, a tutela de evidência visa dar maior efetividade a prestação jurisdicional o que se coaduna com os objetivos intrínsecos das tutelas provisórias e do princípio da celeridade processual.

## 5 CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 realizou uma grande alteração nos institutos das tutelas cautelares e antecipadas, englobando-os, mediante a inserção dentro das tutelas de urgência, em um verdadeiro sistema denominado Tutelas Provisórias. Dentro desse sistema também se acrescentou as Tutelas de Evidências, que até então não faziam parte do Processo Civil Brasileiro. Essa modificação, embora faça parte do campo processual, interfere significativamente no Direito Civil material, pois se relaciona de forma direta com a efetividade da prestação jurisdicional. Por esta razão, que a presente pesquisa procurou conhecer da funcionalização das Tutelas Provisórias com a intenção de averiguar se, dentro da perspectiva da celeridade e efetividade processual, a nova sistemática de fato trouxe melhorias para o processo civil.

Constatou-se a partir da análise dos entendimentos doutrinários e também de algumas buscas jurisprudenciais, que muitas das modificações realizadas sobre essa matéria são vistas com bons olhos pelos juristas. Dentre



elas está a unificação dos requisitos de concessão para cautelares e antecipadas. Vale lembrar que com essa mudança a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) passaram a ser pressupostos comuns para as duas medidas. A simplificação dos requisitos, certamente traz consequências benéficas à concessão das tutelas de urgência, pois, evita debates jurídicos meramente formais.

Além disso, o procedimento estabelecido para viabilizar o requerimento de forma antecedente para tutelas de urgência com natureza antecipada também demonstra ter boa aceitação na doutrina, na medida em que apresenta maior preocupação do legislador com os casos em que a urgência do pedido é contemporânea à propositura da ação. Nesse aspecto, vislumbra-se a possibilidade de se obter maior eficácia das decisões judiciais para a realidade dos jurisdicionados.

Ainda, encontra-se vinculado a este rito o mecanismo criado para estabilização dessas tutelas que, apesar de algumas ressalvas acerca da redação de seus dispositivos, também ratifica o compromisso com o princípio da celeridade processual. Isso porque, permite a conservação de efeito das medidas antecipadas, quando suficientes para a pretensão do requerente e não resistidas pela parte adversa, o que evita a continuação desnecessária do processo.

A tutela de evidência também pode ser citada de forma positiva, porquanto, permite a concessão de medida satisfativa, mesmo sem a presença de urgência, quando os elementos dos autos caracterizam a evidência do direito da parte postulante. O fundamento da evidência nesse caso é apurado com base nas hipóteses autorizadoras previstas no rol do art. 311 do CPC, o que favorece a sua operacionalização.

Portanto, denotam-se diversos aspectos positivos na sistemática das Tutelas Provisórias, os quais com a aplicação adequada podem ser de grande valia para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional à luz do princípio da celeridade processual. Dessa forma, com as informações obtidas na presente pesquisa, conclui-se que, superado o período de adaptação dos juristas, as

inovações desse instituto processual trarão grandes benefícios ao processo civil, na medida em que possibilitam maior eficácia das decisões judiciais para as exigências do mundo dos fatos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 8 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm). Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Instituiu o 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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 jun. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STREK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro (org.). *Direito Processual Esquemático*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 10000170434294001. Proc. n. 5003892-64. Relator: Desembargador Márcio Idalmo Santos Miranda, 21 de novembro de 2017. *Diário da Justiça do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, MG, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.043429-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 24 abr. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Agravo de Instrumento n. 70067351031. Relator: Desembargador Antônio Vinícius Amaro da Silveira, 25 de maio de 2016. *Diário da Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul*, Porto Alegre, RS, 26 maio 2016. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70067351031&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70067351031&as_q=+#main_res_juris). Acesso em: 9 mar. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2016.011387-0. Relator: Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, 6 de junho de 2016. *Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina*, 7 jun. 2016. Chapecó, SC. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAANpobAAV&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAANpobAAV&categoria=acordao). Acesso em: 8 mar. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



# CIDADE RESILIENTE: AS POLÍTICAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE JOAÇABA VOLTADAS À RESILIÊNCIA E À SUSTENTABILIDADE

Inês Maria Picoli<sup>1</sup>

Cristhian Magnus De Marco<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo dedica-se a conscientização da preservação dos recursos naturais, visando às necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras. Buscou-se identificar as possíveis áreas de ocorrência de desastres naturais ou humanos no Município de Joaçaba, bem como, evidenciar a preocupação com projetos de prevenção, de monitoramento e de desenvolvimento urbano, além de ações voltadas à organização, coordenação, prevenção, educação e participação da sociedade no enfrentamento à redução de desastres, visando uma resposta rápida e eficaz em casos de desastres. Também se abordou a existência de políticas públicas voltadas à obtenção de linhas de crédito nas esferas estaduais e federais, de projetos que visem proteger os ecossistemas, bem como, ações de recuperação, reabilitação e reconstrução das áreas atingidas e do meio ambiente. A metodologia utilizada no presente artigo foi a da pesquisa prática teórica, por meio de artigos, livros, documentários, pesquisas e projetos existentes, buscando uma maior compreensão do tema, partindo para conceituação de termos pertinente ao assunto, seguindo, para uma análise concreta da ocorrência de desastres no município, em concomitância com as preocupações lançadas na Agenda das Nações Unidas, conhecida como “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável-ODS”, no intuito de verificar se o Município de Joaçaba possui projetos e políticas públicas suficientes para ser considerada uma cidade resiliente. Por derradeiro, realizou-se um apanhado da realidade municipal, onde se constatou que o Município de Joaçaba, apresenta alguns programas e projetos, de forma tímida e fragmentada no que tange as ações voltadas aos ODS, no

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; maiapicoli@hotmail.com

<sup>2</sup> Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

entanto, tais ações são insuficientes para que se possa considerar o município como uma cidade resiliente e sustentável.

**Palavras-chave:** Sustentabilidade. Resiliência. Vulnerabilidade. Cidades Sustentáveis. Políticas Públicas.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca conhecer a realidade do Município de Joaçaba, para ao final identificá-lo como sendo ou não uma cidade resiliente e sustentável. O município apresenta uma topografia irregular e diversificada, sendo formada entre montanhas e rios, as quais dificultam ou inviabilizam novas construções, encontrando-se vulnerável a certos fatores climáticos e tendo que agir em certas ocasiões de forma paliativa no enfrentamento de desastres.

Em virtude da topografia regional, em particular a do Município de Joaçaba, percebe-se várias construções nas encostas de morros e margens dos rios, construções estas executadas irregularmente ou sem a realização de estudo de impacto, contribuindo deste modo para a ocorrência de desastres. Faz-se necessário que o município identifique com antecedência as possíveis áreas de risco, invista em um planejamento antecipado e participativo, bem como desenvolva projetos para a captação de recursos frente aos desastres.

Constatar a capacidade do município em permanecer íntegro e suportar situações de anormalidade, bem como a capacidade de voltar ao estado original após tal situação, é fator imprescindível para o enfrentamento de desastres e ponto crucial deste estudo.

Para desenvolver esse trabalho, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, fundamentação literária, culminando na busca e análise da existência de políticas públicas voltadas à recuperação e à reconstrução de áreas devastadas, bem como de projetos e programas direcionados a conscientização e à preservação do meio ambiente, idealizados nas ações da Agenda 2030.

Sabe-se que ao longo da história da humanidade os desastres naturais ou humanos causaram grandes devastações ambientais, castigando

de forma impiedosa e assustadora a população mundial, principalmente nos países mais pobres, fazendo com que as pessoas se conscientizem da importância de preservar e de consumir com responsabilidade.

Tais desastres obrigaram a humanidade a repensar seu modo de viver e de se comportar frente à natureza. Em face disso introduziu-se em nosso vocabulário conceitos até então desconhecidos ou pouco abordados, dos quais se destacam cidade resiliente, sustentabilidade, vulnerabilidade, desenvolvimento sustentável, bem como, políticas ligadas ao desenvolvimento sustentável permeando as esferas social, ambiental, econômica e política.

Dessa forma, pretende-se com esse artigo estabelecer padrões de cidades consideradas sustentáveis, desenvolvendo características como a flexibilidade, capacidade de aprendizagem, inovação e governança, evitando-se ou minimizando-se os impactos naturais e provocados.

Verifica-se a necessidade de pensar em alternativas de sustentabilidade, não mais como algo para o futuro, mas para o agora, pois o olhar do mundo passou a convergir para a crescente necessidade da humanidade e da capacidade em responder à escassez de recursos naturais e às mudanças climáticas.

Frente a essa gama de leis, busca-se identificar no Município de Joaçaba projetos, leis e ações relativas ao assunto que será abordado nesse artigo, bem como verificar se os ODS se fazem presentes no município, uma vez que as políticas públicas devem atender os anseios econômicos, sociais e ambientais, viabilizando a prevenção e proteção das pessoas e do ecossistema.

Pode-se dizer que o Município de Joaçaba apresenta certo grau de convergência com a Agenda 2030, embora alguns dos ODS não recebam nenhum investimento ou atenção, considerando assim que, o município não possui políticas públicas suficientes para ser considerada uma cidade resiliente e sustentável, pois uma Cidade Resiliente é definida pela “capacidade de um sistema, comunidade ou sociedade exposto a riscos de resistir, absorver, adaptar-se e recuperar-se dos efeitos de um perigo de maneira tempestiva

e eficiente, através, da preservação e restauração de suas estruturas básicas e funções essenciais". A grande mensagem da sustentabilidade para a atualidade é a primazia no cuidado com o meio ambiente.

## **2 RESILIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

A presente seção do trabalho realiza uma breve revisão bibliográfica acerca dos conceitos de sustentabilidade, resiliência, vulnerabilidade, cidades resilientes, políticas públicas, dando-se maior ênfase quanto à definição da expressão: cidades resilientes.

Pesquisou-se acerca da existência de políticas públicas voltadas para a prevenção e solução desses problemas, inclusive abordando conceitos comuns e divergentes entre a resiliência e a sustentabilidade.

Ainda é bastante exígua a produção bibliográfica em língua nacional, que trate conjuntamente das temáticas da sustentabilidade, das políticas públicas e da resiliência, o que gerou certa dificuldade para a presente pesquisa.

Destaca-se, também, a inexistência de um plano de contingência ou gestão de risco no âmbito do Estado de Santa Catarina, sendo que o mesmo ainda se encontra em fase de elaboração, conseqüentemente não existindo nada de concreto no âmbito do Município de Joaçaba.

Essa situação mostra-se como agravante não só para a operacionalização das ações voltadas à resiliência, como também revela a falta de pessoas experientes e capacitadas para tais atividades.

Nessa seção do artigo, verificar-se-á que são muitos os fatores que inviabilizam ao cidadão um atendimento de qualidade com eficiência, eficácia e efetividade.



## 2.1 CIDADES RESILIENTES

O termo resiliência pode ser compreendido como a capacidade de um sistema ou sociedade expostos a riscos, resistir, retornar ao estado anterior e recuperar-se em tempo hábil e eficiente.

Estando ainda o termo resiliência diretamente relacionado à sustentabilidade, permeando-se nas esferas política, social, ambiental e econômica, pois tais esferas devem contemplar as dimensões da sustentabilidade (econômica, ambiental e social), tal afirmação tem amparo nas palavras de Zolli (2003): “Enquanto a sustentabilidade tem como objetivo devolver o mundo ao equilíbrio, a resiliência pode ser encarada como uma alternativa flexível, que busca meios de gerenciar mudanças e adaptações em um mundo bastante desequilibrado.”

A resiliência é uma alternativa da sustentabilidade, não é algo para o futuro, é algo que se aplica no agora, isto é no dia a dia. Diferentemente da resiliência, a vulnerabilidade se mostra como a incapacidade de um sistema adaptar-se ou lidar frente aos efeitos adversos ou condições perigosas.

Situações estas percebidas na maioria das vezes nos sistemas urbanos, sistemas esses mais frágeis, expostos a vulnerabilidades,<sup>3</sup> necessitados de programas<sup>4</sup>/projetos<sup>5</sup> emergenciais de recuperação econômica, ambiental e social.

Portanto, cidades resilientes são aquelas que têm a capacidade de responder à escassez de recursos naturais e às mudanças climáticas, no entanto, necessitam da atuação efetiva do Poder Público com políticas públicas (ações, metas e planos) que objetivem alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público, cabendo ao município dar solução de caráter eficiente.

<sup>3</sup> Vulnerabilidade: incapacidade de um sistema em lidar com efeitos adversos ou condições perigosas; é uma forma de fraqueza, de fragilidade, um reflexo da exposição e sensibilidade à capacidade de adaptação (BARROS; CAVALCANTI, 2013).

<sup>4</sup> Programa: está mais focado no cronograma em si, mas sempre estará ligado a um plano ou projeto (KUNSCH, 2016).

<sup>5</sup> Projeto: tem todas as fases de criação incluindo estudos de viabilidade para colocar em prática a ideia (KUNSCH, 2016).

Ao mesmo tempo, é sabido que quando os desastres acontecem os governos municipais são os primeiros a tomarem conhecimento da situação, e nem sempre possuem recursos suficientes para lidar com tais circunstâncias, sendo que ninguém é mais interessado nos negócios locais do que os munícipes, pois são eles que sentem pessoalmente os efeitos da sua organização ou desorganização.

A propósito, o município, no Brasil, surgiu antes mesmo do Estado brasileiro através do transplante do modelo português, mas desde sua criação a atividade social lhe foi atribuída, em razão de sua proximidade com o cidadão, embora permaneçam vários problemas que impedem ações mais efetivas em benefício da coletividade (DE MARCO, 2016, p. 54).

## 2.2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A sustentabilidade relaciona-se com questões econômicas, sociais, culturais e ambientais da sociedade. Utiliza-se o termo “desenvolvimento sustentável” para definir a preservação dos recursos naturais do mundo para as gerações futuras, mas não é só isso, como se verá adiante, já que tanto o direito ao desenvolvimento, bem como a sustentabilidade tornaram-se preocupações inseparáveis.

Segundo Bosselmann (2015, p. 25) a sustentabilidade é ao mesmo tempo simples e complexa, assemelhando-se à justiça. Ela reflete a necessidade básica da existência humana e é simples ao manter as condições de vida de quem depende dela. Ao mesmo tempo em que é simples, também é complexa, como é a justiça.

A sustentabilidade é um princípio constitucional, estando contemplado no artigo 225, da Constituição Federal: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, [2016]).

Princípio este que estabelece a responsabilidade ao estado conjuntamente com a sociedade, em relação ao presente e ao futuro, enfatizando o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual de todos, caracterizando com isso, sua necessária sustentabilidade.

Parafraseando Bosselmann (2015, p. 26) ideias como justiça, paz e sustentabilidade são fundamentais para qualquer sociedade, muitas das sociedades de hoje podem ser descritas como justas, no sentido de prover os meios para a resolução pacífica de conflitos, no entanto nenhuma é sustentável, estão enraizadas no desperdício da produção e do consumo.

A ausência de justiça é mais difícil de suportar do que a ausência de sustentabilidade, fato que nos impede de agir com urgência, de enxergar a sustentabilidade da mesma forma com que enxergamos a justiça.

Não é possível falar de desenvolvimento sustentável sem fazer menção ao seu surgimento. Segundo Nascimento (2011), a expressão desenvolvimento sustentável foi usada pela primeira vez em 1987, pela ex-primeira ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland.

Ficando conhecida mundialmente como o Relatório Brundtland, o qual conceituava: “Desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras em satisfazer suas próprias necessidades”.

Satisfazer nossas necessidades atuais significa antes de tudo desenvolver a capacidade de mensurar os valores que se encontram intrínsecos em cada um, isso é, a capacidade de raciocinar, avaliar, escolher, participar e agir.

Conforme Sachs (2008, p. 14) o desenvolvimento humano pode ser encarado e conceituado por meio da apropriação das gerações de direitos humanos: “civis, políticos e cívicos; econômicos, sociais e culturais, incluindo-se o direito ao trabalho digno, e direitos coletivos ao meio ambiente e ao desenvolvimento.”

Estando os valores da igualdade, equidade e solidariedade embutidos no conceito de desenvolvimento humano.

Para Sachs (2008, p. 64) os pilares para o desenvolvimento sustentável, abrangem além da sustentabilidade ambiental: o desenvolvimento social, ambiental, territorial, responsáveis pela distribuição de recursos, populações e atividades; bem como o desenvolvimento econômico e político encarregado pela governança democrática.

Trata-se de uma questão de justiça, a responsabilidade moral que a geração atual possui para com a sustentabilidade dos ecossistemas, pois seria injusto viver bem no agora em detrimento das gerações futuras.

Assim, o conceito de desenvolvimento sustentável apenas é significativo quando relacionado à preocupação com o desenvolvimento próspero de pessoas do presente (equidade intragerações)<sup>6</sup> e do futuro (justiça intergeracional)<sup>7</sup> (BOSELNANN, 2015, p. 28).

### 2.2.1 História do Desenvolvimento Sustentável

A ideia de sustentabilidade tem suas raízes na história do ser humano. O desejo de viver em harmonia com a natureza é, sem dúvida, parte de nossa herança evolutiva.

Conforme Bosselmann (2015, p. 29) “a existência humana sempre esteve embutida em ciclos naturais e quer estejamos cientes disso no momento presente, ou não, isso não vai mudar.”

Dito isso o desenvolvimento sustentável passou a ser pensado com maior ênfase a partir das grandes catástrofes sofridas pela humanidade, embora ainda hoje muitas delas voltem a acontecer.

O conceito de sustentabilidade não foi inventado no final do século XX, como se pensava, mas a cerca de 600 anos antes, entre os anos de 1300 e 1350,

---

<sup>6</sup> Equidade intrageracional – os direitos das pessoas dentro da geração atual a um acesso equitativo aos recursos naturais da Terra (BOSELNANN, 2015).

<sup>7</sup> Justiça intergeracional - os direitos das gerações futuras (BOSELNANN, 2015).

quando a Europa continental sofreu uma grave crise ecológica, em resposta, principados e cidades locais tomaram medidas de reflorestamento em larga escala e promulgaram leis fundadas na sustentabilidade (BOSELNANN, 2015, p. 31).

No início do século XIX, os direitos públicos ambientais praticamente desapareceram, ignorando-se assim a proteção ambiental, inclusive a sustentabilidade. A relação com a terra (meio ambiente) passou a ser vista como uma relação de poder, onde o homem estava acima da natureza, fazendo com que ele desaparecesse quase que completamente com o surgimento da industrialização.

Pensando nisso, pesquisadores do chamado “Clube de Roma”, alertaram que, se o mundo prosseguisse com a mesma intensidade de consumo, produção, exploração e poluição, em 100 anos, no máximo, a humanidade estaria sentenciada a uma catástrofe. Tal conscientização intensificou-se após a II Grande Guerra, quando foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), objetivando a paz mundial.

Desde a década de 1960, a legislação ambiental moderna ampliou seu tema de recursos naturais para regimes ambientais de conservação e manejo de ecossistemas. O aspecto inovador do desenvolvimento sustentável é a sua procura em integrar um regime jurídico, político e institucional (BOSELNANN, 2015, p. 43).

De Marco e Mezzaroba (2017, p. 327) resumem, os principais eventos e documentos internacionais nos quais as ideias sobre o desenvolvimento sustentável foram expandidas. Com efeito, os conceitos de desenvolvimento e direitos humanos foram duas ideias-força importantes para superar resquícios da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial.

Após isso em 1972 foi realizado em Estocolmo, na Suécia, a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, a qual se difundiu como o Relatório Brundtland.

Segundo Bosselmann (2015, p. 50) o Relatório Brundtland é um apelo por justiça distributiva global entre (a) ricos e pobres, (b) natureza das pessoas que vivem hoje e no futuro e (c) seres humanos.

Em 1975, o relatório “What now”, alertava para uma profunda crise no desenvolvimento, com extrema inequidade na partilha das riquezas e consequências ambientais graves.

No ano de 1990, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, lançou seu primeiro relatório anual, denominado Índice de Desenvolvimento Humano, deixando de medir o desenvolvimento com a ênfase econômica (PIB) e passando a refletir indicadores como: expectativa de vida, educação e bem-estar (IDH).

Em 1992, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (conhecida como Cúpula da Terra ou ECO-92), com o objetivo de avaliar os acontecimentos ambientais ocorridos desde a Conferência de Estocolmo.

No ano de 2002, a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, realizada em Joanesburgo, foi apelidada de Rio+10.

Em 2011, o objetivo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente foi apresentar um documento de grande autoridade, com dados estatísticos suficientes para convencer o mundo acerca das transformações pelas quais o planeta vem sofrendo, dados esses relacionados à população, mudança climática, produção de alimentos, agricultura, desastres naturais.

No ano de 2012 na Conferência Rio+20 foi publicado pela ONU documento chamado “The future we want”, enfatizando a necessidade de integração das três dimensões do desenvolvimento sustentável: social, econômica e ambiental.

Em 2015, a ONU decidiu que a agenda traçada para o ano de 2000 a 2015, fosse ampliada por meio do documento “Transformando nosso Mundo: A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” a qual possui 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável:

Acabar com a pobreza mundial; a fome e promover a agricultura sustentável; assegurar uma vida saudável, o bem-estar em todas as idades; educação inclusiva e de qualidade; disponibilidade da água e saneamento, acesso à energia para todos; padrões de produção e de consumo sustentável; Igualdade de gênero; promover o crescimento econômico sustentado, trabalho decente, acesso à justiça para todos; construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização sustentável e fomentar a inovação; reduzir a desigualdade dentro e entre os países; tornar as cidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis; combater a mudança do clima e seus impactos; conservação e uso sustentável dos oceanos, mares e recursos marinhos; proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, combater a desertificação, deter e reverter à degradação da terra da biodiversidade; fortalecer os meios de implementação, revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. (ONU BRASIL apud DE MARCO, 2017, p. 333-334).

Diante da conscientização da sociedade, busca-se o desenvolvimento sustentável como um novo valor moral, ético, político e jurídico de grande importância, capaz de gerar direitos e deveres humanos e fundamentais.

### 2.3 RESILIÊNCIA URBANA

A sustentabilidade deve ir ao encontro do desenvolvimento econômico sustentável, ou seja, sem agredir o meio ambiente, possibilitando usufruir no hoje dos recursos naturais de forma inteligente visando sua existência futura.

Percebe-se que quanto mais antigas as cidades, menos planejadas, além de constituírem sistemas altamente complexos, incapazes de resistir a certos níveis de estresse diários (ICLEI, 2011).

A resiliência urbana é vista como a habilidade do sistema urbano resistir a certos níveis de estresse por meio de sistemas flexíveis que absorvem

choques repentinos; façam a distribuição de estresse, evitando pressões individuais; propiciem a restauração da funcionalidade evitando perdas e interrupções.

Ainda, tais habilidades devem prever sistemas de substituição evitando falha catastrófica; capazes de identificar problemas e de lidar com eles, bem como estabelecer prioridades e mobilizar recursos de resposta rápida.

A dinâmica do desenvolvimento econômico, social e ambiental deve ser pensada de maneira urgente, possibilitando que gerações futuras desfrutem de um sistema equilibrado, sem repetir erros do passado.

Faz-se necessário uma conscientização urgente de todo o planeta, quanto à utilização dos recursos naturais, respeitando a dignidade humana e o meio ambiente, bem como a preservação dos bens naturais, pois do contrário o futuro não será mais incerto, provavelmente não existirá.

Para que as cidades se tornem sustentáveis precisam desenvolver suas capacidades adaptativas, as quais surgem para a redução da vulnerabilidade urbana e promoção do desenvolvimento sustentável.

Para Newman (2009) uma Cidade Resiliente deve apresentar energias renováveis, com áreas urbanas abastecidas sempre que possível por energia solar, eólica e geotérmica; evitar a emissão de gases de efeito estufa, utilizando de fontes renováveis de energia; substituir os sistemas centralizados de energia, água e tratamento de resíduos por sistemas de menor escala, baseados na vizinhança, devendo estar próxima de onde consumida.

A participação, a cidadania, a melhoria de vida das comunidades e a diminuição das desigualdades sociais só são possíveis mediante participação da sociedade como um todo, por meio de cidades fotossintéticas (telhados verdes e implantação de paisagismo); ecos-eficientes (substituir os sistemas lineares por circulares ou fechados); identificadas com o local (energias renováveis fortalecem a economia local, gerando alta qualidade de vida); transportes sustentáveis (consumir energia com moderação, deslocamentos a pé ou bicicleta), (NEWMAN et al, 2009).



As cidades não sustentáveis tendem a utilizar seus recursos de forma não eficiente, usufruindo do consumo massivo de recursos, produção de resíduos, construções inadequadas. Apresentando a falta ou nenhuma política pública que objetive/incentive desenvolver e implementar estratégias alternativas para uma gestão mais sustentável.

## 2.4 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS E COMPETÊNCIAS

Se alguns anos atrás a falta de comunicação/informação poderia ser apontada com um possível fator contributivo para a destruição, hoje a globalização apresenta um planeta onde ideias, negócios, pessoas, tecnologias alastram-se com grande velocidade. Vive-se em meio à alegria de novas descobertas e informações e a tristeza de catástrofes ambientais.

O aspecto social do desenvolvimento sustentável instiga primeiramente reconhecer que o desenvolvimento deve satisfazer as necessidades humanas básicas, em especial, dos pobres, já o aspecto ecológico do desenvolvimento sustentável, leva ao reconhecimento de que as atividades humanas (Estado da tecnologia e da organização social) não devem ignorar as limitações ambientais.

Nesse momento as cinco dimensões da sustentabilidade surgem, trazendo a dimensão social como algo que se preocupa com as políticas públicas ligadas à saúde, educação, moradia, segurança, trabalho e lazer; na dimensão ética a busca pelo bem-estar coletivo e não apenas pessoal; na dimensão ambiental o meio ambiente deve ser visto como algo vivo e de recursos esgotáveis; a econômica traz a necessidade de produzir e o consumir enfatizando a eliminação da pobreza; por fim a dimensão jurídico-política apresenta um Estado Sustentável garantindo o direito à vida digna, alimentação adequada, ambiente limpo, educação, segurança, renda, boa administração pública, moradia digna e segura.

Sustentabilidade e desenvolvimento são conceitos igualmente importantes, que se contrapõem na busca pela satisfação das necessidades básicas, de um lado o ambiente protegido, do outro o desenvolvimento, a arte está em manter ambos em equilíbrio. Não é possível separar a esfera ambiental da esfera do desenvolvimento, pois ambas não são estáticas, portanto, o objetivo real do desenvolvimento sustentável é manter ambas as esferas em conjunto, equacionando o desenvolvimento com crescimento econômico.

Para Bosselmann (2015, p. 53) se a capacidade do ambiente não pode ser comprometida (para atender as necessidades presentes e futuras), então a economia (“o Estado da tecnologia e organizações sociais”) deve assegurar a capacidade do ambiente, em outras palavras, apenas um desenvolvimento ambientalmente saudável poderia satisfazer as necessidades presentes e futuras.

A Declaração de Nova Delhi expressa a visão de que o desenvolvimento sustentável exige uma abordagem global e integrada aos processos econômicos, sociais e políticos, adotando assim sete princípios:

- 1- de uso sustentável: os estados tem o direito soberano de explorar seus recursos naturais. O direito é qualificado pelo dever de não causar danos irreparáveis aos territórios de outros estados.
- 2- equidade e erradicação da pobreza: o princípio da equidade representa a dimensão social do desenvolvimento sustentável. Entende-se como equidade intrageracional (dos direitos das pessoas dentro da geração atual a um acesso equitativo aos recursos naturais da Terra) e equidade intergeracional (os direitos das gerações futuras). A equidade intrageracional inclui o compromisso dos Estados com a erradicação da pobreza.
- 3- responsabilidade comuns, porém diferenciadas - os estados têm responsabilidades comuns, no sentido de proteger o meio ambiente.
- 4- a abordagem de precaução para a saúde humana, recursos naturais e ecossistemas: é fundamental para o desenvolvimento sustentável e reconhecida como uma norma de direito internacional consuetudinário.
- 5- participação pública e acesso à informação e à justiça; e

6- boa governança: ambos os princípios são de natureza processual, sem a participação efetiva da sociedade civil e a transparência da governança, o desenvolvimento sustentável continuará sendo uma promessa não cumprida.

7- integração e inter-relacionamento, em especial em relação aos direitos humanos e os objetivos sociais, econômicos e ambientais: princípio processual relevante para o desenvolvimento sustentável, sendo reforçada a necessidade de integração na Declaração de Joanesburgo. (BOSELNANN, 2015, p. 84-87).

Busca-se uma melhoria da qualidade de vida, com uma melhor utilização dos recursos, possibilitando deixar para as gerações futuras um meio ambiente inalterado, diante da necessidade atual de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da terra.

Para tanto, em setembro de 2015, líderes mundiais se reuniram na sede da ONU, para adotar formalmente uma nova agenda de desenvolvimento sustentável. Esta agenda é formada por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS e 169 metas, que devem ser implementadas por todos os países do mundo nos próximos 15 anos, até 2030.

## 2.5 OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – ODS

Desde 2015, muitas discussões nacionais e internacionais têm girado em torno dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Pois os ODS contemplam ações mundiais nas áreas de erradicação da pobreza, fome zero e agricultura sustentável, saúde e bem estar, educação de qualidade, igualdade de gênero, água potável e saneamento, energia acessível e limpa, trabalho decente e crescimento econômico, indústria, inovação e infraestrutura, redução das desigualdades, cidades e comunidades sustentáveis, consumo e produção responsáveis, ação contra a mudança global do clima, vida na água, vida terrestre, paz, justiça e instituições eficazes e parcerias e meios de implementação.

Cada objetivo aborda aspectos diferentes que convergem pelo fato de serem essenciais para a viabilidade de uma sociedade sustentável. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável possuem quatro dimensões; a social relacionada às necessidades humanas, de saúde, educação, melhoria da qualidade de vida e justiça; a ambiental voltada à preservação e conservação do meio ambiente; a econômica ligada ao uso e esgotamento dos recursos naturais; e a institucional preocupada com capacidade de colocar em prática os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

A estratégia dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável reúne organizações representativas da sociedade civil, do setor privado, de governos locais, devendo ser compreendida e trabalhada de forma integrada, estabelecendo compromissos, proporcionando investimento de recursos, atuando interdependente dos setores da sociedade. Trata-se de uma iniciativa que nasce da necessidade de engajamento e conscientização necessários para integrar os ODS aos planos e políticas de Estados e Municípios.

A Agenda 2030 é extremamente abrangente e desafiadora, pois os ODS respondem ao desejo de engajar uma multiplicidade de forças sociais cujos atores estejam conscientes do significado real do “desenvolvimento sustentável”, e acima de tudo tenham consciência de seu papel, para que seja exitoso o cumprimento da Agenda 2030 no Brasil.

### **3 O MUNICÍPIO DE JOAÇABA**

O Município de Joaçaba possui topografia diversificada, composta por montanhas e rios, os quais têm dificultado ou inviabilizado novas construções, encontrando-se a mercê dos fatores climáticos em muitas ocasiões, tendo que agir no enfrentamento de tais situações de forma paliativa.

Em virtude da topografia regional, particularmente no Município de Joaçaba, percebem-se várias construções nas encostas de morros e margens

dos rios, construções estas realizadas muitas vezes de forma irregular ou sem grandes estudos de impactos, contribuem para que desastres aconteçam.

É imperioso constatar a capacidade de o município permanecer íntegro e suportar situações que afetam a normalidade e geram danos materiais a população local, bem como a capacidade de voltar ao estado original após situações de desastres.

Embora a cidade possua áreas verdes, constata-se que referente ao paisagismo, painel fotovoltaico e biocombustível, no Município de Joaçaba existe algumas ações isoladas nada significativas, deixando muito a desejar, uma vez que, ações público/privadas contribuiriam na melhoria de vida das famílias.

Integrar a sociedade, promover a mudança de mentalidade frente à importância de preservação e recuperação do meio ambiente, bem como instruir os cidadãos diante de situações de desastres, são fatores primordiais para um futuro melhor.

Foi inaugurado em Joaçaba na data de 23 de março de 2018, o Centro Integrado de Gerenciamento de Riscos e Desastres (Cigerd), por meio da Secretaria de Estado da Defesa Civil, objetivando investir em prevenção, preparação e respostas a desastres.

Segundo Rodrigo Moratelli, Secretário do Estado da Defesa Civil, Joaçaba é um dos 20 centros que serão viabilizados em Santa Catarina, juntamente com os demais centros, estará interligado com o Cigerd de Florianópolis, permitindo contato direto com a base e facilitando a gestão da crise e resposta rápida ao cidadão (JORNAL CRUZEIRO, 2018).

O Cigerd de Joaçaba é uma estrutura autossuficiente, capaz de se manter operacional mesmo com a falta de energia elétrica na cidade, tendo ao seu lado o Centro de Logística da Defesa Civil (Celog) com material de ajuda humanitária para atender as regiões Meio-Oeste e Oeste, contemplando assim 13 municípios.

Entretanto, Joaçaba não possui um plano de contingência ou gestão de risco, pois nem mesmo o próprio estado o tem concluído. Frente a isso se faz necessário elaborar um sistema capaz de amenizar tais riscos, de absorver, adaptar e recuperar os danos causados, desenvolvendo estudos voltados à preservação e restauração das estruturas básicas, projetos visando à aplicação de políticas públicas e legislações locais.

Bem como, possibilitar ao município identificar com antecedência as possíveis áreas de risco de desastres, propiciando a elaboração e o planejamento antecipado e participativo, de projetos de captação e repasse de recursos frente aos desastres.

Faz-se necessário uma gestão eficiente dos recursos existentes, respeitando o ciclo dos ecossistemas, utilizando prudentemente os recursos naturais, objetivando tecnologias e processos produtivos limpos, aliado à valorização dos saberes locais, respeitando a formação cultural, almejando uma transformação da mentalidade e do padrão de consumo, onde a máxima “consumir menos, usufruir mais”, se faça presente no cotidiano da cidade.

### 3.1 A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE JOAÇABA

Buscou-se fazer uma abordagem nas leis existentes no Município de Joaçaba, visando identificar termos relativos ao assunto abordado nesse artigo, tais como: resiliência, sustentabilidade, energia renovável, carbono, efeito estufa, tragédias, desastres, meio ambiente e defesa civil.

No entanto, nada foi encontrado de forma específica, muito embora se tenha por norteador, a Lei Maior a qual estabelece em seu artigo 182 a política urbana: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” (BRASIL, [2016]).

Neste passo, o município ainda tem por direcionador o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), estabelecendo que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo cidades sustentáveis; evitando a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição, a degradação ambiental, a exposição da população a riscos de desastres; visando a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, para as presentes e futuras gerações.

Por fim o Estatuto das Cidades baila em seu artigo 41 sobre a obrigatoriedade de um Plano Diretor para as cidades com mais vinte mil habitantes, fato que se aplica ao Município de Joaçaba, bem como em seu art. 39 dispõe sobre a função social da propriedade urbana:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas. (ESTATUTO DAS CIDADES, 2001).

Não se pode ignorar dentro das gestões municipais a relevância dos princípios constitucionais fundamentais norteadores do Plano Diretor, que envolvem a função social da propriedade; do desenvolvimento sustentável; das funções sociais da cidade; da igualdade e da justiça social; e da participação popular (ESTATUTO DAS CIDADES, 2001, p. 44).

Por ser o Município de Joaçaba uma cidade com mais de vinte mil habitantes, o Plano Diretor encontra-se atuante, sendo que nesse ano de 2018 estão sendo realizadas Audiências Públicas no intuito de atualizar as políticas de desenvolvimento e planejamento urbano, bem como as necessidades e anseios de seus cidadãos.

O Plano Diretor é o instrumento básico da política de planejamento e desenvolvimento urbano municipal, sendo no Município de Joaçaba composto

pela Lei Complementar nº 134/2007 que trata do Código de Edificações, Lei Complementar nº 135/2007 que dispõe sobre o Código de Posturas, Lei Complementar nº 136/2007 que contempla o Parcelamento do Solo Urbano e a Lei Complementar nº 137/2007 que discorre sobre a Lei do Zoneamento.

Cita-se a Lei do Zoneamento – LC nº 137/2007, que dispõe sobre normas relativas ao zoneamento do município de Joaçaba, abordando em seu art. 8º a função social da propriedade urbana, a qual deverá subordinar-se às diretrizes de ordenamento territorial do Município, compreendendo:

- I - distribuição de usos e intensidades de ocupação do solo;
- II- ocupação do solo condicionada à ampliação da infraestrutura e dos transportes e à preservação do equilíbrio ecológico;
- III- adequação das ocupações urbana impedindo a deterioração e degeneração de recursos naturais do Município;
- IV - melhoria da paisagem urbana e a preservação dos sítios históricos;
- V - preservação dos recursos naturais, mananciais de abastecimento de água do Município e recuperação de áreas degradadas;
- VI - acesso à moradia digna, com oferta de habitação para as populações de renda média e baixa;
- VII- regulamentação do parcelamento, uso e ocupação do solo incentivando Habitação de Interesse Social;
- VIII - desenvolvimento de um sistema de transporte coletivo de qualidade, incentivando à redução do uso do transporte individual (JOAÇABA, 2007d).

O art. 9º do mesmo instituto aborda em uma de suas seções o princípio do desenvolvimento sustentável, enfatizando a sustentabilidade como meio de desenvolvimento:

Art. 9º Sustentabilidade urbana consiste no desenvolvimento local socialmente justo, ambientalmente equilibrado e economicamente viável, visando garantir qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.



Parágrafo Único. O Município promoverá o desenvolvimento sustentável quando garantir, de forma efetiva e irrevogável, para as presentes e futuras gerações, o direito:

a) à terra urbana; b) à moradia; c) ao meio ambiente; d) ao saneamento ambiental; e) à infraestrutura urbana; f) ao transporte; g) aos serviços públicos; h) ao trabalho; i) ao lazer; j) à identidade cultural. (JOAÇABA, 2007d).

Na mesma Lei, o art. 13, visa coibir construções irregulares, informais ou clandestinas, evitando distorções no crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; aborda o déficit social representado pela carência de infraestrutura urbana, de serviços sociais e de moradia para a população de baixa renda, coibindo ainda o surgimento de assentamentos irregulares.

Atinge também a prática de construção e uso irregular das edificações; o controle o uso dos espaços públicos, a poluição e a degradação ambiental, o sistema de áreas verdes e patrimônio público e sua preservação e utilização; possibilita melhoria no abastecimento de água, esgotamento sanitário, gestão dos resíduos sólidos por meio da coleta seletiva, drenagem urbana e pavimentação, priorizando as famílias de baixa renda e promovendo a justiça social.

O fortalecimento da pequena propriedade rural também foi contemplado na referida lei, fomentando o desenvolvimento socioeconômico da região, por meio da melhoria no acesso até as propriedades, na diversificação das atividades priorizando o desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente natural e cultural (art. 30 A).

Verificou-se também a preocupação com relação ao meio ambiente no que tange à poluição visual, sonora, da água e do ar, paisagem urbana e patrimônio histórico e cultural.

A Lei Complementar nº 136/2007, que trata sobre o parcelamento do solo urbano, dispõe em seu art. 89, que são áreas de interesse especial às

necessárias à preservação do meio ambiente; as que dizem respeito à proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, artístico, histórico, paisagístico arqueológico e científico e as destinadas à instalação de áreas industriais.

O Código de Posturas (LC nº 135/2007) aborda em seu art. 18 as normas de utilização do espaço e o bem-estar público, proibindo lançar nos logradouros, nos terrenos sem edificações ou nas várzeas, valas, bueiros e sarjetas, lixo de qualquer origem, que possa causar incômodo à população ou prejudicar a paisagem urbana, a população e o meio ambiente.

O mesmo dispositivo legal visa o controle da poluição ambiental coibindo que substâncias sólidas, líquidas e/ou gasosas ocasionem danos à saúde, à segurança, à flora, à fauna e a outros recursos naturais, enfatizando que o meio ambiente 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.

Diante de sua topografia irregular o Município de Joaçaba solicitou estudo técnico geológico referente diagnóstico de estabilidade de morro no Bairro Santa Tereza, com o objetivo de evitar o risco de desastres, bem como estudo hidrológico para avaliação de nascentes, propiciando o bem-estar dos seus munícipes.

O Município conta com o Serviço Intermunicipal de Água e Esgoto – SIMAE, instituído pela Lei nº 520/1968, o qual tem como finalidade captar, tratar e distribuir água, coletar, tratar e dar destino adequado ao esgoto sanitário dos Municípios de Joaçaba, Herval d'Oeste e Luzerna.

Os sistemas de coleta e tratamento de esgoto são importantes para a saúde pública, porque evitam riscos de contaminação e transmissão de doenças, além de preservar o meio ambiente, controlando a poluição lançada na natureza, nesse sentido o Município de Joaçaba possui um percentual de 67,88% de cobertura com rede coletora de esgoto (SIMAE, 2018).

Na área de saúde existe uma preocupação do Município de Joaçaba quanto ao tratamento e disposição final de resíduos da saúde, provenientes

dos ESF's e demais programas mantidos pela Secretaria Municipal de Saúde, o qual é dada destinação adequada, por meio de empresa especializada.

No que tange a Educação, o Município recebe recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE que oferece alimentação escolar e ações de educação alimentar e nutricional a estudantes de todas as etapas da educação básica pública.

Segundo o art. 14 da Lei nº 11.947/2009, 30% do valor repassado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE deve ser investido na compra direta de produtos da agricultura familiar, do empreendedor familiar rural, medida essa que estimula o desenvolvimento econômico e sustentável das comunidades (BRASIL, 2009).

Ainda na área da Educação, é realizado o transporte escolar com veículo e pessoal do próprio município para os alunos do ensino fundamental e por meio da Lei nº 3.467/2006 ocorre o atendimento a estudantes do ensino médio, educação de jovens e adultos, bem como do ensino superior que residem na zona rural e distritos do Município de Joaçaba.

Com a inserção do Sistema Único de Assistência Social - SUAS, a Assistência Social ganhou um importante reforço para efetivação de uma rede de proteção e promoção social, possibilitando ao país avançar no enfrentamento da pobreza, da incidência dos riscos e vulnerabilidades sociais que atingem parte da população.

A Assistência Social possui no Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS uma unidade pública municipal voltada no atendimento as famílias em situação de risco social ou que tiveram seus direitos violados, devido ao abandono, maus tratos físicos/psíquicos, abuso sexual, uso de substâncias psicoativas, situação de rua, trabalho infantil, violência física e psicológica, e discriminação sexual e/ou raça/etnia.

Não diferente, a política de Assistência Social no Município de Joaçaba desenvolve ações que buscam o enfrentamento de situações de

pobreza e vulnerabilidade social, que atinge seus munícipes, por meio de ações promovidas pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS e pelo Centro de Referência de Assistência Social – CRAS.

No Município de Joaçaba o Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS desenvolve um trabalho com os pais e responsáveis das famílias que se encontram em situações de risco e de vulnerabilidade, objetivando:

Incentivar a transmissão de valores familiares sólidos e vinculativos;  
Desenvolver competências parentais ajustadas com a utilização de estratégias de disciplina positiva em detrimento a punição;  
Incentivar a participação e a coparticipação dos pais no cotidiano e no processo educativo dos filhos;  
Desenvolver competências relacionadas com hábitos de vida saudáveis, nomeadamente ao nível da saúde, alimentação, higiene e prevenção de consumo de substancias;  
Promover competências de comunicação familiar de modo a aumentar um envolvimento e dinâmica familiar positiva;  
Incentivar situações de envolvimento de modo a melhorar a qualidade dos afetos e das relações pais-filhos. (CREAS, 2018).

Percebe-se que esse trabalho desenvolvido junto às famílias pelo CREAS vai de encontro a um dos ODS da Agenda 2030, mais especificamente ao Objetivo 16: “Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.” (ONU BRASIL, 2015).

Constata-se que por meio desse objetivo busca-se reduzir significativamente todas as formas de violência e tortura contra as crianças, bem como acabar com o abuso e a exploração, visando um Estado de Direito, com igualdade de acesso à justiça para todos.

Não menos importante está o Centro de Referência de Assistência Social – CRAS espaço público, localizado preferencialmente em áreas de maior vulnerabilidade social, com o objetivo de fortalecer a convivência com a família e a comunidade, atuando na elaboração de soluções voltadas ao enfrentamento de problemas como a falta de acessibilidade, situação de grave desproteção, pessoas com deficiência, idosos, crianças retiradas do trabalho infantil e violência.

O Centro de Referência de Assistência Social – CRAS oferece Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), orientação sobre os benefícios como o Cadastro Único, Programa Bolsa Família e Benefício de Prestação Continuada (BPC) advindos dos Programas Sociais do Governo Federal.

De acordo com a Política Nacional de Assistência Social - PNAS 2004, e a Norma Operacional Básica - NOB/SUAS, o CRAS atua com famílias e indivíduos em seu contexto comunitário, visando à orientação e o convívio sociofamiliar e comunitário, bem como ofertando serviços que valorizem a convivência familiar e comunitária, a socialização e o acolhimento, além da integração ao mercado de trabalho.

Entre as ações desenvolvidas pelo CRAS está a Proteção de Atenção Integral às Famílias – PAIF (particularizado e coletivo), programa de inclusão produtiva e projetos de enfrentamento da pobreza, centros de convivência para idosos, serviços para crianças de 0 a 6 anos, serviço de convivência e fortalecimento de vínculos.

No Município de Joaçaba o Centro de Referência de Assistência Social - CRAS tem como objetivo:

Fortalecer a função protetiva da família;  
Prevenir a ruptura dos vínculos familiares e comunitários;  
Promover aquisições sociais e materiais às famílias, potencializando o protagonismo e a autonomia das famílias e comunidades;

Promover acesso aos benefícios, programas de transferência de renda e serviços socioassistenciais. (CRAS, 2018).

Sendo assim o CRAS Joaçaba desenvolve uma ação denominada **“Momento de Ação Global para as Pessoas e o Planeta”**, que vai de encontro às ações globais que visam acabar com a pobreza, promovendo prosperidade e o bem estar de todos. Dentre as várias atividades desenvolvidas junto às famílias, algumas vão de encontro aos ODS, como o Objetivo 1: “Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares.” (ONU BRASIL, 2015).

Tema explorado no PAIF particularizado e nos grupos, e no SCFVs, orientando, encaminhando e facilitando aos usuários o acesso às políticas públicas e sociais, desenvolvendo ações intersetoriais que visem à sustentabilidade, a inclusão social, evitando que as famílias tenham seus direitos violados e ajudando para que consigam sair da situação de vulnerabilidade.

A assegurar o acesso universal aos serviços de saúde e o planejamento familiar, são ações desenvolvidas que vão de encontro ao objetivo 3: “Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades.” (ONU BRASIL, 2015).

Em parceria com o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS e os profissionais da Saúde, esse tema é trabalho visando assegurar o acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, planejamento familiar, informação e educação. A preocupação em eliminar a violência contra as mulheres e/ou as meninas, bem como o tráfico e a exploração sexual, é mais um dos ODS: “Objetivo 5. Alcançar à igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e crianças.” (ONU BRASIL, 2015).

Tal tema é abordado nos grupos de adultos e de adolescentes visando Prevenir à Violência contra a Mulher e orientando sobre a Igualdade de Gênero, bem como, prevenir qualquer tipo de violência infanto-juvenil. A

promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família e o empoderamento das mulheres também ganha destaque no trabalho realizado com as famílias.

Outra ação desenvolvida que vai de encontro com o objetivo da Agenda 2030 é o objetivo 8: “Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos.” (ONU BRASIL, 2015).

Esse tema é trabalhado com o objetivo desenvolver a formação e potencialidades dos jovens, ampliando as chances de acesso ao mercado de trabalho. Existe uma parceria com o Centro de Integração Empresa-Escola - CIEE em atenção ao Programa Menor Aprendiz, onde os jovens são encaminhados para a inserção ao mercado de trabalho, parceria essas voltadas à execução do Programa de Iniciação ao Trabalho – PIT, programa que visa contribuir para a construção de um profissional com um perfil comprometido com as questões sociais e a transformação para um mundo melhor, através de práticas éticas e com compromisso social.

Outro ODS abordado se refere ao objetivo 16, que trata de leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável: “Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.” (ONU BRASIL, 2015).

O CRAS desenvolve ações com orientações e encaminhamentos prevenindo a permanência dessas pessoas em situação de discriminação e preconceito, podendo citar o trabalho realizado junto à Comunidade Haitiana.

Após tal abordagem junto ao Município de Joaçaba, resta claro que não existem programas específicos voltados para os ODS, apenas algumas ações ainda muito tímidas e de forma isolada, de certa relevância e importância junto às pessoas e famílias atendidas.

Tal constatação foi reforçada pelo estudo realizado pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC em parceria com acadêmicos do Curso

de Direito, onde o foco foi à implementação da Agenda 2030 no Oeste de Santa Catarina.

Para tanto, foram coletados e correlacionados dados municipais no intuito de analisar a consonância entre as políticas públicas, as metas definidas nos Planos Plurianuais dos Municípios do Oeste de Santa Catarina com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (Agenda ODS 2030). Ressalta-se na análise realizada que: “Dentre os resultados, constatou-se um percentual médio de convergência de 66,8%. O Município que apresenta maior vinculação com os ODS é Videira, com o percentual de 76%. Os municípios que apresentam o menor índice são Maravilha e Joaçaba, com 59%.” (BONAMIGO; STRAPAZZON, 2018).

Segundo o estudo, as políticas estabelecidas pelos municípios da região têm bom grau de convergência com a Agenda 2030, no entanto alguns dos ODS não receberem nenhum investimento ou atenção.

Outro estudo realizado objetivou levantar o volume e o tipo de estudos (teses, dissertações, pesquisas de Mestrados e Doutorados) realizados sobre o desenvolvimento do Oeste Catarinense, junto UNOESC (Universidade do Oeste de Santa Catarina), a UNOCHAPECÓ (Universidade Comunitária Regional de Chapecó) bem como teses e dissertações disponíveis na base de dados da CAPES.

Conforme Campanholo e Strapazzon (2018):

Os resultados alcançados demonstraram um crescimento considerável no interesse acadêmico sobre o tema entre os anos de 2015 e 2016. A Universidade do Oeste de Santa Catarina é a instituição com o maior volume de estudos especializados sobre o desenvolvimento sustentável na região. No total, há 87 teses, 85 dissertações, sendo que apenas 15 abordam temas especificamente ligados à área do direito ao desenvolvimento.

Observando o cenário local, bem como o comparando as preocupações lançadas na Agenda das Nações Unidas, conhecida como



“Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”, pode-se constatar que o Município de Joaçaba não possui políticas públicas suficientes para ser considerada uma cidade resiliente.

Como também a legislação existente no Município de Joaçaba, se apresenta de forma acanhada e fragmentada no que tange ao Plano Diretor e as demais leis, contribuindo para que o Município de Joaçaba não seja considerado uma cidade resiliente.

#### **4 CONCLUSÃO**

Ideais como a justiça, a paz e a sustentabilidade são fundamentais para a vida em sociedade, no entanto percebe-se que elas se encontram enraizadas no desperdício da produção e do consumo.

As cidades não sustentáveis tendem a utilizar seus recursos de forma não eficiente, contribuindo no consumo massivo de recursos, na produção de resíduos, onde a falta de políticas públicas apresenta-se como um incentivador no retardo do desenvolvimento e na aplicação de estratégias alternativas sustentável.

Muitas das sociedades se consideram justas, quanto à capacidade de resolver seus conflitos, mas nenhuma é totalmente sustentável quando o assunto é viver em harmonia com a natureza. Suprir as necessidades atuais sem comprometer a das próximas gerações é ser capaz de construir uma sociedade sustentável, de antecipar e planejar o futuro, assim como desenvolver a capacidade de adaptação, aprendizagem e reestruturação contínua.

A preocupação com a sustentabilidade baila entre a inércia e o equilíbrio, diante de um cotidiano feito de mudanças e crescimento. Sendo imprescindível a atuação do Estado mediante programas, intervenções e previsões que capacitem os cidadãos quanto à possibilidade de desastres, pois o princípio da sustentabilidade está em proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da terra.

Portanto, as políticas públicas devem atender os anseios econômicos, sociais e ambientais, viabilizando ações voltadas à prevenção, precaução e proteção das pessoas, desenvolvendo projetos multifuncionais que ofereçam alternativas no caso de falhas.

É sabido que quando os desastres acontecem os governos municipais são os primeiros a tomarem conhecimento da situação, no entanto muitas vezes não possuem recursos suficientes para lidar com tais circunstâncias, devendo ser pioneiros na antecipação, no gerenciamento, no planejamento e na redução dos riscos, todavia nem sempre possuem os recursos de que necessitam.

Frente ao levantado constatou-se que qualquer cidade pode desenvolver sua capacidade de resiliência, basta para tanto investir em políticas públicas que contemplem a redução da vulnerabilidade, visem diminuir as perdas e propiciem a coesão social.

As políticas públicas devem atender aos anseios econômicos, sociais e ambientais, viabilizando projetos voltados à prevenção, precaução e proteção das pessoas e sociedades. Onde os pilares do desenvolvimento sustentável abarquem áreas do desenvolvimento social, ambiental, territorial, responsáveis pela distribuição de recursos, populações e atividades, bem como o desenvolvimento econômico e político encarregado pela governança democrática.

O Município de Joaçaba não difere das demais cidades, possui problemas, anseios, dificuldades, como também buscam soluções que venham minimizar as adversidades existentes. Quanto às metas traçadas para este artigo, observou-se que, o Município de Joaçaba possui uma vasta legislação, no entanto não se encontrou ações voltadas especificamente para os ODS.

Embora se tenha constatado certo grau de convergência entre as políticas estabelecidas pelos municípios da região com a Agenda 2030, alguns dos ODS não recebem nenhum investimento ou atenção. Dados apontam que a consonância entre as políticas públicas, as metas definidas nos Planos

Plurianuais dos Municípios do Oeste de Santa Catarina com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável possuem um percentual médio de convergência.

Em específico ao Município de Joaçaba, pode-se afirmar que sua legislação, se apresenta de forma acanhada e fragmentada no que tange ao Plano Diretor e as demais leis, não podendo ser considerada uma cidade resiliente. Comparando as preocupações lançadas na Agenda das Nações Unidas, conhecida como Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com as ações desenvolvidas no Município chegasse à conclusão que não existem políticas públicas suficientes para o Município de Joaçaba ser considerado uma cidade sustentável.

Conclui-se que não existem programas específicos voltados para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, apenas algumas ações ainda muito tímidas e de forma isolada, as quais necessitam de maior investimento, onde os valores humanos, sociais e ambientais sejam mais bem difundidos e efetivados, pois os ODS são o resultado de múltiplas experiências, grandes debates e negociações mundiais.

## REFERÊNCIAS

BARROS, E, A.; CAVALCANTI, Edneia R. Resiliência e capacidade adaptativa: recursos para a sustentabilidade de cidades e comunidades. *In: ENCONTROS NACIONAIS DA ANPUR*, 15., 2013, Recife. *Anais [...]*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

BLANDTT, Lucinaldo da Silva. *Da resiliência à sustentabilidade: análise do sistema ecológico-social em comunidades rurais da Amazônia Brasileira*. Belém, 2009.

BONAMIGO, Cleison Lucas; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Implementação da Agenda 2030 no Oeste de Santa Catarina. *In: SIEPE*, 24., 2018., Joaçaba. *Anais [...]*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2018. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/siepe>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BOSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRANCALEON, Brigita Batista *et al.* *Políticas Públicas: conceitos básicos*. Material pp\_EAD. São Paulo: Universidade de São Paulo, abr. 2015. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod\\_resource/content/1/MaterialDidatico\\_EAD%2017%2004%202015.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod_resource/content/1/MaterialDidatico_EAD%2017%2004%202015.pdf). Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nºs 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jun. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm). Acesso em: 19 out. 2018.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff; LOPES, Brenner; AMARAL, Jefferson Ney (org.). *Políticas públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. v. 7.

CAMPANHOLO, Mayelle Cássia; STRAPAZZON, Luiz. Implementar a Agenda 2030 no Oeste de Santa Catarina. In: SIEPE, 24., 2018., Joaçaba. *Anais* [...]. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2018. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/siepe>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CAMPINAS. Defesa Civil de Campinas. *O que são cidades Plano de Resiliência Campinas 2017-2020*. Disponível em: <https://resiliente.campinas.sp.gov.br/o-que-s%C3%A3o-cidades-resilientes>. Acesso em: 21 set. 2017.

CENTRO INTEGRADO DE GERENCIAMENTO DE RISCOS E DESASTRES. *Jornal Cruzeiro Catarinense*, Joaçaba, ed. 3671, 30 mar. 2018. Cultura, p. 3.

DE MARCO, Cristhian Magnus; MEZZARROBA, Orides. O Direito Humano ao Desenvolvimento Sustentável: Contornos Históricos e Conceituais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 232-349, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1066>. Acesso em: 20 mar. 2018.

DE MARCO, Cristhian Magnus. *O Estado federal brasileiro e seus mecanismos para a efetivação da sustentabilidade ambiental*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. Disponível em: <http://www.unoesc.edu.br/editora/livros-single/e-book-gratuito-direitos-fundamentais-sociais-o-estado-federal-federal-bras>. Acesso em: 13 mar. 2018.

DIAS, Reinaldo. *Sustentabilidade: origem e fundamentos; educação e governança global; modelo de desenvolvimento*. Editora: Atlas, [20--]. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/sustentabilidade.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

EDUCAÇÃO CORPORATIVA. Guarda municipal do Rio de Janeiro. *O Que é Sustentabilidade*. 31 maio 2017. Disponível em: <http://gmead.rio.rj.gov.br/?p=2789>. Acesso em: 10 set. 2017.

ESTRATÉGIA ODS. *O que são os ODS*. Disponível em: <http://www.estrategiaods.org.br>. Acesso em: 20 out. 2017b.

ESTRATÉGIA ODS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 11 Cidades e Comunidades Sustentáveis*. Disponível em: <http://www.estrategiaods.org.br/os-ods/ods11>. Acesso em: 19 out. 2017a.

FONSECA, Catarina; PEREIRA, Margarida. Reflexões sobre o contributo dos instrumentos de gestão para a resiliência de áreas protegidas em Portugal. *Revista de Geografia e Ordenamento do Território*, Centro de Estudos de Geografia e Ordenamento do Território, n. 3, p. 67-91, jun. 2013.

MANFREDINI, Constance; SATTLER, Miguel Aloysio. *Estratégias Locais para Tornar as Cidades mais Resilientes: o Caso de Garibaldi (RS)*. 14. ed. Paranoá: Cadernos de Arquitetura e Urbanismo, 01 ago. 2015.

JOAÇABA. *Lei Complementar n. 134 de 12 de fevereiro de 2007*. Código de Edificações. Joaçaba, SC, 2007a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/prefeitura/sc/joacaba>. Acesso em: 06 jul. 2018.

JOAÇABA. *Lei Complementar n. 135 de 12 de fevereiro de 2007. Código de Posturas*. Joaçaba, SC, 2007b. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/prefeitura/sc/joacaba>. Acesso em: 06 jul. 2018.

JOAÇABA. *Lei Complementar n. 136, de 12 de fevereiro de 2007. Parcelamento do Solo Urbano*. Joaçaba, SC, 2007c. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/prefeitura/sc/joacaba>. Acesso em: 06 jul. 2018

JOAÇABA. *Lei Complementar n. 137, de 12 de fevereiro de 2007. Lei do Zoneamento*. Joaçaba, SC, 2007d. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/prefeitura/sc/joacaba>. Acesso em: 06 jul. 2018.

MENDONÇA, Francisco. Geografia, geografia física e meio ambiente: Uma reflexão a partir da problemática socioambiental urbana. *Revista da ANPEGE*, v. 5, p. 174-189, 2009.

MENDONÇA, Francisco. Riscos, vulnerabilidade e resiliência, socioambientais urbanas: inovações na análise Geográfica. *Revista da ANPEGE*, v. 7, n. 1, p. 111-1189, out. 2011. Número especial.

MIKHAILOVA, Irina. Sustentabilidade: evolução dos conceitos teóricos e os problemas da mensuração prática. *Revista Economia e Desenvolvimento*, Universidade Federal de Santa Maria, n. 16, p. 22- 41, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/eed/article/viewFile/3442/pdf>. Acesso em: 21 out. 2017.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Programa Nacional de Alimentação Escolar*. 2017. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae>. Acesso em: 30 ago. 2018.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. *Construindo Cidades Resilientes*. abr. 2013. Última modificação: jun. 2016. Disponível em: <http://www.mi.gov.br/cidades-resilientes>. Acesso em: 20 out. 2017.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *Centro de Referência de Assistência Social – Cras*. jun. 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/cras>. Acesso em: 06 set. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas para Redução de Riscos de Desastres. *Como Construir Cidades Mais Resilientes - Um Guia para Gestores Públicos*. Genebra, Suíça: Escritório das Nações Unidas, nov. 2012. Disponível em: [https://www.unisdr.org/files/26462\\_guiagestorespublicosweb.pdf](https://www.unisdr.org/files/26462_guiagestorespublicosweb.pdf). Acesso em: 10 set. 2017.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos Avançados*, p. 51-64, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v26n74/a05v26n74.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

NOBREGA, Camila. Precisamos ser resilientes, e não sustentáveis. *Jornal O Globo*, 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/revista-amanha/precisamos-ser-resilientes-nao-sustentaveis-7946463>. Acesso em: 14 out. 2017.

ONUBR, Nações Unidas do Brasil. *Objetivos de desenvolvimento sustentável. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em: 20 out. 2017.

PANTALEÃO, Cristiane Criscibene; CORTESE, Tatiana Tucunduva Philippi. Capacidade de Resiliência Urbana: Estudo de Caso da Cidade Addis Ababa na Etiópia. *Revista de Gestão e Secretariado - GeSec*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 166-189, maio/ago. 2016.

RONCAGLIO, Cynthia; JANKE, Nadja. *Desenvolvimento Sustentável: Conceito de desenvolvimento sustentável*. Curitiba: IESDE Brasil, 2008. Disponível em: <http://www2.videolivriaria.com.br/pdfs/24058.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

SACHS, Ignacy, *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2008.

SECCHI, L. *Políticas Públicas: Conceitos, esquemas, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning. 2013.

SECRETARIA DA FAMÍLIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *Centro de Referência Especializado de Assistência Social – Creas*. jun. 2015. Disponível em: <http://www.desenvolvimentosocial.pr.gov.br>. Acesso em: 6 set. 2018.

SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. *Informações de atendimentos e acompanhamentos dos serviços, programas e projetos do Centro de Referência Especializado de Assistência Social – Creas e Centro de Referência de Assistência Social – Cras*. Joaçaba, 2018. Disponível em: <https://www.precisa-tecnologia.com.br>. Acesso em: 6 set. 2018.

SIMAE. *Plano Municipal de Saneamento Básico*. Disponível em: [www.simae.sc.gov.br](http://www.simae.sc.gov.br). Acesso em: 18 set. 2018.

SIMAE. *Tratamento de esgoto de Joaçaba e Herval D'Oeste*. Disponível em: [www.simae.sc.gov.br/esgoto-joacaba-herval](http://www.simae.sc.gov.br/esgoto-joacaba-herval). Acesso em: 04 set. 2018.



# CONDUÇÃO COERCITIVA: DA APLICABILIDADE E POSSÍVEL VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alana Rizzi<sup>1</sup>

Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo científico propõe uma análise sobre a condução coercitiva, quando de sua aplicabilidade e a possível violação aos Direitos Fundamentais. A pesquisa tem como aspecto principal analisar a natureza jurídica e demonstrar as incongruências desse instituto que autoriza a aplicação da condução sob coação do investigado e da testemunha que se recusem a comparecer em juízo, bem como observar se os direitos fundamentais sofrem violação quando aplicada a medida, seja na fase inquisitorial, seja na fase processual. Para tanto, realizou-se análise acerca da (im)possibilidade de se produzirem provas criminais mediante atos investigativos não previstos em lei, em especial quando esses atos forem invasivos à *privacidade* do indivíduo (artigo 5º, X, da Constituição Federal). Também se analisou por meio de pesquisas específicas se a condução coercitiva do investigado pode ser declarada incompatível com a Constituição da República de 1988.

**Palavras-chave:** Condução coercitiva. Direitos fundamentais. Constituição Federal.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo traz aspectos importantes acerca da medida imposta em caso de negação ao comparecimento do réu ao seu interrogatório; esse não comparecimento em juízo, mesmo que inicialmente não seja prejudicial, não deixa de ser desfavorável, pois cumpre ao imputado se defender na ação penal.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; alanarzz@hotmail.com

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

Esses aspectos representam a tensão entre o suposto autor e a testemunha do fato na investigação criminal, o direito de não produzir provas contra si mesmo e a limitação à liberdade do indivíduo e de seu direito de ir e vir. Dessa forma, retratam o conflito entre os direitos fundamentais e a justiça que estão previstos na Constituição Federal, inclusive os princípios como a presunção da inocência, igualdade e legalidade, devido processo legal e do contraditório e ampla defesa.

Na previsão no diploma processual penal, tal procedimento se mostra incompatível com a Constituição Federal de 1988, bem como com o Estado Democrático de Direito, de acordo com o que estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXI.

A ideia principal é abordar o equilíbrio necessário entre esses dois grandes pilares do estado constitucional brasileiro que precisa ser estabelecido, evitando o colapso sistêmico e que fere a integridade, a coerência lógica e a justiça e que tem deixado de focar sua atenção na eficiente apuração dos fatos criminais ao conferir relevância desproporcional à tutela dos direitos fundamentais.

Diante disso, debate-se no presente artigo a aplicação da condução coercitiva à luz dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sob o prisma injustificado e irregular da intimação que constitui desrespeito objetivo a garantias constitucionais, averiguando uma possível violação dos Direitos Fundamentais do indivíduo, eis que em um Estado Democrático de Direito, é sabido que os direitos consagrados na Constituição merecem respeito.

## **2 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O Direito Processo Penal, em sua originalidade, traz um conjunto de regras e princípios que devem ser seguidos com o intuito de regulamentar a aplicação do Direito Penal, conduzir as atividades da polícia judiciária e coordenar a estrutura dos órgãos que compõem a jurisdição.

O processo penal é o instrumento do Estado para o exercício da jurisdição em matéria penal. O direito processual penal, portanto, pode ser definida como o ramo do direito público que se ocupa da forma e do modo pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e conseqüentemente punição dos culpados. Tem como conteúdo normas que disciplinam a organização dos órgãos da jurisdição e de seus auxiliares, o desenvolvimento da atividade persecutória e a aplicação da sanção penal. (BONFIM, 2009, p. 6-7).

Além de tudo, desfruta de garantias e instrumentos para a defesa dos direitos individuais de todos os cidadãos, e evidentemente para a sua aplicação e interpretação, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988. Todavia, o transcurso do tempo entre 1941, ano do Código de Processo Penal, e 1988, ano da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, algumas modificações foram provocadas, sendo elas normativas e valorativas. Independentemente dessas alterações introduzidas após a sua criação, o CPP ainda assim mantém dispositivos dos quais o entendimento e a aplicação entram em discordância com a Carta Magna (FREIRE, 2016, p. 7).

Em 1941, quando o Código de Processo Penal foi promulgado, o País passou por um ciclo ditatorial, dispondo então de caráter inquisitivo. Ocorre que após a promulgação da Constituição de 1988, que adotou modelo acusatório e declarou os direitos e garantias fundamentais do cidadão, observou-se então a necessidade de adequação às normas da Carta Magna. Posto isso, o Código de Processo Penal passou a seguir as suas diretrizes, sendo os seus princípios pautados, por sua vez, nos princípios constitucionais (FREIRE, 2016, p. 7).

Dessa forma, a condição de direitos subjetivos para a defesa do cidadão, feita pelo Estado, para a aplicação principiológica no Direito Processual Penal, deve ser vista como um mecanismo que busca alcançar a

tutela do direito material, bem como um instrumento de defesa dos direitos à vida, à saúde, à liberdade, à segurança e à propriedade.

## 2.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUAS CARACTERÍSTICAS INQUISITORIAIS

A origem do Sistema Inquisitório tem ligação com o modelo egípcio, visto que na antiguidade a persecução penal correspondia a uma maneira de governo absoluta de poder e inspiração sacerdotal (GRINOVER, 1982, p. 28).

Embora exista a indicação de que o Direito do Império Romano é a origem do sistema inquisitivo, ao resgatar os atributos de tal sistema, percebe-se que o sistema processual do Antigo Egito pode ter sido o verdadeiro sistema inquisitorial, e até meados do século XXI, era o sistema que predominava, e nele, de certa forma, não existia um acusador legítimo e adequado (GRINOVER, 1982, p. 28).

Para o sistema inquisitório, não existem regras de igualdade e liberdade processuais, o processo geralmente é escrito e secreto e a partir disso se desenvolve em fases por impulso; o ato de confissão se torna elemento principal e único para ocorrer a condenação a partir da qual é consentida a prática de tortura com crueldade e flagelação (MIRABETE, 2008, p. 21).

Ao que concerne ao sistema processual denominado inquisitorial, destaca Machado (2009, p. 8, grifo do autor) que:

O processo inquisitivo se caracterizou pela ausência de contraditório; pela concentração no órgão judicial das funções de acusar, defender e julgar; pelo sigilo; pela desigualdade entre as partes; pelas acusações difusas; pelas provas aleatórias ou obtidas por meios violentos, como a tortura e a devassa etc. A Roma autoritária dos tempos régios, por exemplo, conheceu esse tipo de processo no período que ficou conhecido como da *inquisitio*; e a Idade Média, sobretudo com a Inquisição, também foi palco dessa forma de procedimento penal.

Haja vista a eficácia que a nova sistemática apresentou, logo em seguida o modelo foi aderido por todas as legislações da época, e face mais complexa foi marcada pelo Direito Canônico, no transcurso do século XIII, com a instituição do Tribunal da Inquisição, o qual tinha como maior objetivo reprimir a contradição ou qualquer outra conduta que fosse de encontro aos Mandamentos da Igreja Católica (BUONICORE; SANTOS, 2013, p. 41).

Além disso, analisando a característica inquisitória de reunião de poderes, o Estado-juiz e o Estado-administração possuíam semelhanças. Prado (2006, p. 71) cita que “dentre os traços típicos do antigo sistema, [existem] os aspectos: a) polícia repressiva e auxiliar da instrução, a cargo das testemunhas e b) julgamento secreto e decisão simbólica.”

Entretanto, ao longo do século XII, até o século XIV aconteceram algumas mudanças que motivaram a substituição do sistema acusatório pelo inquisitório.

Em suma, pode-se concluir que o sistema inquisitivo se define por uma junção de funções em uma única pessoa à qual se incumbem as tarefas de acusação e julgamento.

## 2.2 ASPECTO ACUSATORIAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO QUE TANGE ÀS QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIIS

O sistema acusatório é visto como aquele que luta pela defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir. Não estando previsto expressamente na Constituição Federal, encontra-se previsto implicitamente em alguns de seus dispositivos.

Na opinião de Lopes Júnior (2008, p. 56-57):

A origem do sistema acusatório vem do Direito Grego, onde sempre havia a participação do povo na atividade acusatória e como julgador. No Direito Romano, no último século da República, houve uma grande inovação no Direito Processual, pois a persecução e o exercício da

ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencentes ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade. Mas nessa mesma época o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos crimes.

O descontentamento com o sistema acusatório resultou em um motivo negativo, e os magistrados passaram a apoderar-se aos poucos das atribuições que seriam dos acusadores, resultando em um único conjunto do Estado, que são as funções de julgar e acusar. Entretanto, com a Revolução Francesa e suas ideologias e predisposição de enaltecer a figura do homem, o modelo inquisitório foi caindo gradativamente e aos poucos o sistema garantista foi retomado.

Carvalho (2001, p. 27-28) faz uma breve análise das características importantes do sistema acusatório:

A característica principal do modelo acusatório é a concepção do juiz como sujeito passivo tanto no que concerne à iniciativa da ação quanto à gestão da prova, estando rigidamente separados das partes, principalmente do órgão acusador. Neste juízo, oral e público, a decisão cabe ao juiz segundo seu livre convencimento, sendo impossível, pois, qualquer manifestação para instauração do processo e investigação *ex officio*. A separação entre o juiz e a acusação é o mais importante de todos os elementos do modelo acusatório.

Consequentemente, pode-se dizer que no sistema acusatório o acusado é considerado não mais como um objeto de investigação e, sim, como um sujeito de direito, em virtude de o sistema trazer diversas garantias ao acusado, isto é: contraditório, ampla defesa e princípio da presunção de inocência.

O modelo inquisitorial mostra-se, nesse sentido, equivocado e ultrapassado, sendo incabível a sua observância nos dias atuais. Mesmo assim, na prática, não é isso que se observa, basta analisar jurisprudências dos mais diversos tribunais do País.

### 3 CONDUÇÃO COERCITIVA: CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEPÇÕES

No que diz respeito a um assunto relevante como a condução coercitiva e os direitos de um cidadão, torna-se indispensável se realizar uma breve abordagem sobre o instituto e a sua origem. Na antiguidade, as Ordenações Filipinas eram parte das ordenações do Reino de Portugal, que foram antecedidas pelas Afonsinas e Manuelinas. Para eles, era estipulado que os oficiais de justiça conduzissem testemunhas e réus que apresentassem desobediência e resistência, “debaixo da vara”, ou seja, à força. Para o direito português a vara era o símbolo/marca dos juízes locais e dos juízes de fora, caracterizada por ser sinal de soberania (ARAS, 2013).

Desse modo, diziam as Ordenações Filipinas: “E os juízes ordinários trarão varas vermelhas e os juízes de fora, brancas, continuamente, quando pela Villa andarem, sob pena de quinhentos réis, por cada vez, que sem ela forem achados.” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 2018).

O Código de Processo Criminal do Império, declarado em 29 de novembro de 1832, assim normalizava o conteúdo: “Art. 95. As testemunhas, que não comparecerem sem motivo justificado, tendo sido citadas, serão conduzidas debaixo de vara, e sofrerão a pena de desobediência.” (BRASIL, 1832).

O termo vara, no século XX, não mais se refere a um instrumento de condução coercitiva dos desobedientes intimados à presença dos juízes; a palavra acabou por desaparecer, certamente adquirindo outro significado/ expressão e, assim, passou a designar o local de exercício da função da magistratura figurando como sinônimo de ponderação.

Por outro lado, não se pode esquecer que o instituto da condução debaixo de vara continuou a existir no Código de Processo Penal de 1941, mantendo na essência e sua finalidade, porém suavizada com terminologias mais adequadas às demandas constitucionais (TARCHA, 2014, p. 1).

### 3.1 CONDUÇÃO COERCITIVA NO PROCESSO PENAL: ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE A SUA APLICAÇÃO

A condução coercitiva para o Direito Processual Penal é uma forma de trazer para dentro do processo um meio de produção de provas, porém aplicada coercitivamente a um sujeito particular.

A condução coercitiva, em atendimento à derivação etimológica da palavra, indica o direcionamento de ordem mediante ordem de autoridade judicial. Inclusive Silva e Lopes (2015) descrevem a natureza desse instituto de forma bastante evidente e notória:

A natureza desse instituto jurídico já se mostrava evidente nas Ordenações Filipinas (estrutura jurídica resultante da reforma do Código Manuelino), pois, as testemunhas e réus recalcitrantes, poderiam ser conduzidos à força pelos Oficiais de Justiça. Outrossim, o art. 95, do Código de Processo Criminal do Império, datado de 1932, também estabelecia que “as testemunhas que não comparecerem sem motivo justificado, tendo sido citadas, serão conduzidas debaixo de vara e sofrerão a pena da desobediência.

Contudo, essa proposição sobre a condução coercitiva serve para definir qual o momento mais sensato para a aplicação desse instituto de certa forma que não afete as garantias de direito fundamentais de cada indivíduo e que garanta também a precaução à ordem pública pela aplicação da condução coercitiva, imprescindível ao seguimento da investigação policial ou do processo judicial, servindo como alcance de um meio de provas.

Há divergência se esse instituto é uma medida cautelar como uma espécie de prisão, ou uma medida da autoridade policial para trazer aquele indivíduo que deixou de comparecer perante juízo, desconsiderando a intimação sem motivo plausível, fazendo-o comparecer para dar justificativas necessárias ao processo.



Assim ressalta Rezende (2013):

Na ocasião em que a busca pela prova se coaduna com a principiologia constitucional, ainda que amenize a incidência de alguns direitos individuais, respeitando a proporcionalidade em sua tríplice dimensão (necessidade, adequação e proporcionalidade strictu sensu), não há que se falar na inconstitucionalidade e na ilegalidade dos métodos empregados para se alcançar a verdade almejada na persecução criminal. Como consequência desta observância, tende a ocorrer a ambicionada diminuição das impugnações de trabalhos investigativos, e nem mesmo as teses jurídicas forjadas, rotineira e exclusivamente, na face negativa do garantismo penal, terão chances de prosperar entre os tribunais do País.

Essa medida da condução coercitiva se justifica na extrema relevância que tem o depoimento do indivíduo para o seguimento do processo, utilizado como meio de prova. É a conduta daquele sujeito que sem justificativas deixou de comparecer perante a autoridade judicial, desconsiderando a intimação que lhe foi feita, visto que a presença deste é indispensável para esclarecer fatos no processo, auxiliando esse procedimento como prova no processo.

### 3.2 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Preocupante é o uso impróprio e mal interpretado da ponderação e proporcionalidade entre os juízes brasileiros em que estes têm a escolha de produzir a prova no processo penal. Há entre eles a falta de compreensão e discernimento de que a melhor forma de prestar a jurisdição é manter imparcialidade entre as partes e decidir apenas sob elementos de prova que forem produzidos pela acusação e pela defesa. Para que haja um resultado justo e coerente, o processo depende, fundamentalmente, da capacidade do juiz de não se conduzir como parte (acusatória ou defensiva) no processo penal.

De maneira sucinta, a condução coercitiva é caracterizada quando determinada pessoa é levada à presença de autoridade policial ou judiciária. É

forma arbitrária e independente da voluntariedade da pessoa, e é permitido o uso de algemas, conforme estabelece a Súmula 11 do Supremo Tribunal Federal.

Esse procedimento pode ser encontrado em momentos de inquéritos policiais ou processos judiciais, em que o investigado e o réu são notificados para comparecerem apenas com o objetivo de marcar presença.

Existe uma vantagem contra a autoincriminação, que retrata o princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tal privilégio encontra suporte em verdadeira garantia constitucional no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, quais sejam: a cláusula da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), o direito de permanecer calado (artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal) e a presunção da inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal).

O direito do acusado de permanecer em silêncio revela um direito legítimo e visa que esse exercício seja assegurado de forma plena, sem influência de pressões, de forma direta ou indireta, fadadas a induzi-lo a prestar um depoimento.

O direito ao silêncio não pode ser apelado e não pode servir como justificativa para decretação da medida mencionada. Dessa forma, ao permitir-se, como regra, o silêncio no curso da ação penal, o sistema processual pátrio impede a utilização de medidas exclusivamente subjetivas na formação de argumentos equivocados.

Távora e Alencar (2012) aduzem que a condução coercitiva do indiciado, ainda na fase do inquérito policial, é uma medida de incoerência constitucional que está em obséquio da garantia fundamentada no silêncio, tornando desnecessária a condução daquele que não deseja participar do interrogatório. Para os autores, caso a autoridade policial repunte indispensável à oitiva do indiciado que recusou atender à notificação, deverá noticiar tal fato ao juiz, pleiteando a condução coercitiva.

A esse respeito, a lição de Rangel (2012, p. 151) indaga:

Qual a providência que deve adotar a autoridade policial quando, no curso do inquérito, desejar ouvir uma testemunha que se recusa a comparecer para ser ouvida: Aplica-se o art. 218 do CPP? Ou seja, pode a autoridade policial conduzir coercitivamente a testemunha utilizando esse dispositivo, analogicamente? Por certo que a resposta seria não.

Realmente, a resposta negativa se impõe para a pergunta. As regras restritivas de direito não comportam interpretação extensiva ou analógica; dessa forma, a condução coercitiva da testemunha implica a violação de seu domicílio, conduta proibida pela Constituição da República.

Logo, são trazidos à tona cenários extensivamente inconstitucionais que continuam aumentando dia após dia, e tal situação leva a crer que se trata de um cenário normal e, portanto, constitucional, o que não se pode aceitar.

Fontelles (2016), em algumas reflexões relevantes, aduz que:

Condução coercitiva e prisão preventiva igualmente não se confundem. Não se nega a existência do instrumento da chamada condução coercitiva. É cabível, porém, exclusivamente quanto à testemunha recalcitrante, isto é, a que, tendo regularmente sido intimada a prestar depoimento na forma e nas hipóteses legalmente previstas, tenha se recusado injustificadamente a atender à convocação. Quanto à prisão, é cabível unicamente para o réu ou o indiciado, e não para a testemunha. O manejar a restrição preventiva à liberdade em quadro de provisoriedade – quando as instâncias de conhecimento e recursal ordinária não tenham positivado o juízo de condenação – pede cautela. A cautela se expressa na resposta clara às três indagações processuais para isso autorizar: há risco de fuga do indiciado ou do acusado? Ele tem a seu dispor o prejudicar a apuração dos fatos porque é capaz de coagir testemunhos, destruir provas? A conduta, em apuração, é de grave comprometimento da paz social? Por certo que as respostas, se positivas, a essas indagações não se sustentam caso signifiquem conclusões abstratas, de “viés profético”, ou de “puro achismo”. O utilizar-se, inapropriadamente, de qualquer desses instrumentos jurídicos a compelir testemunha, indiciado

ou réu a prestar depoimento à margem do devido processo legal é de todo inadmissível. Impõe-se destacar, aliás, que o texto constitucional é claríssimo no garantir o princípio de que “ninguém pode ser obrigado a se auto acusar”, inclusive propiciando estardalhaço no cumprimento da medida. Efetivamente isso não aproveita em nada a um processo válido, antes mancha a verdade institucional do Ministério Público. Em síntese, procedimentos assim afrontosos à ordem constitucional ou legal sequer podem ser tidos como condução coercitiva ou prisão cautelar. Que o diga o juízo isento e competente para isso.

Sob essa perspectiva, é possível refletir perfeitamente sobre a distinção entre a prisão e as medidas substitutivas da condução coercitiva, isto é, a prisão provisória já compõe um caráter notável, e a condução coercitiva pode ser utilizada em casos permitidos por lei.

Por esse ângulo, é inviável tratar uma previsão tão singular como a condução coercitiva como se medida cautelar fosse.

Mas, na prática, a realidade é outra. O magistrado analisa se é caso de prisão preventiva ou apenas uma condução coercitiva, o que beira o absurdo, mas o Poder Judiciário o faz com frequência.

Pode-se observar o que decidiu o STF no Habeas Corpus n. 94.173:

“HABEAS CORPUS” - CRIME DE PECULATO ATRIBUÍDO A CONTROLADORES DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DENUNCIADOS NA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327)- ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327)- VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOTADAMENTE PORQUE OCORRIDA, NO CASO, SUPOSTA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA

TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO “PARQUET” - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO “McCULLOCH v. MARYLAND” (1819) - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - “HABEAS CORPUS” INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré- processual ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a “informatio delicti”. Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o “dominus litis”, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua “opinio delicti”, sendo-lhe vedado, no entanto. (BAHIA, 2009).

O Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se acerca da condução coercitiva; em seu relato refere que ela só pode ser decretada

através da autoridade policial e em nenhuma hipótese pode ser decretada pelo Ministério Público em função investigatória.

Por conseguinte, é indispensável avaliar que o Ministro Celso de Mello notoriamente trata o instituto como medida cautelar diversa da prisão, sendo esta menos que a prisão preventiva, porém não deixa de ser uma medida cautelar, o que não deve ser consentindo, por óbvio.

Em decorrência disso, é importante trazer a seguinte reflexão de Streck (2017):

Numa palavra: dizer que condução coercitiva é o mesmo que medida cautelar alternativa e que, ponderativamente (sic), a condução coercitiva é similar à medida cautelar alternativa menos gravosa que a prisão é o mesmo que admitir um elenco infinito de “medidas alternativas”. Ora, qualquer medida que não seja chicoteamento ou tortura será sempre menos gravosa que a prisão preventiva. Logo, vingando a tese de que condução coercitiva é possível porque entram no “rol” de cautelares menos gravosas, teremos uma violação da legalidade. Interpretação extensiva proibida.

Ainda, os ex-integrantes do Ministério Público, Afranio Silva Jardim, Claudio Fontelles e Álvaro Ribeiro Costa, e o ex-ministro do STF, Nelson Jobim, fazem alusão à referida situação: “Ela, a condução coercitiva só é admissível quando alguém se nega a ir a uma audiência em que foi previamente intimado. Mas não se admite que alguém que não foi convocado para depor seja levado coercitivamente para depor.”

Contudo, em vista das grandes modificações presenciadas nos últimos anos, perante a crise política, econômica, e moral e pelo fato de a população se encontrar volúvel, com a liberdade e autonomia que o Ministério Público Federal e dos estados têm desempenhado, especificamente no combate à corrupção, torna-se inviável o manuseio de métodos ilícito-inconstitucionais para alcançar o objetivo proposto.

Portanto, é evidente que os fins não justificam os meios. Assim, a condução coercitiva, tendo por base a legalidade e a recepção do instituto, impreterivelmente deve ser empregada aos casos previstos no Código de Processo Penal, isto é, o da testemunha regularmente intimada que deixa de comparecer sem justificativa em juízo, ou também se o acusado não atender à intimação para o interrogatório.

Em vista disso, nas atividades extrajudiciais, qual sejam a investigação realizada pela Polícia, Ministério Público, Comissões Parlamentares e Inquérito ou, ainda, por via judicial, o Estado não pode submeter o investigado ou acusado a tratamento como se fosse apenas um utensílio, que contra seu ânimo e vontade, seja exposto a ato que pende para constatação de infração penal. Assim, é dever do Estado trabalhar em busca das infrações penais e, para isso, deve-se descartar a colaboração da pessoa investigada, muito menos fazer exposição coercitivamente sob algum ato que caracterize ou possa resultar em produção de prova que a incrimine.

### 3.3 A CONDUÇÃO COERCITIVA E A ADPF N. 395

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 395 foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e tem como principal fundamento que a condução coercitiva para realização de interrogatório, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal, deve ser declarada incompatível com a Constituição Federal (DISTRITO FEDERAL, 2017a).

Em conformidade com a opinião do partido, todos os cidadãos possuem a obrigação legal de contribuir com a Justiça ao longo de uma investigação criminal. Porém, se houver omissão, discordância ou negação, estes serão processados por falso testemunho. Todavia, essa regra não se aplica ao cidadão que, ao fazer qualquer pergunta, perceba que a sua resposta pode levá-lo à autoincriminação (DISTRITO FEDERAL, 2017a).

Na ação, há o argumento de que o preceito fundamental é a liberdade individual, seja em sua dimensão abstrata como garantia individual (artigo 5º, caput, da Constituição Federal), seja na liberdade garantida aos indivíduos de não serem submetidos, de qualquer maneira e por qualquer meio, a produzir provas contra si mesmos em processos penais, conforme o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (DISTRITO FEDERAL, 2017a).

Essa condução ganhou um grande impacto e maior atenção no ano 2016, quando o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi levado à Superintendência da Polícia Federal em São Paulo.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes foi o relator da ADPF. Ele admitiu o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim) como *amicus curiae*. Para o IDDD, a condução de pessoas à força para prestar depoimento tem coerência somente na conjuntura da criação do Código de Processo Penal (CONJUR, 2017).

*Nesta mesma ocasião, o Ministro aproveitou e fundamentou sua decisão:*

Nossa Constituição enfatiza o direito à liberdade, no deliberado intuito de romper com práticas autoritárias como as prisões para averiguação. Assim, salvo as exceções nela incorporadas, exige-se a ordem judicial escrita e fundamentada para a prisão – art. 5º, LXI. Logo, tendo em vista que a legislação consagra o direito de ausência ao interrogatório, à condução coercitiva para tal ato viola os preceitos fundamentais previstos no artigo 5º, caput, LIV e LVII. Em consequência, deve ser declarada a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal. (SANCHES, 2017).

Por outro lado, a Procuradoria-Geral da República e a Polícia Federal não consentem com os fundamentos trazidos pelas entidades e defendem a constitucionalidade das conduções coercitivas. Ainda, o Ministro Gilmar Mendes informa também outra ação que está em trâmite no Supremo



Tribunal Federal sobre o tema, mas sem previsão de julgamento, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na concepção da OAB, é inadmissível conduzir à força pessoas que em determinado momento não quiseram cumprir a intimação que lhe é feita. Além disso, reitera que o artigo 260 do Código de Processo Penal necessita um comportamento ativo do investigado e está em desconformidade com os preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, como os princípios da imparcialidade, do direito ao silêncio, da paridade de armas e da ampla defesa (DISTRITO FEDERAL, 2017).

### 3.4 A CONDUÇÃO COERCITIVA E A ADPF N. 444

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil fez uma solicitação ao Supremo Tribunal Federal para que identificasse a não recepção pela Constituição Federal de 1988, sobre o artigo 260 do Código de Processo Penal, em relação ao uso da condução coercitiva na fase de investigação criminal. O assunto é discutido na ADPF 444, ajuizada com pedido liminar pela entidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Conforme aduz a OAB, a norma prevê a condução coercitiva do acusado para fins de realização de interrogatório e outros atos no âmbito do processo judicial, contudo a regra tem sido interpretada em contrariedade com os preceitos constitucionais ao se permitir a sua utilização para a constituição de atos no curso da investigação criminal. Argumenta, ainda, que a medida tem sido sistematicamente adotada sem a observância da premissa do próprio artigo 260 do Código de Processo Penal, ou seja, sem que o cidadão tenha descumprido anterior intimação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

A entidade sustenta que a condução coercitiva durante a fase de investigação criminal, ainda que decretada pela autoridade judiciária competente, viola os preceitos fundamentais da imparcialidade, do direito ao silêncio, do direito de não produzir prova contra si mesmo, do princípio do

sistema penal acusatório, do devido processo legal, da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, alega que é incabível a determinação de sua condução forçada durante a fase de inquérito, pois se trata de medida cautelar que deve ser somente utilizada na fase judicial, se necessário (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Em observação ao referido tema, Fernandes (2010 apud LIMA, 2011), ao analisar o artigo 260 do Código de Processo Penal, entende que:

Em que pese o teor do dispositivo em questão, doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que, na medida em que a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos asseguram ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo, não é possível que o juiz determine a condução coercitiva do acusado para a realização de seu interrogatório”. Conseqüência lógica do direito de audiência, e, portanto, da autodefesa, é evidente que o acusado pode abrir mão do seu direito de ser ouvido pelo magistrado, deixando de comparecer à audiência de instrução e julgamento, razão pela qual, nesse caso, não se pode determinar a sua condução coercitiva.

Caso não seja acolhido o pedido principal, a OAB requer que seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do dispositivo do Código de Processo Penal, a fim de que não seja permitida a condução coercitiva sem prévia intimação e o comparecimento injustificado do acusado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

O Ministro Gilmar Mendes observou que a ADPF 395, com objeto semelhante, está liberada para julgamento pelo Plenário. No despacho, o relator determinou, ainda, a requisição de informações à Presidência da República, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, a serem prestadas no prazo de 10 dias. Logo depois, os autos deverão ser encaminhados, progressivamente, para manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral

da República, para que se manifestem no prazo de cinco dias (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

## **4 A CONDUÇÃO COERCITIVA PERANTE OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INVESTIGADO/TESTEMUNHA**

Nesta seção serão desenvolvidos alguns tópicos que facilitarão o entendimento e a compreensão de assuntos relacionados aos direitos e garantias constitucionais do investigado no Brasil; a ideia é reunir os conceitos para melhor compreender os objetivos deste trabalho. Portanto, serão tratados alguns princípios e garantias constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis durante a fase pré-processual, a fim de concluir-se acerca da (in) constitucionalidade da condução coercitiva do investigado e da testemunha.

Durante um longo período, o processo penal tratou o investigado como um mero objeto de investigação criminal, afastando-lhe direitos e garantias. Convém recordar os sistemas processuais que eram seguidos séculos atrás, a forma inquisitiva dos julgadores e a crueldade que permaneceram por diversos anos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conserva o investigado como um sujeito de direitos e garantias, estabelecendo, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, além de procurar ser um Estado Democrático de Direito.

### **4.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Esse princípio foi consagrado pela Constituição federal no seu artigo 5º, inciso I: “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.”

O princípio da igualdade é fundamentado no pensamento de que todos os seres humanos nascem iguais e dessa forma devem possuir as mesmas oportunidades de tratamento. Assim, o princípio da igualdade passou a servir de base para o Estado moderno, enfatizando grande colaboração a todas as constituições modernas.

Esse princípio é específico no que tange ao conceito comum de Justiça, pois tem a finalidade de conceder a qualquer cidadão o direito de ser tratado em forma igualitária em situações jurídicas idênticas, não permitindo distinção entre os sujeitos, desde que essa diferença não seja estipulada pelo legislador, perpetrada por meio de normas decisivas e razoáveis (MORAES, 2013).

Sendo assim, os sujeitos processuais devem ter as mesmas chances de fazer valer seus motivos e de serem tratados igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades.

Por fim, o investigado não merece estar em situação desconfortável e insignificante, ou seja, ele é um sujeito de direitos semelhante a todos, não sendo correto o tratamento de inferioridade na persecução penal, e não pode haver qualquer diferenciação de tratamento que não sejam as previstas no ordenamento jurídico.

## 4.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é um limite constitucional ao poder do Estado para que não puna aleatoriamente seus indivíduos, isto é, prevenindo uma ação que não senão em virtude de lei.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no inciso II do artigo 5º que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, isto é, é previsto de forma evidente que a única maneira de compelir um sujeito de agir ou não é por meio da estrita existência de norma, ao que se chama de Legalidade (MORAES, 2013).

Todavia, o Código de Processo Penal prevê a condução coercitiva em diversos dispositivos, mas em nenhum deles constata a figura do investigado. Por mais que exista uma norma que regula o procedimento do júri (artigo 411, § 7º do CPP) e que possibilite a “condução coercitiva de quem deva comparecer” (BRASIL, 1941), esta não alcança o réu.

Independentemente de estar presente, a sessão pode ser instaurada sem a sua presença: “A ausência do acusado solto que tenha sido devidamente intimado não justifica sua condução coercitiva, nem tampouco o adiamento do júri. Já se estiver preso, sua presença é obrigatória, ressalvado pedido expresso de dispensa subscrito pelo réu e por seu advogado.” (TÁVORA; ALENCAR, p. 867).

Inclusive, o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal dispõe de mais um ponto relevante acerca do princípio da legalidade, em que determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, que se traduz na tipicidade do direito penal, ou seja, para que determinada conduta seja considerada um delito deverá obter previsão legal antes de acontecer o fato. Conseqüentemente, isso resta em tipicidade fechada, pois não há como ajustar a conduta por semelhança ou analogia (MARTINS, 2005).

O princípio da legalidade, nesse contexto, representa uma limitação inadequada ao direito de punir, caracterizando a exigência da lei formal uma garantia indispensável à preservação dos valores do Estado Democrático de Direito.

### 4.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A redação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 relata que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. É exclusivamente voltado à garantia expressa das liberdades públicas. Didier (2009) defende sua opinião que o referido princípio consiste

no postulado fundamental do processo, podendo ser aplicado genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade. Inclusive na formação de leis.

O conceito do devido processo legal se baseia na ideia do respeito, acatando todas as normas expressas em lei para que haja cerceamento da liberdade ou para determinado indivíduo que possa ser privado de seus bens (RANGEL, 2014).

Portanto, o princípio do devido processo legal requer um processo justo não apenas àqueles que fazem parte da relação processual ou que executam diretamente no processo, mas a todos que indiretamente exercem funções consideradas essenciais à justiça, devendo estar ligados a outros, deles decorrentes, já que se trata de uma norma aberta e de conteúdo e entendimento complexos.

#### 4.4 DIREITO AO SILÊNCIO

Com a inovação da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXIII, o direito ao silêncio tem seu seguimento através do *nemo tenetur se detegere* que, por sua vez, faz menção ao princípio da não autoincriminação, que proporciona ao preso e ao acusado resistência à produção de provas contra si mesmo.

Esse direito é assegurado aos sujeitos que são acusados ou testemunhas da autoria de um delito, podem se manter calados e não responder às perguntas que lhes são imputadas pelas autoridades policiais ou judiciárias.

Por sua vez, o investigado poderá omitir-se de manifestar qualquer informação, e será aplicável a indivíduos que estejam em liberdade ou recolhidos na prisão em decorrência de uma das formas de prisão provisória.

O direito ao silêncio, especialmente nos casos de interrogatórios, tem como principal argumento preservar a personalidade humana, ou seja, em sua liberdade, segurança, saúde e intimidade (SZNICK, 2002).

O direito ao silêncio e a não se autoincriminar impõe um impedimento na elaboração da prova de autoria, porém tal obstrução não deve ser postergada, pois apesar de ser simples, pode influenciar no quesito ético do procedimento inquisitorial (GOMES FILHO, 1997).

Por derradeiro, do mesmo modo que existe o direito de não se manifestar ao interrogatório, existe o direito ao silêncio no tocante a algumas ou todas as perguntas, excluindo qualquer intenção precipitada que possa causar prejuízo ao particular.

O requisito do consentimento do acusado manifesta-se quando a produção de prova exigir uma atitude ativa, porém isso não ocorre quando há uma colaboração passiva ou de pouca flexibilidade no contexto experimental.

#### 4.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (NÃO CULPABILIDADE)

O Princípio da Presunção de Inocência ou “Princípio da não culpabilidade” é guiado pelo conceito de liberdade. Desse modo, a autoria de uma infração penal será designada quando houver sentença condenatória transitada em julgado.

O recolhimento do acusado somente procederá em casos excepcionais. É o que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88:

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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

Por isto, existem duas regras que regem esse princípio, a regra probatória e a regra de tratamento. A regra probatória estabelece que a parte acusadora tenha o ônus de provar a culpabilidade do acusado, não se tornando necessário que este prove sua inocência.

Quanto à regra do tratamento, este relata que ninguém será considerado culpado até a sentença com trânsito em julgado, impossibilitando a antecipação de condenação ou de culpabilidade. Nessa perspectiva, devem ser explorados seus aspectos em todas as suas particularidades, no que se refere ao encargo de provas e regras de tratamento do imputado, evitando a publicidade excessiva (apreciação do investigado ou acusado) e a prepotência das prisões cautelares (LOPES JÚNIOR, 2014).

Conclui-se, então, que o Princípio da Presunção de Inocência deve ser a base do Estado Democrático de Direito, evitando a inadequação quando for decidido sobre o futuro de um cidadão, isto é, todos devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, evitando a presunção de culpa, pois, de acordo com esse princípio, a culpa é exceção.

#### 4.6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório se resume no direito à informação e também no direito à participação. Esse direito à informação é *“respeitado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação”*, já o direito à participação se funda na ideia de *“tanto no direito à prova como no direito à atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita.”* (BECHARA; CAMPOS, 2005).

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe: *“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, [2016]).



A ampla defesa gera diversos direitos ao réu, como o caso de ajuizamento de revisão criminal e a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado nomeado pelo réu, fazendo com que ele eleja outro ou nomeie um dativo (TORRES, 2015).

O contraditório protege que em toda alegação fática ou apresentação de prova feita por uma das partes no processo pode o adversário se manifestar, dando um perfeito equilíbrio entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (TORRES, 2015).

Por tais razões, é por meio do contraditório que a parte pode buscar a sua defesa, que necessita ser ampla e eficaz. Nesse viés, os dois princípios andam lado a lado em busca da veracidade dos fatos; como se observa na própria lei, deve a ação ter prosseguimento se houver permissão e se após a citação o acusado não comparecer e não estabelecer vistas aos autos.

#### 4.7 A CONDUÇÃO COERCITIVA E POSSÍVEIS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É preciso reiterar que o Estado Democrático de Direito presume um conjunto de garantias fundamentais de cunho processual, e este, por sua vez, possui a atribuição de impedir o Estado de agir com exageros. Essa função é exercida pelo Poder Judiciário através da jurisdição constitucional, perante a qual é inaceitável o desrespeito aos direitos fundamentais diante da imensidão do poder estatal.

Como se observa, é uma boa opção para a defesa pessoal contra a acusação, tornando-se ainda mais plausível quando há ligação com o direito de defesa técnica por meio de advogado ou defensor público, integrando o direito constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV).

Diante disso, o constrangimento para sua realização é completamente intolerável, o que resulta em uma violação da autonomia individual do cidadão no legítimo exercício de sua prerrogativa constitucional de definir a própria estratégia de defesa (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2007, p. 22).

Valer reiterar que a prática da condução coercitiva infringe as garantias constitucionais do ser humano previstas na Constituição Federal; além de caracterizar uma pressão psicológica com o intuito de recolher informações de modo irreduzível, ela restringe a liberdade do cidadão, ao passo que o método persecutório de cumprimento de mandados de busca e apreensão cria uma situação velada de intimidação e estímulo à autoincriminação (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2007, p. 22).

Por tais razões, a condução coercitiva fere de forma grosseira os direitos e garantias do investigado, até mesmo o próprio processo penal, que de fato é elemento crucial para um Estado Democrático. Em suma, a condução forçada mostra-se inviável, visto que apresenta uma forma de intimidação e arbitrariedade.

A condução coercitiva sob essa perspectiva demonstra uma estratégia à qual se restringe a liberdade do imputado, retirando-o de circulação em um curto espaço de tempo, e, com isso, garante a suposta eficácia de outras medidas. Em consequência disso, determinado cidadão entra em estado de neutralização, tornando-se um objeto de avaliação, o que auxilia na busca por fontes e elementos de prova. Assim, assumiria tal situação, vê-se que se está diante de manobra manifestamente intimidatória (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2017, p. 21).

Por fim, é passível de entendimento que para a condução coercitiva essas medidas não contribuem para a efetividade da repressão penal e não devem ser admitidas no Brasil; dessa forma, devem ser utilizadas considerando-se a legalidade e recepção do instituto, quando o ofendido estiver submetido apenas aos casos delineados no Código de Processo Penal.

## 5 CONCLUSÃO

Em última análise, é válido ressaltar que a condução coercitiva forçosa não tem o condão de colaborar com a investigação criminal. O direito ao silêncio que decorre da premissa *nemo tenetur se detegere*, direito do acusado e da testemunha de não produzir prova contra si, reafirmam que a condução coercitiva de forma indiscriminada e sem precauções, sem realizar a intimação, viola o direito à liberdade e aos direitos fundamentais do investigado e das testemunhas, que são conduzidos coercitivamente sob a justificativa de prestar esclarecimentos e colaborar com o descobrimento da verdade no interesse da justiça.

Ao que concerne à Constituição Federal vigente no Brasil, esta resguarda variados direitos de garantias individuais, entre os quais são imprescindíveis o princípio da presunção da inocência (não culpabilidade), o devido processo legal e o princípio da igualdade; não há fundamento para a condução coercitiva, em especial ao investigado, o qual está previsto no artigo 260 do Código de Processo Penal, e à testemunha, também previsto no Código de Processo Penal, artigo 218. De fato, não há argumentos plausíveis para a condução coercitiva, conforme dispõe o artigo 260, visto que o referido dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal; por esse motivo, a sua aplicação, seja na fase de investigação seja na fase judicial, além de inapropriada, caracteriza grave violação de direitos ao acusado e à testemunha.

Posto isso, a expectativa no que tange ao julgamento das ADPFs n. 395 e n. 444 é de que o Supremo Tribunal Federal averigue os dispositivos elencados (arts. 218 e 260 do CPP) que violam a liberdade individual, em sua dimensão abstrata, a garantia individual (artigo 5º, caput, da Constituição Federal), especialmente na liberdade assegurada aos indivíduos de não serem compelidos, de qualquer forma e por qualquer meio, a produzirem provas contra si mesmos em processos criminais (artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição).

Afinal, a celeridade e a apuração de crimes, por mais que estes sejam repulsivos, não devem apresentar lesões aos direitos e às garantias constitucionais. Nessa circunstância o respeito à atividade investigativa estatal não deve ser equiparado ao relaxamento das apurações dos ilícitos penais. Visto isso, o Estado precisa adotar uma postura investigativa adequada. O acusado, independentemente de qualquer circunstância, possui o íntegro direito de autodefesa passiva, e enquanto o crime apresentar ausência de limites e algumas insuficiências, o Estado não pode se eximir das suas obrigações para com a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Debaixo de vara: A Condução Coercitiva Como Cautelar pessoal autônoma. *Diário do Vlad*, 16 jul. 2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/07/16/a-conducao-coercitiva-como-cautelar-pessoal-autonoma>. Acesso em: 5 out. 2017.

BAHIA (2. Turma). *Habeas Corpus n. 94.173*. Relator: Min. Celso de Melo, 27 de outubro de 2009. p. 336-420.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios constitucionais do processo penal. Questões polêmicas. *Revista Jus Naviganti*, 21 fev. 2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BONFIM, Mougenot Edilson. *Curso de Direito Processual*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 10 abr. 2018.

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. *Coleção das Leis do Império do Brasil*, 1832. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm). Acesso em: 16 abr. 2018.

BUONICORE, Giovana Palmieri; SANTOS, Liziane dos. Breve análise dos sistemas processuais penais: em busca de um sistema democrático. *Revista Síntese: Direito Penal e Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 39-47, dez. 2013.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Bahia: Jus POVDIM, 2009. v. 1.

DISTRITO FEDERAL. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 6 de fevereiro. 2017a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-395-conducao-coercitiva.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

DISTRITO FEDERAL. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 18 de dezembro de 2017b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-444-conducao-coercitiva.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

FONSECA, Daniela. *A impossibilidade da condução coercitiva sem notificação prévia*. 2015. Disponível em: <https://danigfonseca.jusbrasil.com.br/artigos/251241885/a-impossibilidade-da-conducao-coercitiva-sem-notificacao-previa>. Acesso em: 27 abr. 2018.

FONTELES, Claudio. *A Constituição e o Ministério Público: reflexões necessárias*. Disponível em: <http://claudiofonteles.blogspot.com.br/2016/03/a-constituicao-e-o-ministerio-publico.html>. Acesso em: 27 abr. 2018.

FREIRE, Rossana Valessa Silva. *Condução Coercitiva: Abuso ou Precaução*. 2016. 28 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Memorial ADPF n. 395*. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/Memoriais\\_ADPF\\_\\_395.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/Memoriais_ADPF__395.pdf). Acesso em: 27 abr. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Frederico; BUENO, Pimenta. *Apontamentos sobre o processo penal criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a constituição: comentários à constituição brasileira*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo. Atlas. 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro 1 Tit. 65: Dos Juízes ordinários e de fora. *Ordenações Filipinas on-line*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 3 maio 2018.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REZENDE, Álex Levi Bersan de. *Condução coercitiva: controvérsia à luz do garantismo penal*. *Segurança Pública e Cidadania*, v. 6, p. 29-58, 2013.

SANCHES, Gonçalves Henrique. A condução coercitiva de acusados ainda é vigente e válida em face da constituição federal de 1988? *Blog do Henrique Gonçalves Sanches*, 21 dez. 2017. Disponível em: <http://www.henriquegoncalvessanches.com.br/a-conducao-coercitiva-de-acusados-ainda-e-vigente-e-valida-em-face-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 27 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Erick Rodrigues; LOPES, Savio Oliveira. O instituto da condução coercitiva à luz da Constituição Federal e do Código de Processo Penal. *Jus.com.br*, jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40519/o-instituto-da-conducao-coercitiva-a-luz-da-onstituicao-federal-e-do-codigo-de-processo-penal/1?secure=true>. Acesso em: 5 out. 2017.

STRECK, Lenio. Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. *Conjur*, 2 mar. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-abuso-inconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>. Acesso em: 05 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OAB questiona condução coercitiva na fase de investigação criminal. *JusBrasil*, 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/441390005/oab-questiona-conducao-coercitiva-na-fase-de-investigacao-criminal>. Acesso em: 27 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1. Turma). Recurso Ordinário de Habeas Corpus: Liberdade e Fundamentação n. 79.781-4. *Hc 79781-4 Sp*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 18 de abril de 2000. p. 97-115.

SZNICK, Valdir. *Princípios de defesa na Constituição*. São Paulo: Iglu, 2002.

TARCHA, Patrícia Rosana Magalhães Fernandes. As Novas Perspectivas da Condução Coercitiva e a Polícia Judiciária. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <https://patriciatarcha.jusbrasil.com.br/artigos/121944123/as-novas-perspectivas-da-conducao-coercitiva-e-a-policia-judiciaria>. Acesso em: 4 out. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Jus Podivim, 2012.

TORRES, Renata. *O Contraditório e a Ampla Defesa*. 2015. Disponível em: <https://renatamtorres.jusbrasil.com.br/artigos/169576326/o-contraditorio-e-a-ampla-defesa>. Acesso em: 27 abr. 2018.



# DANOS MATERIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO PAGAMENTO DA PENSÃO VITALÍCIA

Diana Aparecida Gotardo<sup>1</sup>

**Resumo:** Após a adoção da tese trazida no artigo 950, do Código Civil Brasileiro, na Justiça do Trabalho, houveram inúmeros pedidos de indenização por danos materiais, compreendendo a pensão mensal vitalícia. Esta pensão vitalícia é, nas palavras dos legisladores brasileiros, uma indenização devida quando de uma ofensa à integridade física do indivíduo “resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho”, a indenização deve cobrir as despesas do tratamento e os lucros cessantes, até o fim da convalescença e “*incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*”. Desta forma, resta investigar dados como quais os funcionários, atingido pelo acidente de trabalho ou por doença equiparada a este, se comprovado o dano e o nexo causal, terá direito a receber tal indenização, compreender a importância do instituto para esses trabalhadores, e especialmente compreender quais são os fundamentos utilizados pela justiça trabalhista, para conceder tais benefícios.

**Palavras-chave:** Direito Trabalhista. Acidente de trabalho. Danos Materiais. Pensão Mensal Vitalícia.

## 1 INTRODUÇÃO

A Revolução industrial trouxe um progresso tecnológico que transformou, e continua transformando, a forma de produzir bens e serviços, em quantidades cada vez maiores e cada vez melhores também, quando o assunto é qualidade.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; dianagotardo@hotmail.com

Entretanto, com o aumento da produção, seja ela intelectual ou braçal, nos moldes do mercado de consumo atual, as empresas e indústrias atingiram um ritmo frenético de trabalho e exploração.

Neste ritmo, pela produção de bens e obtenção de lucro, além das melhorias, observa-se que ocorreram mudanças e impactos também na vida e saúde dos empregados, que durante muito tempo restaram mitigados.

Em que pese, com o passar dos anos a indústria tenha agido para minimizar os riscos de acidentes e doenças, decorrentes das atividades econômicas que exerce as estatísticas ainda são assustadoras.

Conforme dados apresentados pelo Coordenador Nacional dos Sindicatos dos Trabalhadores, José Augusto da Silva Filho, em uma audiência pública no Senado Nacional, quase 4 mil pessoas morrem no Brasil por ano, em acidente de trabalho. Não bastasse isso, se contabilizado o número de pessoas que tem sua capacidade laboral reduzida de forma parcial ou total, a situação se torna ainda mais alarmante.

Diante disso, o Direito Trabalhista Brasileiro e a Justiça trabalhista precisaram encontrar instrumentos para frear esta sangria, dentre eles a responsabilização do empregador pelos danos causados, especialmente de forma objetiva, quando os riscos da atividade econômica explorada pelo empregador, causarem maiores possibilidades de dano aos trabalhadores.

Logo, através da responsabilização civil, importante instrumento jurídico, que visa garantir a retribuição do dano causado aos indivíduos, por terceiros passou a ser aplicado também no Direito Trabalhista, com determinadas peculiaridades.

No Direito Civil, é necessária a demonstração da culpa do agente para a efetiva responsabilização pelo dano e para finalmente, ensejar a retribuição pelas perdas.

No Direito do Trabalho não poderia ser diferente, a responsabilização civil também resguarda os direitos dos trabalhadores em face de possíveis

danos. Especialmente, no que se estudará no presente artigo, quando ocorrem os chamados acidentes de trabalho.

Entretanto, a esfera trabalhista guarda algumas peculiaridades, isto porque muitas vezes é impossível ao empregado a comprovação de uma culpa do empregador, não só pela hipossuficiência do empregado, mas pela condição de superioridade do empregador na produção probatória, por ser o detentor de todos os dados e informações do contrato e da prestação do trabalho, bem como acerca dos eventuais acidentes.

Diante disso, surge no Direito Trabalhista, a responsabilidade civil objetiva, quando se passa a exigir da vítima exclusivamente a comprovação do nexos causal e do dano, facilitando os meios de prova, cabendo ao empregador a prova negativa da sua culpa.

Um dos principais dispositivos legais utilizados como meio de retribuição ao lesado, pelo dano sofrido, é a indenização prevista no artigo 950, do Código Civil Brasileiro, conhecido como Pensão Mensal Vitalícia, que tem por finalidade indenizar o indivíduo os danos físicos, sofridos e que tenham causado incapacidades para a função laboral que habitualmente exercia, seja esta incapacidade total ou parcial.

Tal instrumento é utilizado em todo o âmbito da responsabilidade civil, para garantir ao lesado uma compensação pelas incapacidades que possam lhe impedir de retornar ao mesmo trabalho que desempenhava, antes do dano/lesão ou que possam lhe impedir de melhorar sua condição financeira.

No entanto, quando aplicado ao Direito do Trabalho, existem peculiaridades que influenciam a decisão judicial, seja no sentido de reconhecer o dever de indenizar pela simples incapacidade de retornar ao mesmo trabalho, ou então quando a redução da capacidade seja para qualquer outra atividade laboral e até mesmo de lazer.

Desta forma, no presente estudo objetiva-se analisar o instituto da Pensão Mensal Vitalícia, para que se possa compreender a verdadeira extensão

de sua aplicação pela Justiça Trabalhista Brasileira, e compreender qual o posicionamento majoritário da Jurisprudência, para a efetivação do direito na prática, passando assim pela investigação doutrinária da responsabilidade civil, das teorias, requisitos da responsabilização, da culpa objetiva, teoria do risco e por fim a responsabilidade civil aplicada ao direito do trabalho.

Para tanto, utilizar-se-á a metodologia dedutiva, a partir de uma investigação doutrinária e jurisprudencial, para que seja possível a visualização do entendimento aplicado pelos Tribunais Trabalhistas Brasileiros.

## **2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil encontra-se intimamente ligada à idéia de reparação do dano, e tal referência é atribuída, vez que não existem motivos para indenização, se não da ocorrência de um dano. Entretanto o fundamento originário da responsabilidade Civil nem sempre foi este, o instituto estava ligado de forma indissociável ao ato ilícito. Contudo, com a evolução do instrumento, tornou-se pacífico admitir que existam situações especiais de responsabilidade civil que independem de culpa. (DALLEGRAVE NETO, 2017, p. 72).

Para que se possa compreender o instrumento da responsabilidade Civil deve-se considerar que a sociedade democrática de direito é composta por homens livres, detentores de livre arbítrio para escolher os caminhos que pretendem trilhar em sua vida, dentre todas as opções. Ocorre que, algumas não lhes convém tendo em vista a lesividade que têm à terceiros, ou seja, a ninguém é permitido prejudicar outrem. (DALLEGRAVE NETO, 2017, p. 72).

A responsabilidade civil tem “fundamento moral, porque se supõem, para a imputação, que o homem tenha de agir como ser que tem de adaptar-se à vida social e há de concorrer para crescente adaptação.” (MIRANDA, 1966, p. 211).

Conforme menciona Dias (1954, p. 11), a ordem jurídica pode ser perturbada pelo delito ou pela mera ofensa patrimonial, recompondo-se via

indenização, enquanto a paz social só se restaura pela pena. Assim enquanto a responsabilidade penal se preocupa com punição do agente para restaurar o equilíbrio harmônico social, a responsabilidade civil preocupa-se com a compensação do prejuízo patrimonial experimentado pela vítima, que poderá ser pecuniário, *in natura* ou até mesmo uma simples carta de reparação.

“A responsabilidade civil exerce uma função reparadora, destinando-se, como se destina, a reparar ou indenizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função sancionadora, sempre que na sua base se encontra um ato ilícito e culposo.” (TELLES, 1997, p. 418).

A responsabilidade civil vista como instituto jurídico, não contém definição legal, porém a doutrina a compreende como a sistematização de regras e princípios que ter por objetivo a reparação do dano patrimonial e como uma compensação de danos extrapatrimoniais que forem causados por um determinado agente de forma imediata ou ainda por fato de terceiro que dele dependam, agindo de maneira ilícita ou por ter assumido o risco da atividade causadora da lesão (MIRANDA, 1966, p. 211).

Segundo Pereira (2002, p. 1), a evolução histórica da responsabilidade civil tornou-se sensível a partir do Direito Romano, quando se introduziu a ideia de culpa, em face do objetivismo primitivo, ou seja, livrou-se da ideia de pena, para substituir pela de reparação do dano causado, sem no entanto, formular uma teoria geral da responsabilidade civil.

Após a responsabilidade civil passou por um longo período de evolução e mudanças, ao fazer um apanhado histórico Dallegrave Neto (2017, p. 79), doutrina que a primeira fase da responsabilização se deu na antiguidade, baseada na vingança privada, para a retaliação legalizada, ambas previam que o mal deveria ser punido com o mal, passando para a fase da composição paritária, quando a vítima poderia exigir bens para a compensação da lesão, ao invés de requerer um mal semelhante.

No século IV a.C., a *Lex Papiria* deu origem ao princípio de que o patrimônio do causador do dano, é que deve responder pela dívida. Após a

*Lex Aquilia* que previu que as multas, deveriam ser proporcionais aos danos caudados de forma especial, em cada caso, introduzindo o elemento da culpa, para dar status de indenização à responsabilidade civil, diferente de pena (DALLEGRAVE, 2017, p. 81).

Já em 1804, no Código Civil Napoleônico, a responsabilidade civil passou a ser sistematizada, repercutindo no sistema jurídico brasileiro, com princípios que vigem até hoje, dentre eles de que o devedor responderá pelas perdas e danos causados pelo não cumprimento de uma obrigação, assim como a culpa pelo não cumprimento da obrigação contratual, além de presumida pelo devedor, seria julgada em independente das circunstâncias (DALLEGRAVE, 2017, p. 81).

Ainda conforme Dallegrave (2017, p. 82), surgiu em 1897, a teoria do risco administrativo, que se embasou nas relações de emprego, e afirma que o que obriga a reparação é o dano, sem qualquer dependência ao elemento subjetivo da culpa. Desta forma, o direito deixou de se preocupar em vincular a indenização à existência de ato ilícito e passou a se preocupar com ressarcimento do dano, com a vítima, que antes era deixada em um plano secundário, agora se torna sujeito prioritário de tutela, pela teoria do risco. Em razão disso, a responsabilidade civil, que era insuficiente em atender a reparação do dano, evolui para alcançar de forma maior e mais abrangente as reparações às lesões existentes. Esta nova tutela jurídica, já orientada pelo solidarismo constitucional, objetiva tutelar a dignidade do trabalhador como ser humano, pugnando pela função social da empresa e da justiça comutativa.

Justiça comutativa, que estabelece que as pessoas se encontrem em situação de paridade e equivalência, sendo a responsabilidade civil e a indenização decorrente, nada mais que uma retribuição, uma equivalência entre o dano sofrido por uma pessoa e a reparação correspondente por quem causou este dano (NORONHA, 1994, p. 214).

A indenização nesse novo modelo de justiça que compreende o material e a dignidade da pessoa humana abrange não só os direitos materiais,

mas também toda uma gama de direitos imateriais prevendo a reparação integral da vítima.

Com a evolução do instituto, observa-se também a mudança de comportamento e de entendimento dos tribunais. O Tribunal Superior do Trabalho, incluso nestas mudanças de postura tornou-se mais social e atento aos princípios constitucionais, reconhecendo o aludido princípio da reparação integral da vítima:

RECURSO DE REVISTA - DOENÇA OCUPACIONAL - INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL - VALOR DA REPARAÇÃO. A indenização por danos materiais visa a ressarcir os prejuízos financeiros, presentes e futuros, sofridos pela vítima e causados pelo ofensor. O art. 944 do Código Civil de 2002 resguarda e dá efetividade ao princípio da restituição integral - *restitutio in integrum* -, que estabelece a responsabilidade do ofensor pela reparação integral do dano causado ao ofendido, a fim de reconduzir as partes ao status quo ante. (TST – RR 218000-56.2009.5.09.0654; 4ª Turma, Relator Ministro Vieira de Mello Filho, DEJT 25.5.2012, p. 992, grifo nosso).

Assim, consolidada no Estado Social de século XX, a teoria objetiva da responsabilidade civil tornou-se cientificamente autônoma, porém não foi capaz de se sobrepôr à subjetiva, isto porque, até hoje a presença do elemento culpa, tem sido a regra geral das ações reparatorias, ficando a cargo dos legisladores a enumeração taxativa de casos especiais aos qual a indenização será devida independentemente do elemento culpa (DALLEGRAVE, 2017, p. 85).

O último marco da evolução conceitual da responsabilidade civil, é vista no que preceitua o parágrafo único, do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, de 2002, que disciplina que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002, [n. p.]).

Atualmente a responsabilidade civil objetiva está prevista, nos acidentes de transportes em estrada de ferro (Decreto Legislativo n. 2.681/12), aéreos (Lei n. 7.565/86), por água (DL n. 116/67), por veículos automotores (Lei n. 8441/92); minas (DL n. 227/67 e DL 318/67), acidentes nucleares (Lei n. 6.453/77), relações de consumo (CDC – BRASIL, 1990, [n.p.]), atividades de risco normalmente desenvolvida (art. 927, parágrafo único, CC), poluição ambiental (art. 225, §3º da CF e art.1º da BRASIL, 1981, [n.p.]), responsabilidade por ato de terceiro (art. 933, do CC/02), contrato de trabalho (art. 2º, da CLT) e também nos acidentes de trabalho (art. 7º, XXVIII e BRASIL, 1991).

## 2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO DO TRABALHO – ARTIGO 7º, XXVIII, CRFB

A ideia de responsabilidade civil, em sua forma objetiva, surgiu no Direito do Trabalho, ensejada pelos inúmeros acidentes de trabalho causados a partir da industrialização, do modo frenético de produção todos frutos da Revolução Industrial (século XIX). Assim, pela primeira vez, a ideia de culpa para a aplicação da responsabilidade, mostrou-se insuficiente.

Conforme leciona Cavalieri Filho, (2009, p. 135), na medida em que a produção se tornou mecanizada, o número de acidente aumentou de forma vertiginosa, não somente pelo despreparo dos empregados em lidar com os novos instrumentos de trabalho, mas principalmente, pelo empirismo das máquinas utilizadas, que expunham os trabalhadores a inúmeros riscos. Sendo que, o operário muitas vezes restava desamparado em face da dificuldade, ou ainda, impossibilidade de comprovar a culpa do empregador, imperando assim a injustiça, razão pela qual se passou a rever os fundamentos da responsabilidade civil.

Desta forma, para que haja a responsabilização do empregador em casos de acidente de trabalho, passou-se a exigir então, exclusivamente os elementos dano e nexa causal à atividade laboral desempenhada, conforme já



visto, sendo considerada irrelevante a presença de culpa do empregador, isto porque a exigência da demonstração de culpa tornava a indenização, muitas vezes, inalcançável ou inatingível, diante da dificuldade e da complexidade, do trabalhador, de realizar tal prova.

A responsabilidade civil objetiva no direito trabalhista, como vista atualmente, não foi rápida, nem fácil. Inicialmente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraíndo-a, muitas vezes, das próprias circunstâncias em que ocorria o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes, após evoluiu-se para a admissão da culpa presumida, na qual havia a inversão do ônus da prova, o que tinha um efeito muito próximo ao da teoria objetiva, já que por via de uma presunção, o causador do dano, até prova em contrário, presumia-se culpado, cabendo a ele demonstrar que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorecia imensamente a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que foram ampliados os números de casos de responsabilidade contratual. Até que, finalmente, chegou-se à admissão da existência de responsabilidade sem culpa, em determinados casos. Assim, provados o dano e o nexos causal, ônus da vítima, surge o dever de reparar, independentemente da existência de culpa. A partir de então o causador do dano só se exime do dever de indenizar se comprovar alguma das causas de exclusão do nexos causal. Não cabendo, aqui, qualquer discussão em torno da culpa. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 135-136).

Neste sentido, resta nítido que a responsabilidade civil objetiva, aplicada ao Direito Trabalhista, visa uma maior e mais efetiva proteção à vítima hipossuficiente, especialmente no que tange à sua capacidade probatória. A teoria desenvolveu-se com base nas necessidades do trabalhador, para o ressarcimento do dano sofrido, em face da indenização vinculada ao ato danoso, mesmo que não demonstrada a ilicitude da conduta, nem mesmo a culpa. (DALLEGRAVE NETO, 2010, p. 616).

Segundo a teoria objetiva, aquele que criar o risco deve ser responsável por arcar com as consequências danosas geradas por ele, independente da culpa.

A respeito, explica Facchini Neto (2009, p. 178), que a responsabilidade não é mais uma contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável de uma atividade em geral que seja ensejadora de um risco maior ao trabalhador. A ideia do risco perde seu aspecto econômico, profissional e a sua aplicação não supõe mais uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, o contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica dos seus semelhantes. Diante disso, em face desta tal potencialidade danosa, surge a obrigação de indenizar.

O artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevê que é assegurado ao trabalhador: “XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.” (BRASIL, 1988, [n. p.]).

Ou seja, não será necessária a comprovação da culpa, já que o empregador deve se responsabilizar pelos danos causados em função da ocorrência de um acidente do trabalho, com seus empregados.

No artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, o legislador brasileiro adotou a teoria do risco objetivo, para responsabilizar o empregador por eventuais danos sofridos, em razão da execução regular da atividade laboral conforme o contrato de trabalho. (DALLEGRAVE, 2017, p. 132).

Prevê o artigo 2º, da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943, [n. p.]): “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (grifo nosso).

Como explica Santos (2010, p. 79), o trabalhador tem direito a não suportar os riscos, inerentes ou não à atividade e, uma vez que seja violado esse direito, surge o dever de reparação para aquele que o violou.

Além da própria legislação, o Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira, editou a Súmula 341, reconhecendo que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

Além das legislações propriamente trabalhistas, a legislação previdenciária, ao definir o conceito de acidente de trabalho, prevê a responsabilidade do empregador, pelas medidas de segurança e higiene do trabalho, e pela segurança e saúde do trabalhador:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador;

§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho;

§ 3º É dever da empresa, prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular; [...]

A legislação previdenciária prevê as medidas que devem ser tomadas pelo empregador, com vistas a impedir que os empregados e colaboradores sofram com acidentes de trabalho ou ainda, doenças ocupacionais equiparadas. Regras básicas, que se desrespeitadas podem ensejar a demonstração da culpa, pela negligência.

Ademais, conforme os defensores da aplicabilidade da teoria do risco integral à esfera trabalhista, a responsabilidade objetiva e integral não decorre apenas do art. 2º da CLT, mas pode ser extraída, também, do princípio do Direito do Trabalho da proteção, que visa à proteção da parte mais fraca da relação de emprego, o empregado, pelo fato de ser impossível separar o

trabalho prestado do homem que o presta. Diante deste pensamento, para se aferir a responsabilidade objetiva integral, nem sequer seria necessário adentrar as normas do Direito Civil, uma vez que o art. 2º da CLT seria suficiente, inclusive, ao apoiar a criação de uma teoria própria de responsabilidade do empregador em matérias trabalhistas, funcionando como uma espécie de cláusula geral (BERTOTTI, 2014, p. 113).

Logo, conforme o exposto até aqui, na seara trabalhista, a responsabilidade em acidentes de trabalho é considerada objetiva, apenas nos casos em que a atividade for de risco:

Em se tratando de atividade empresarial que implique risco aos empregados, a responsabilidade é objetiva, isto é, independe de culpa do empregador, porquanto, em tais hipóteses, a exigência de que a vítima comprove erro na conduta do agente quase sempre inviabiliza a reparação. **A responsabilidade objetiva tem lugar somente quando o risco é inerente à atividade desenvolvida, ou seja, quando há grande probabilidade de que ocorra o infortúnio.** (TST - RR - 138200-86.2003.5.09.0654, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 08/08/2007, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 31/08/2007, grifo nosso).

ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Embora a regra geral de responsabilidade civil do empregador em indenizar danos decorrentes de acidente de trabalho seja a responsabilidade subjetiva (art. 7º, XXVIII, da Constituição da República), configura-se o dever de indenizar independentemente de culpa (responsabilidade objetiva) quando a atividade normalmente desenvolvida oferece risco à integridade física do empregado (parágrafo único do art. 927 do CC c/c caput do art. 7º da Lei Maior). No caso sob análise, a responsabilidade da reclamada frente aos danos decorrentes do acidente sofrido pelo trabalhador é objetiva, uma vez que a atividade exercida oferecia risco à integridade física do empregado, não havendo falar em culpa ou dolo. (TRT 4ª Região. Processo nº 0000672-08.2011.5.04.0512. Data: 21.03.2013).

Por fim, importa salientar que a responsabilidade objetiva vem ganhando cada vez mais espaço no cenário jurídico brasileiro.

Nesse sentido, preciosas as palavras de Facchini Neto (2006, p. 180), ao mencionar que a teoria da responsabilidade civil comporta tanto a culpa como o risco, sendo que ambos devem ser encarados como processos para assegurar às vítimas o direito à reparação dos danos, injustamente sofridos, sendo amparada a indenização pela teoria objetiva, quando a teoria subjetiva, não for capaz de amparar a vítima em suas possibilidades e condições probatórias.

### **3 ACIDENTE DE TRABALHO E A INVALIDEZ COMO ENSEJADORES DE DANO MATERIAL**

Cabe à Justiça Trabalhista a competência material para processar e julgar lides envolvendo as relações de trabalho, inclusive nas ações de indenização patrimonial ou moral decorrentes das relações de trabalho, conforme dispõe o artigo 114, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Considerando, a evolução das leis trabalhistas, no mundo todo, desde o surgimento da OIT – Organização Internacional do Trabalho, e em especial com o surgimento das legislações trabalhistas brasileiras, que são exemplos em todo o mundo, os empregados e empregadores, ficam protegidos sob o manto da lei, nos casos de rompimento da relação, ou no caso de descumprimento de seus direitos.

Em que pese a legislação muito tenha evoluído, no que tange as condições de trabalho e proteção à saúde e integridade do trabalhador, ainda existem inúmeros problemas e violações decorrentes da relação de emprego e da situação a que são submetidos, muitas vezes, os funcionários (OLIVEIRA, 2011, p. 334).

Conforme Dallegrave Neto (2017, p. 385), “vivemos um tempo em que o trabalhador é visto como uma mera peça na engrenagem da linha de produção. E assim, ao ficar doente ou incapacitado, é imediatamente descartado e substituído sem qualquer receio.”

Observam Tereza e Daniel Gemignani (2012, p. 145), que na contemporaneidade, a lógica da compra e venda tem substituído a ideia de valor pela ideia de preço, pouco importando o valor de cada coisa ou pessoa, sendo este pensamento, assustador, quando aplicado ao ser humano, porque lhe destitui da condição de sujeito e lhe transformando em objeto, passível assim de troca, cujo seu preço é aferido pela possibilidade de uso. Desta forma, pouco importando as condições que lhes são oferecidas de segurança e saúde do ambiente de trabalho, já que conforme a lógica do preço é mais fácil descartar um trabalhador incapacitado e substituí-lo por outro.

Devido à natureza do trabalho executado em muitas empresas, um dos principais problemas ensejadores das ações trabalhistas, é o acidente de trabalho, seja ele típico ou equiparado, no caso da doença ocupacional.

O acidente de trabalho típico, ou tipo, caracteriza-se pela existência de evento único, súbito, imprevisto e bem configurado no espaço e no tempo, onde geralmente, as consequências são imediatas. (MONTEIROS; BERTAGNI, 2005, p. 14).

O acidente típico é definido na legislação, pelo artigo 19, da Lei n. 8.213/91, cuja transcrição se faz imprescindível:

Art. 19. Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1991, [n. p.]).

Já as doenças do trabalho, “acidentes de trabalho por equiparação”, não tem no serviço executado a causa única ou exclusiva, mas são adquiridas em razão das consequências especiais em que o trabalho é realizado. São patologias comuns, mas que também podem ter origem e desenvolvimento na execução do trabalho em condições irregulares e nocivas (DALLEGRAVE, 2017, p. 387). Tais acidentes estão definidos no artigo 20, também da Lei n. 8.213/91:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I. (BRASIL, 1991, [n. p.]).

Em relação aos efeitos decorrentes dos acidentes de trabalho no campo da responsabilidade civil, devem estar presentes os elementos dano, nexa e culpa ou, nos casos de responsabilidade objetiva, o dano, o nexa e a atividade especial de risco (DALLEGRAVE NETO, 2017, p. 386).

Assim, quando ocorre o acidente de trabalho, cujo conceito é definido nos artigos 19 a 21, da Lei de Benefícios Previdenciários (BRASIL, 1991), respectivamente, o próprio e o equiparado, cabe ao empregado o direito de requerer junto a Justiça Trabalhista a correspondente indenização pelos danos que sofreu, sejam eles materiais (danos emergentes, lucros cessantes e pensão), e ainda danos morais e estéticos.

Havendo lesão ou ofensa à saúde da vítima, o ofensor indenizará o ofendido pelas despesas com tratamento e dor lucros cessantes, até o fim da convalescença, sendo que nos termos do artigo 950, do Código Civil,

se da ofensa resultar incapacidade laborativa, a indenização incluirá o pagamento de pensão proporcional à depreciação ou inabilitação que sofreu (DALLEGRAVE NETO, 2017, p. 468).

#### 4 PENSÃO MENSAL VITALÍCIA E A APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO INSTITUTO

A Consolidação das Leis do Trabalho, não faz menção expressa à pensão mensal vitalícia decorrente da invalidez para a atividade laboral habitualmente exercida pelo empregado, seja ela de forma parcial, ou ainda total.

Entretanto, em que pese a CLT não faça esta menção expressa, traz em seu artigo 8º, parágrafo único, que o direito comum é uma fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo que forem compatíveis com os princípios e fundamentos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (BRASIL, 1943).

Desta forma, pelo princípio da subsidiariedade, é aplicável a regra contida no artigo 950, do Código Civil, às relações de trabalho, regra essa de responsabilidade civil, aplicada à responsabilidade do empregador sobre a incapacidade gerada no empregado pelo acidente de trabalho ou doença ocupacional.

Prevê o referido dispositivo legal:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, **a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.**

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e, paga de uma só vez. (BRASIL, 2002, [n. p.], grifo nosso).

É possível compreender do disposto no artigo 950, do Código Civil brasileiro, que a incapacidade a qual se utiliza para o deferimento da pensão,



é exclusivamente aquela que exercia, independentemente da possibilidade de reabilitação para atividade diversa.

Entretanto, o entendimento jurisprudencial da Justiça do Trabalho, ainda é bem divergente, muitas vezes sendo as decisões no sentido de conceder ao empregado pensão mensal, exclusivamente na proporção da incapacidade parcial do empregado, mesmo que este não possa mais retornar à atividade que exercia anteriormente.

Assim, entende-se que para ter direito à indenização o empregado deve ficar incapacitado de forma permanente (total ou parcial) para o trabalho que exercia, para o qual tinha habilidade e experiência, nada mencionando o artigo se poderá retornar ao trabalho na mesma ou em outras funções mais leves ou então diversas daquela que lhe causou o dano/incapacidade.

Nesse sentido é a posição de Oliveira (2011, p. 334), ao dizer que o Código Civil de 2002, estabeleceu exigência menos rigorosa, ao que estabelece no artigo 950, o direito à indenização por incapacidade permanente, quando a vítima não mais puder exercer o **seu ofício ou profissão**. Porém, em nada menciona uma possibilidade de readaptação da vítima para o exercício de outra função compatível, em que possa se adaptar. Ou seja, no âmbito da reparação civil, em princípio, é suficiente demonstrar a incapacidade para a profissão que o ofendido exercia no momento do infortúnio, conforme dispõe o art. 950 mencionado (grifo nosso).

Na mesma linha de pensamento doutrina Melo (2012, p. 166), de que quanto ao disposto no artigo 950, o legislador estabeleceu como base para fixação da pensão devida à vítima, o trabalho que exercia **no dia do acidente**, para isso, sem levar em conta a possibilidade de reabilitação para o exercício de outra profissão ou de um ofício compatível com a lesão, incapacidade ou inabilitação para a atividade atual. Dessa forma, o que se deve observar, é a atividade da vítima, seus ganhos auferidos no momento do acidente e o grau da incapacidade para a referida atividade, e não para outra, fixando, assim, uma pensão total ou parcial ([grifo nosso]).

O art. 950, do Código Civil Brasileiro, tratou unicamente da impossibilidade do exercício da profissão ou ofício **que exercia o ofendido antes do acidente**. E não levou em conta as possíveis condições de o ofendido exercer outra profissão ou atividade compatível com o defeito que o inabilitou para o trabalho que exercia anteriormente. O que se apresenta como uma solução justa e equitativa, uma vez que as profissões ou atividades que podem ser exercidas por portadores de defeitos físicos, de determinada maneira não devem ser obrigatórias, por importarem, muitas vezes, um enorme sacrifício, e que se não tem o direito de exigir de ninguém, principalmente quando daí resultar constrangimento e humilhação forçados pela necessidade (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 133, grifo nosso).

Finalmente o professor Pereira (2002, p. 320), afirma que não existe um critério rígido para determinar o que seja a perda ou habilitação para o exercício da atividade normal ou laboral da vítima. Seriam por exemplo, uma cantora que perde a voz, mas que pode trabalhar em outra atividade, ou de um atleta que perde a destreza, mas não está impedido de trabalhar como um comentarista esportivo. Porém, ambos, ao serem readaptados em outras funções sofrem a destruição inerente à sua atividade normal. A indenização a que fazem jus leva em consideração o prejuízo específico, uma vez que a procura de outro trabalho é uma eventualidade que pode ou não vir a ser, do mesmo jeito, deve se considerar as atividades realizadas pelos trabalhadores atingidos pelos danos decorrentes do acidente de trabalho, que não mais poderão realizar aquelas atividades que exerceram, muitas vezes, por longos períodos de suas vidas.

Em relação à indenização devida pela incapacidade permanente do empregado acidentado, sendo total ou parcial, o legislador prevê além do pagamento das despesas, e dos lucros cessantes, até o retorno ao trabalho, o pagamento da pensão, que poderá ser mensal, ou em parcela única, em valor proporcional a depreciação sofrida pela vítima ou a sua inabilitação profissional (DALLEGRAVE, 2017, p. 542).

Importante salientar, que o tratamento legal, em face do termo final do pagamento, é diferente para cada tipo de invalidez. Havendo a morte do pensionado, o termo será o dia de seu falecimento, até o fim da convalescença, nos casos de invalidez temporária, e a estimativa de perspectiva de vida da vítima nos casos fatais.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO ATÉ OS 65 ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte firmou a tese de que a pensão mensal deve ser paga até o término da vida ou até a cessação da causa que inabilitou o empregado para o trabalho, a evidenciar sua completa recuperação, de sorte que não há que se falar em limitação aos 65 anos do reclamante, como pretendido pela reclamada. (TST – RR 0066400-55.2009.5.15.0125; 1ª Turma; Relator Min. Hugo Carlos Scheuermann; DEJT 11.4.2017).

A pensão tem caráter indenizatório, com fundamento no ato ilícito ou no risco criado pelo empregador, diante disso, não será reduzido, nem mesmo compensado pelo recebimento de benefício previdenciário. Tal entendimento já se encontra sumulado, pelo STF: “Súmula 229. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.”

Da mesma forma, conforme já destacado, o legislador brasileiro, considerou no artigo 950, do Código Civil, o próprio ofício, ou a profissão praticada, pelo acidentado como o critério para aferir a incapacidade e o grau da indenização a ser paga. Pouco importando, se a vítima poderá exercer outra atividade compatível com a sua depreciação. Isto porque, a indenização decorre do risco criado ou do ato ilícito (DALLEGRAVE, 2017, p. 543).

É neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Ficando o ofendido incapacitado para a profissão que exercia, a indenização compreenderá, em princípio, pensão correspondente ao valr do que deixou de receber

em virtude da inabilitação. Não justifica ser reduzida apenas pela consideração, meramente hipotética, de que poderia exercer outro trabalho. (STJ – Resp 233.610-RJ, 3ª Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 26.6.2000).

Da mesma forma, o simples fato de o trabalhador continuar exercendo atividade profissional, não isenta o empregador de indenizar a vítima, acerca da incapacidade, mesmo que parcial, de exercer seu ofício.

REDUÇÃO PARCIAL E TEMPORÁRIA DA CAPACIDADE LABORATIVA. PENSÃO MENSAL. 1. O preceito contido no art. 950 do Código Civil, não isenta ou excepciona o dever de indenizar na hipótese de o ofendido continuar exercendo atividade profissional. Isso porque, a indenização nele prevista tem por escopo punir o ato ilícito praticado pelo ofensor e não à reposição salarial. (TST – RR 0000207-40.2010.5.04.0251; 1ª Turma, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa; DEJT 18.11.2016).

A jurisprudência do TST aplica a literalidade do art. 950 do CC, ou seja, a incapacidade permanente (total ou parcial) deve ser aferida pela possibilidade de desempenho da mesma atividade que o trabalhador realizava na data do sinistro, no entanto a jurisprudência, assim como o direito e a sociedade, está em constante mudança, assim é possível se verificar: [grifo nosso].

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. CÁLCULO. Constatada possível violação do art. 950 do Código Civil, merece provimento o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Com fundamento no artigo 282, § 2º, do CPC/2015 e observando os princípios da economia processual e da instrumentalidade

das formas, deixo de analisar a preliminar arguida. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. CÁLCULO. O art. 950 do Código Civil preceitua que, nos casos em que da ofensa resultar defeito ou diminuição da capacidade laborativa da vítima, é-lhe assegurada, além das despesas do tratamento e lucros cessantes, se houver a pensão correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou. Por sua vez, o quadro fático probatório delineado pelo Regional evidencia a existência de incapacidade parcial e definitiva do reclamante para o trabalho, fixada no percentual de 40%. Com efeito, o ressarcimento do dano material (pensão) em parcela única, nos termos do art. 950, parágrafo único, do Código Civil, assume expressão econômica superior e seguramente mais vantajosa em relação ao pagamento diluído, efetivado em parcelas mensais, podendo ser aplicado um redutor. Julgados. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 372-91.2014.5.11.0012, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 20/09/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017).

Conforme decisão recente, no Recurso de Revista n. 0000006-78.2014.5.12.0059, a Ministra Kátia Magalhães, relatora do processo, afirma que ao aplicar-se, subsidiariamente o texto do artigo 950, do Código Civil, à égide trabalhista, a aplicação, deve tanger-se pelo que prevê a legislação, que conforme a Relatora é claro e não deixa dúvidas de que o valor da indenização deve corresponder à importância do trabalho para qual o se inabilitou. Assim, confirmada a incapacidade total e permanente para o trabalho que exercia antes, a pensão deve ser fixada em 100% (cem por cento) do último salário do empregado.

No mesmo sentido Almeida (2003, p. 119), ao afirmar que a impossibilidade do exercício profissional que enseja a pensão ou reparação, é aquela que o trabalhador exercia quando do acidente ou doença, e não para toda e qualquer atividade laborativa.

O que se observa é que, o simples fato de o trabalhador poder exercer outra função não anula a efetiva incapacidade para o seu trabalho, ou

ofício, que exercia antes. Isto porque, a incapacidade para aquilo que exerceu por longos anos, e que tinha experiência, lhe custara uma maior dificuldade para reinserir-se no mercado de trabalho outra vez.

Por fim, insta salientar que, a pensão prevista no artigo 950, de acordo com o previsto no parágrafo único, do dispositivo legal, prevê a possibilidade de pagamento em parcela única, ao que menciona o artigo “O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e, paga de uma só vez.”

Atualmente o entendimento do TST, a partir da SBDI-1, tem se posicionado no sentido de que se trata de uma faculdade do magistrado, definir o pagamento de uma só vez ou então em parcela única:

DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA. Consonante jurisprudência da SBDI-1 deste Tribunal, constitui atribuição do Magistrado diante da avaliação dos elementos que envolvem cada caso concreto, definir pelo deferimento, ou não, do pedido de pagamento da conversão da pensão mensal vitalícia, em indenização única, com vistas ao atendimento das necessidades da vítima.” (TST – RR 0146900-24.2007.5.09.0068; 7ª Turma, Rel. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 7.10.2016).

Logo, conforme leciona Dallegrave Neto, tal entendimento passa ignorar completamente a letra da lei, que delega o direito de escolha à vítima do dano patrimonial.

Ainda, quando determinado o pagamento de uma única vez, o Tribunal Superior do Trabalho, passou a aplicar a redução da indenização, pela valorização, em face do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, verifica-se:

A Sexta Turma, nos julgados RR – 100700-87.2006.5.05.0008 e ED-RR – 2100-48.2011.5.12.0012, adotou o entendimento de que, na fixação do montante da indenização por danos

materiais em parcela única, deve ser levado em conta não apenas o salário e a quantidade de meses contados entre a data do acidente de trabalho e a expectativa de vida, mas, também, os princípios da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, conclui-se que o montante deve ser aquele que, financeiramente aplicado (0,5%), resulte em valor aproximado ao que seria devido a título de pensão mensal. (TST – RR 0000248-76.2013.5.12.0025; 6ª Turma, Rel. Min. Katia Magalhães Arruda; DEJT 24.2.2017).

Logo, o entendimento que prevalecerá é que o pagamento, em parcela única ou em pensão mensal, será determinado, por faculdade do Juízo, e quando pago de forma única, será reduzido com aplicação de juros regressivos.

Ademais, há que se ressaltar, que do valor da indenização pelos danos materiais, a título de pensão mensal vitalícia, não poderão ser descontados valores recebidos pelo trabalhador a título de benefícios previdenciário, já que tem natureza completamente distintas, sendo a pensão, uma indenização civil, e o benefício uma renda previdenciária (securitária). Neste sentido é a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que reafirmou o entendimento já consolidado da Corte:

INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a indenização por danos materiais ou a pensão mensal e o benefício previdenciário não se confundem, pois têm naturezas distintas (civil e previdenciária). 2. Por conseguinte, não é possível a compensação da indenização material com o valor pago pelo INSS, ante a distinção entre a natureza e o objetivo de tais institutos. Julgados. 3. O recurso não comporta conhecimento diante do disposto no artigo 896, § 4º, da CLT. 4. Recurso de revista de que não se conhece; [...]. (RR - 1152-81.2012.5.04.0372, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 22/08/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2018).

Diante disso, se pode sintetizar que a indenização pelos danos materiais, sofridos no âmbito contratual trabalhista, é normalmente determinada pelos Tribunais Trabalhistas Brasileiros, especialmente pelo Tribunal Superior do Trabalho, como uma indenização que visa o ressarcimento ao lesado, pela incapacidade para o trabalho que exercia, decorrente de ato ilícito, ou quando a função exercida pela empresa demandar riscos à saúde do trabalhador que possam ocasionar a incapacidade em questão.

Além do que a pensão tem cunho punitivo ao agente causador do dano, o empregador, no caso das relações trabalhistas, devendo assim, arcar com os lucros que o lesado deixar de auferir durante sua vida, pela inabilitação para o trabalho que exercia, sendo o valor corresponde à função que exercia e a proporção de inabilitação, ou seja, se não puder mais realizar as mesmas atividades, a indenização deverá corresponder a 100% (cem por cento).

Tudo isso, em relação tanto ao acidente típico ou equiparado, como no caso da doença ocupacional, verificando-se que quando o trabalho tiver agido como uma das causas (com nexo concausal) à lesão, a indenização será reduzida para acompanhar o grau de culpa do empregador.

Ainda, a indenização poderá ser paga de forma mensal, conforme prevê o *caput* do artigo, ou de uma só vez a pedido do lesado, conforme o parágrafo único, cabendo, entretanto, segundo a jurisprudência, ao juiz da causa, determinar qual é a forma mais adequada ao caso.

Por fim, importante frisar que a jurisprudência veda qualquer tipo de compensação da indenização, com valores recebidos à título de benefício previdenciário, salário em nova função, ou até mesmo pelo retorno do exercício a função anterior, quando a redução da capacidade haver sido comprovada, cabendo com o passar do tempo e evolução ou regressão da doença, o pensionamento ser revisto (DALLEGRAVE, 2017, p. 585).



## 5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente estudo, conclui-se que a pensão mensal vitalícia, como aplicado hoje na Justiça Trabalhista é instituto decorrente da responsabilidade civil, cujo objetivo é possibilitar o pagamento de pensão mensal, na modalidade dano material de lucros cessantes para a vítima que, em decorrência do ato ilícito por outrem praticado, tenha sua capacidade laborativa reduzida.

Conforme o objetivo inicial do artigo pode-se verificar que o pagamento deverá ser proporcional ao grau da redução da capacidade laboral e o salário auferido pela vítima, na data do acidente - ato ilícito praticado pelo ofensor, que na seara trabalhista poderá ter decorrido de acidente de trabalho típico e equiparado, quando da doença ocupacional, além de férias, 13º e terço constitucional.

O pagamento contemplará a integralidade dos rendimentos do lesado, para a função à qual se inabilitou, ou seja, em que pese a incapacidade seja parcial, restando incapaz de retornar às atividades laborais que exercia na data do acidente, restará o empregador obrigado a indenizar o empregado, em 100% (cem por cento) de seus rendimentos.

Quando a redução da capacidade, tiver o trabalho como uma concomitante, ou seja, nexos concausal, entre a incapacidade e o labor, a indenização será reduzida para 50% (cinquenta por cento), para que reste resguardada a proporcionalidade entre a indenização e a responsabilidade do empregador com o dano causado.

Não obstante a lei traga expressa determinação de que a escolha pelo pagamento em parcela única da pensão é uma premissa do ofendido, as decisões do TST, têm seguido entendimento de que é faculdade do juiz da causa, que aplicará a forma de pagamento que mais se adequar as condições da causa e das partes.

A indenização não será compensada, por expressa vedação do Tribunal Superior do Trabalho, com valores recebidos a título de benefício previdenciário, salário em nova função, ou até mesmo pelo retorno do exercício a função anterior, cabendo, exclusivamente, com o passar do tempo e com a provável evolução ou regressão natural da doença, o pensionamento ser revisto.

Mas caso, não ocorra, o termo final para o pagamento é a morte do ofendido, ou a expectativa média de vida do brasileiro, segundo o IBGE, no caso de pagamento antecipado.

Por fim, verifica-se que, de uma forma geral, os tribunais trabalhistas e o judiciário brasileiro, como um todo, empenham-se para alcançar uma indenização justa, capaz de ressarcir o prejuízo suportado pela vítima, que sofrera com os reflexos do dano, pelo resto de sua vida.

A lei é omissa, em diversos pontos, assim compete aos julgadores, com grande margem discricionária, decidir da melhor forma, para recompor o prejuízo causado e seguir as decisões proferidas pelo STJ e TST que, em sua grande maioria, tem propiciam a melhor recomposição indenizatória para o ofendido, dentro dos princípios da proporcionalidade e segurança jurídica para ambas as partes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Responsabilidade civil do empregador e acidente de trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ANGELIS, Juliano De. Acidente do trabalho: pensão mensal vitalícia e o parâmetro da incapacidade permanente. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 11 nov. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50592&seo=1>. Acesso em: 24 ago. 2017.

BERTOTTI, Monique. A responsabilidade civil objetiva no âmbito trabalhista. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 3, mar./abr. 2014.

BRASIL. Agência Senado. *Acidentes de trabalho matam quatro mil por ano no país, alerta sindicalista*. 15 mar. 2012. Disponível em: <http://www.senador-paim.com.br/noticias/noticia/2342>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 2.681, de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro, 1912. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/DPL%202.681-1912?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DPL%202.681-1912?OpenDocument). Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 116, de 25 de janeiro de 1967. Dispõe sobre as operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água nos portos brasileiros, delimitando suas responsabilidades e tratando das faltas e avarias. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jan. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0116.htm). Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm). Acesso em: 20 ago. 2018.

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, 09 ago. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em 20 de ago. 2018.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 23 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 out. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm). Acesso em: 20 ago. 2018.

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, 02 set. 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm). Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Código Brasileiro de Aeronáutica. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm). Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm). Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.441, de 13 de julho de 1992. Altera dispositivos da Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974, que trata do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DP-VAT). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8441.htm). Acesso em: 20 de ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Resp 233.610. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro, 09 de novembro de 1999. *Diário de Justiça*, 26 jun. 2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/busca?q=RESP+233610+RJ>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 229. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 11 jul. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=229>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 dez. 1962. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2478>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Processo nº 0000672-08.2011.5.04.0512*. Autor: Jean Augusto Piccini. 21 mar. 2013. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/229545534/andamento-do-processo-n-672-0820115040512-24-01-2014-do-trt-4?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/229545534/andamento-do-processo-n-672-0820115040512-24-01-2014-do-trt-4?ref=topic_feed). Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1. Turma). RR 0000207-40.2010.5.04.0251. Autor: Jonatas da Rosa Silveira Relator: Min. Walmir Oliveira da Costa. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 18 nov. 2016. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/554909580/andamento-do-processo-n-0000207-4020105040251-12-03-2018-do-trt-4?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/554909580/andamento-do-processo-n-0000207-4020105040251-12-03-2018-do-trt-4?ref=topic_feed). Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1. Turma). RR 0066400-55.2009.5.15.0125. Relator Min. Hugo Carlos Scheuermann. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 11 abr. 2017. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/546431150/andamento-do-processo-n0066400-5520095150125--rtord19-02-2018--do-trt15-?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/546431150/andamento-do-processo-n0066400-5520095150125--rtord19-02-2018--do-trt15-?ref=topic_feed). Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). RR 0000248-76.2013.5.12.0025. Relator: Min. Katia Magalhães Arruda. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 24 fev. 2017. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/554909580/andamento-do-processo-n-0000248-76-2013-5-12-0025-24-02-2017-?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/554909580/andamento-do-processo-n-0000248-76-2013-5-12-0025-24-02-2017-?ref=topic_feed). Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). RR 138200-86.2003.5.09.0654. Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, 08 de agosto de 2007. *Diário de Justiça*, 31 ago. 2007. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22535391/recurso-de-revista-rr-1382008620035090654-138200-8620035090654-tst/inteiro-teor-110719610>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). RR 0001152-81.2012.5.04.0372. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, 22 de agosto de 2018. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 24 ago. 2018. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/554909580/andamento-do-processo-n-0001152-81-2012-5-04-0372-24-08-2018-do-trt-4?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/554909580/andamento-do-processo-n-0001152-81-2012-5-04-0372-24-08-2018-do-trt-4?ref=topic_feed). Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). RR 1152-81.2012.5.04.0372. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, 22 de agosto de 2018. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 24 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7. Turma). RR 0146900-24.2007.5.09.0068. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 7 out. 2016. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22535391/recurso-de-revista-rr-01469002420075090068-tst/inteiro-teor-110719610>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (8. Turma). RR 0000372-91.2014.5.11.0012. Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 20 de setembro de 2017. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 22 set. 2017. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/554909580/andamento-do-processo-n-0000372-91-2014-5-11-0012-22-09-2017-do-trt-4?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/554909580/andamento-do-processo-n-0000372-91-2014-5-11-0012-22-09-2017-do-trt-4?ref=topic_feed). Acesso em: 19 ago. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A indenização do dano acidentário na Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. 20-?. Disponível em: [http://portal2.trttrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA\\_NOVA/REVISITAS%20TRT-RJ/049/14\\_REVTRT49\\_WEB\\_JOSEAFFONSO.PDF](http://portal2.trttrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISITAS%20TRT-RJ/049/14_REVTRT49_WEB_JOSEAFFONSO.PDF). Acesso em: 24 ago. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

DICIO. *Dicionário Online de Português*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/pensao/>. Acesso em: 24 set. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Redução da capacidade laborativa e ação de indenização. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11317](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11317). Acesso em: 18 ago. 2017.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio Ambiente de Trabalho. Prevenção e Prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Rev. TST*, Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/30177/012\\_gemignani.pdf?sequence=4](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/30177/012_gemignani.pdf?sequence=4). Acesso em: 18 ago. 2018.

CAIRO JUNIOR, José. *O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*. 2002. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080>. Acesso em: 20 abr. 2017.

LEMONS, Paula de. *Ato ilícito e reparador por dano*. 2009. Disponível em: [http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris\\_2/artigo1.pdf](http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo1.pdf). Acesso em: 24 ago. 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. *Ações acidentárias na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidente de Trabalho e doenças ocupacionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Adelson Silva dos. *Fundamentos do direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.



# DIRETIVAS ANTECIPADAS DE PACIENTES TERMINAIS ONCOLÓGICOS À VISTA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DIREITO À MORTE DIGNA

Jéssica Galvão Kuczmainski<sup>1</sup>

Maurício Eing<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo objetiva elucidar o direito à morte digna como garantia constitucional, por meio das diretivas antecipadas de vontade dos pacientes em estágio avançado de câncer. Visa debater a respeito do poder de escolha do paciente em não aceitar tratamentos médicos ineficazes, compreendendo o direito de morrer com dignidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, busca estabelecer o conceito da ortotanásia e casos ocorridos no país; conhecer a doença do câncer; verificar os benefícios da ortotanásia para os doentes terminais oncológicos e o direito à morte no Brasil, a partir do fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa.

**Palavras-chave:** Câncer terminal. Bioética. Dignidade da pessoa humana. Diretivas antecipadas. Morte Digna.

## 1 INTRODUÇÃO

Os desafios superados ao longo os séculos, aliados ao avanço tecnológico e científico, proporcionaram à medicina a ampliação de suas técnicas de combate às doenças, de forma a prolongar as condições de vida, no intuito de adiar cada vez mais a morte. Nos casos de câncer, tais técnicas dizem respeito aos tratamentos altamente eficazes, com drogas de efeitos

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; jkuczmainski@gmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Processo Civil e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Assessor do Ministério Público Federal; maurício.eing@unoesc.edu.br

colaterais potencialmente agressivos, entretanto, cabe ressaltar, que em estágios avançados a doença se torna incurável.

Diante da ocorrência do diagnóstico de câncer terminal, em que não há perspectiva de melhoras, defende-se que o paciente tem o direito de deliberar quanto ao tratamento que deseja ou não se submeter, visto que, na ausência de cura, novas terapias apenas prolongariam o seu sofrimento.

Nesse contexto, com o expressivo aumento de mortes, em razão do câncer, questiona-se, cada vez mais, o direito à morte digna desses pacientes, cuja doença, excessivamente destrutiva, não deixa chances de cura. Seria digno manter esse paciente em um leito de hospital, apenas pela ética médica de não suspender o tratamento, uma vez que não há qualquer previsão científica que prove a alteração do quadro clínico?

A morte sempre foi para a sociedade em geral uma grande aberração, e a humanidade sempre lutou contra, porém, nos dias atuais, não se pode fugir desse direito encoberto em razão dos temores, já que a morte digna é uma realidade e precisa ser respeitada em todas as classes, sem discrepância entre os sujeitos.

Nesse sentido, tendo em vista a lacuna legislativa no judiciário brasileiro, o presente artigo visa analisar, à luz do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana quanto ao direito à morte digna.

Busca-se, assim, compreender o significado das diretivas antecipadas de vontade e da ortotanásia, como forma de garantia do livre exercício da autonomia da vontade, promovendo respeito e dignidade ao paciente oncológico terminal, no processo de morrer, garantindo-lhe qualidade e os devidos cuidados paliativos necessários para que tenha dignidade no morrer.

## **2 MORTE**

Quando se trata de morte, é necessário voltar ao passado e entender que suas definições foram alteradas e redefinidas no decorrer da história,

por intermédio das experiências pelas quais a humanidade viveu. Povos e civilizações primitivas tinham uma visão diferente da morte, em relação à visão da atual sociedade moderna; portanto, inicia-se com Hipócrates, a definição clássica de morte (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012, p. 385):

Testa enrugada e árida, olhos cavos, nariz saliente, cercado de coloração escura. Têmporas deprimidas, cavas e enrugadas, queixo franzido e endurecido, epiderme seca, lívida e plúmbea, pelos das narinas e dos cílios cobertos por espécie de poeira, de um branco fosco, fisionomia nitidamente conturbada e irreconhecível.

Atualmente, o conceito moderno se ampara na cessação da atividade cerebral, para definir a morte (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012, p. 385). Ocorre que, por toda a obscuridade criada em torno da morte, bem como os tabus que a sociedade desenvolveu, nada mais coerente que andar na direção contrária e romper todos os paradigmas referentes ao assunto, para, assim, desenvolver o direito à morte justa no seio da sociedade.

Ademais, Möller (2009, p. 34) destaca que “frente o horror à morte e ao desejo de evitá-la a todo custo, a atitude contemporânea perante a morte tende para a prática do prolongamento excessivo do processo de morrer.”

Portanto, percebe-se que há mudanças significativas na forma de morrer, conforme apontam Pessini e Barchifontaine (2012, p. 381): “O espaço de tempo entre adoecer e o morrer era de cinco dias. Hoje esse espaço de entre o momento de descoberta doença até a morte aumentou de cinco dias para cinco anos, e mais do que se falar em morte fala-se do processo de morrer.”

Atualmente, vive-se um período de morte, principalmente, nos casos de doenças, como o câncer, em que o paciente passa por vários estágios. O câncer terminal é a forma mais agressiva da doença, nessa fase, o paciente encontra-se debilitado e, ciente da realidade, sabe que não há reversão do quadro clínico, passando a “viver” o “processo de morrer” (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012, p. 381).

Verifica-se, que o “prolongamento do processo de morrer” (MÖLLER, 2009, p. 34), em muitos casos, somente aumenta a dor e o sofrimento do paciente, distanciando-o cada vez mais da morte digna e de um fim de vida respeitável. Além de toda conjuntura que envolve os familiares desse paciente, nesse viés questiona Diniz (2014, p. 513): “deve-se manter artificialmente um paciente com reconhecida incapacidade de reversão de seu estado de saúde para que possa morrer com dignidade?”

O que se espera, nesse momento tão delicado e único para cada paciente, é um ambiente de conforto, com apoio da família. Torna-se fundamental, para a dignidade do paciente, independentemente de quais sejam suas escolhas, a compreensão e aceitação dos familiares, que, para determinadas ocasiões, a suspensão de uma droga é mais benéfica para amenizar a dor.

Ademais, cabe tanto à família quanto ao corpo clínico compreender o processo de morte com qualidade, em se tratando de câncer terminal, é necessário suspender a terapia curativa e iniciar o paliativismo, a fim de garantir um ambiente de conforto e respeito no morrer.

## 2.1 CUIDADOS PALIATIVOS

Nos casos de prognóstico de câncer terminal, onde não haverá mais evolução positiva da doença, entende-se que o paciente está longe da cura e perto da morte, desse modo, os cuidados paliativos tornam-se medidas que passam a trazer estabilidade na dor e no sofrimento.

Pessini e Barchifontaine (2012, p. 391) definem que:

O termo paliativo deriva do latim *pallium*, que significa “manto”. Esta etimologia aponta para a essência dos cuidados paliativos: aliviar os efeitos das doenças incuráveis, ou prover um manto para aqueles que passam frio, porque estes não podem mais ser ajudados pela medicina curativa.

Ressalta-se, aqui, a importância do paliativismo em suavizar o caminho da morte, pois o corpo clínico passa a focar no conforto psicológico, social e espiritual no paciente. Assim, Pessini e Barchifontaine (2012, p. 391) declaram que:

Em 2002 a OMS redefiniu o conceito de CP, colocando ênfase na prevenção do sofrimento. Eis como define: “Cuidados paliativos é uma abordagem que aprimora a qualidade de vida dos pacientes e famílias que enfrentam problemas associados com doenças ameaçadoras de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento, por meios de identificação precoce, avaliação correta e tratamento da dor e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual”.

Nos casos de diagnóstico de câncer, o Instituto Nacional de Câncer (INCA) (2018c, grifo nosso) informa que:

Nas fases iniciais do câncer, o tratamento geralmente é agressivo, com objetivo de cura ou remissão, e isso é compartilhado com o doente e sua família de maneira otimista. *Quando a doença já se apresenta em estágio avançado ou evolui para esta condição mesmo durante o tratamento com intenção curativa, a abordagem paliativa deve entrar em cena no manejo dos sintomas de difícil controle e de alguns aspectos psicossociais associados à doença. Na fase terminal, em que o paciente tem pouco tempo de vida, o tratamento paliativo se impõe para, através de seus procedimentos, garantir qualidade de vida.*

Assim, os cuidados paliativos atuam na fase mais grave da doença, por se tratar de um momento delicado, o paciente já se encontra sensível e muito debilitado, visto que o tratamento inicial já desgastou seu organismo e, na maioria das vezes, sua saúde mental, sendo importante o apoio da família no processo de aceitação de suas escolhas nesse momento, e, também, dos profissionais, para que sua morte se torne mais digna.

Ademais, Pessini (2006, p. 52), em seus ensinamentos, faz um alerta: “[...] as necessidades humanas básicas: a de existir, a de pensar, e a de sentir e a de agir no mundo. A ameaça de morte é mais óbvia e extrema sobre a necessidade de existir. Para muitas pessoas, essa ameaça evoca medo [...]” Assim, constata-se, que o homem não nasceu para viver sozinho, tampouco morrer, a condição humana caracteriza essa necessidade, portanto, na mesma proporção em que ao nascer se recebe cuidados e atenção, tal qual deve ocorrer na morte, para que a pessoa humana possa se sentir acolhida.

Entende-se que proporcionar qualidade para pacientes incuráveis no final da vida, significa atenuar sua dor, retirar o peso da doença, deixando-os livres de procedimentos e drogas que prolonguem sua angústia, acima de tudo, no sentido de valorizar o ser humano.

Aliás, no que diz respeito ao ambiente hospitalar, é fundamental compreender o papel dos profissionais que assistem a decisão do paciente. Sabe-se que recai sobre eles, por conta de suas posições, uma expectativa de preservar sempre a continuidade do tratamento, contudo, é necessário que a decisão do paciente seja livre de qualquer interferência pessoal dos profissionais que ali estão, até mesmo porque são diversas pessoas, cada uma com seus valores e ideias pessoais de morrer com dignidade.

Para Möller (2009, p. 150, grifo nosso):

[...] O profissional da saúde deverá respeitar a decisão autônoma de seu paciente em estado terminal quando ao fim da sua vida – sempre presente, com autonomia, conforme já mencionado; lembrando, ainda, a importância de uma relação entre profissional da saúde e paciente pautada pelo diálogo, respeito e confiança, para capacitar o indivíduo a tomar decisões substancialmente autônomas. *O respeito à autonomia do paciente não combina com atitudes autoritárias e paternalistas [...]*

Nesse sentido, entende-se que o paciente terminal é livre nas suas escolhas e jamais poderá ter qualquer imposição de tratamentos, sendo

indispensável que se tenha uma boa comunicação entre as partes (médico, paciente), para que não ocorra abusos de direitos e deveres.

Não existe nenhum paradigma que se aplique a todas as pessoas a respeito do que seja uma morte boa, tampouco será reprimida a maneira que a pessoa pense ser mais digno de morrer, respeitados os limites do seu próprio direito.

Nessa etapa, é primordial evitar a instrumentalização, o engessamento das ações, sobretudo, é essencial compreender os limites do cúmulo de tratamentos, juntamente, com os dilemas existenciais vividos. Dessa forma, o mais importante, no anseio pela qualidade de vida do paciente, é que sejam preservados seus direitos.

## 2.2 ORTOTANÁSIA

Nos quadros de doença incurável, o emprego de novas terapias, para aliviar as dores, em alguns casos, acaba apresentando efeitos reversos, elevando apenas o sofrimento. Assim, questiona-se, qual a forma mais eficaz de evitar essa angústia? A morte natural não seria uma forma digna de o paciente passar seus últimos dias de vida?

Ao encontro desses questionamentos, apresenta-se o instituto da ortotanásia, que “é a síntese ética entre o morrer com dignidade e o respeito à vida humana, que se caracteriza pela negação da eutanásia (abreviação da vida) e da distanásia (prolongamento da agonia e do processo de morrer)” (PESSINI, 2008, p. 179), e, em seguida, uma breve explanação dos termos eutanásia e distanásia.

A eutanásia não é legalizada no Brasil, ela visa unicamente antecipar a morte do paciente por meio de drogas letais, nesse sentido, Pessini e Barchifontaine (2012, p. 409) explicam que:

Distingue-se entre eutanásia ativa (positiva ou direta), de um lado, e passiva, de outro. No primeiro caso, trata-

se de uma ação médica pela qual se põe fim à vida de uma pessoa enferma, por um pedido do paciente ou a sua revelia. O exemplo típico seria a administração de uma superdose de morfina com a intencionalidade de pôr fim à vida do enfermo. É também chamada de morte piedosa ou suicídio assistido.

Já na distanásia o paciente tem sua vida prolongada artificialmente, é a obstinação terapêutica, caracterizando-se pela extensão do sofrimento. Diniz (2014, p. 507-508) pontua que:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medial futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é a morte lenta com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte.

Em detida análise dos dois institutos supracitados, verifica-se a disparidade entre as linhas de se conduzir a morte, sendo visível a agressividade com que objetivam a morte do paciente terminal, portanto, cabe entender melhor a ortotanásia. Nos ensinamentos de Diniz (2014, p. 500):

A ortotanásia é o ato de deixar morrer em seu tempo certo, sem abreviação ou prolongamento desproporcionado, mediante a suspensão de uma medida vital ou desligamento de máquinas sofisticadas, que substituem e controlam órgãos que entraram em disfuncionamento.

Dentro dessa ótica, pode-se compreender que a ortotanásia se baseia na adequação da morte dentro do seu curso natural, de modo que haja equilíbrio e coerência na atividade clínica. Assim, não há exageros para se manter a vida, ou para antecipá-la, buscando-se conformidade dentro da doença, em especial, na fase crônica, pois, embora, a medicina moderna possua



uma infinidade de recursos para controlar a direção da morte, a ortotanásia visa combater essas interferências.

Constata-se a ortotanásia como forma de suavização de toda angústia, de forma a suspender, por opção do paciente, o prolongamento do seu sofrimento (distanásia), da sobrecarga de um tratamento inútil. Dentro das dificuldades da bioética, Pessini e Barchifontaine (2012, p. 430) afirmam que:

O grande desafio da ortotanásia, o morrer corretamente, humanamente, é como resgatar a dignidade do ser humano na última fase da sua vida, especialmente quando ela for marcada por dor e sofrimento. A ortotanásia é a antítese de toda tortura, de morte violenta em que o ser humano é roubado não somente de sua vida, mas também de sua dignidade.

Ainda mais, quando nenhuma terapia pode devolver a saúde desse paciente, encontrar um meio que promova sua dignidade é, sem dúvida, por intermédio do instituto da ortotanásia. Ademais, Pessini e Barchifontaine (2012, p. 430, grifo nosso) declaram que:

No mundo cristão pré-moderno, a arte de morrer bem tinha seus parâmetros culturais relativamente bem definidos. Morrer bem significava morrer na própria cama, em casa, rodeado pelos familiares e amigos, tendo se confessado, recebido comunhão e colocado em ordem seus negócios enquanto vivo ou por testamento.

Analisando os dias atuais, verifica-se que esse cenário de tranquilidade no morrer, foi substituído por leitos em hospitais, por máquinas de oxigênio, a respiração é mantida de forma mecânica e nas veias correm, além de sangue, altas dosagens de drogas sedativas e medicamentos, no lugar dos familiares e amigos, encontram-se equipes de enfermagem e prontuários médicos.

É evidente o contraste dos dois ambientes em que o paciente terminal é submetido, sendo indiscutível, no que diz respeito à qualidade, que permanecer nessas condições em um leito de hospital contraria o morrer bem.

Portanto, Pessini e Barchifontaine (2012, p. 430-432) alertam para a importância de compreender o conceito de saúde, atrelado ao do bem-estar (físico, mental e social) do paciente crônico terminal, entendendo que ao mudar o foco é possível sim, falar de saúde e bem-estar, apesar de não haver possibilidade de cura, e, nesse liame, diferenciar cura e cuidado, aceitando que a morte não é uma enfermidade pendente de cura, mas compreendendo-a como etapa da vida, conseqüentemente, oportuniza que tanto o paciente quanto seus familiares enfrentem de maneira mais leve esse momento.

Nesse sentido, verifica-se que o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução CFM. n. 1.805/2006 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006, p. 169), aprovada em 9 de novembro de 2006, tratando da “terminalidade da vida”, com orientações aos médicos, para evitarem a distanásia (PESSINI, 2008, p. 182).

A Resolução 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina (2006), dispõe que:

Art. 1º 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.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º 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.

Portanto, nesse viés, erguem-se as indagações ante a polêmica da ortotanásia, o conflito entre o dever ético do médico de lutar pela vida e a liberdade do paciente de não viver penosamente, assim, para Diniz (2014, p. 502), “[...] Seria lícito retirar a vida daquele que sofre? [...] A prática da ortotanásia não geraria sanção penal?”

Consoante o entendimento de Diniz (2014, p. 504), questiona-se a Resolução n. 1.805/2006 do CFM:

[...] Não seria tal Resolução, assim como a Resolução n. 1.995/2012, inconstitucional por violar o art. 5º da CF/88 (cláusula pétrea), que resguarda o direito à vida, mesmo que tenha por escopo atender o princípio do respeito à dignidade humana (CF/88, art. 1º, III) e ao da liberdade de autodeterminação ou de escolher entre a vida e a morte? Havendo conflito entre dois direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, qual deverá prevalecer? O direito à vida ou o direito de liberdade? Qual desses direitos é mais forte? Não seria o direito de viver? (DINIZ, 2014).

Entretanto, não obstante ainda existirem fortes argumentos e grande relutância com o referido instituto, o que se vê, na verdade, é uma necessidade de adaptação jurídica, pois, qual é o ganho para o paciente terminal com o prolongamento de seu sofrimento? Não estaria sendo lesadas sua autonomia e liberdade?

Ressalta-se, que a ortotanásia vai ao encontro do princípio ético da medicina, da não maleficência, que visa impedir o prolongamento do sofrimento terminal, por meio da suspensão de tratamentos inúteis, garantindo a morte natural e justa para o paciente, livre do fardo das terapias, sendo o equilíbrio mediante o respeito ao processo de morrer.

É indispensável para o processo de ortotanásia a ética, no sentido de valorizar o paciente terminal. Pessini e Barchifontaine (2012, p. 432, grifo nosso) explicam que:

*[...] a psicologia e a ética são fortes aliadas na promoção da ortotanásia. [...]. A contribuição de Elisabeth Kübler-Ross, é especialmente importante quando ela identifica possíveis etapas no processo pelo qual passa a pessoa que morre. O amparo ao doente terminal se torna mais fácil para a família, para os amigos e para os profissionais da saúde quando conseguem entender os mecanismos da negação, da raiva, da barganha, da depressão e da aceitação. O próprio doente se beneficia quando toma consciência deste processo e nele se torna sujeito e protagonista.*

O instituto da ortotanásia contribui para a compreensão e aceitação da morte natural, visto que, culturalmente, criou-se aversão à morte, a sociedade cada vez mais passou a vê-la de forma negativa, estigmatizando-se os últimos momentos de vida.

Para Pessini (2008), prolongar o processo do morrer de um paciente, em fase terminal, rouba-lhe sua dignidade, tanto quanto no processo de abreviar a vida intencionalmente a seu pedido, segundo uma visão ética.

## 2.3 CÂNCER TERMINAL

O câncer é um grande inimigo da saúde pública. Nos últimos anos tem aumentado o número de mortes decorrentes dessa doença cruel, com difícil percepção inicial, contudo, depois de diagnosticada, é improvável impedir seu avanço.

Conforme as informações fornecidas pelo Instituto Nacional de Câncer (2018a), atualmente, 8,2 milhões de pessoas morrem por ano de câncer no mundo. No Brasil, foram registradas 189.454 mortes por câncer em 2013, são números assustadores, além do mais, estima-se, para o Brasil, biênio 2018-2019, a ocorrência de 600 mil casos novos de câncer, para cada ano (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER, 2018b).

Segundo consta no *site* do Instituto, o câncer é definido como o “conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento

desordenado (maligno) de células que invadem os tecidos e órgãos, podendo espalhar-se (metástase) para outras regiões do corpo.” (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER, 2018c).

Ao dividir-se “rapidamente estas células tendem a ser muito agressivas e incontroláveis, determinando a formação de tumores (acúmulo de células cancerosas) ou neoplasias malignas.” (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER, 2018c).

Os diferentes tipos de câncer correspondem aos vários tipos de células do corpo. Por exemplo, existem diversos tipos de câncer de pele porque a pele é formada de mais de um tipo de célula. Se o câncer tem início em tecidos epiteliais como pele ou mucosas ele é denominado carcinoma. Se começa em tecidos conjuntivos como osso, músculo ou cartilagem é chamado de sarcoma. (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER, 2018c).

Ademais, “Outras características que diferenciam os diversos tipos de câncer entre si são a velocidade de multiplicação das células e a capacidade de invadir tecidos e órgãos vizinhos ou distantes (metástases).” (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER, 2018c).

Sabe-se que o câncer é decorrente de mutações genéticas das células, porém, as causas específicas ainda não foram pontualmente indicadas. Em seus ensinamentos, Sabbi (2000, p. 17) informa que:

Já se admite, sem contestação, que o câncer é o resultado de alterações genéticas. A pessoa já nasce com elas, o que ocorre em 20% dos casos, ou adquire durante a vida pelo contato com os fatores nocivos do meio ambiente, o que explica os demais 80% dos tumores malignos.

Depois de identificada a doença, o tratamento ocorre por meio de cirurgia e terapias, como a radioterapia, quimioterapia e, também, pelo transplante

de medula óssea. São medidas de combate aos tumores malignos encontrados no organismo afetado (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER, 2018c).

Por se tratar de um tratamento invasivo (quimioterapia e radioterapia), há alguns efeitos colaterais, como vômito, diarreia, fraqueza, queda dos cabelos, feridas na boca, enjoos (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER, 2018c), entre outros, que acabam enfraquecendo ainda mais o paciente.

A dor e o câncer estão conexos, não se fala em câncer sem imaginar o suplício da dor. Nesse sentido, Sakata e Issy (2004, p. 117, grifo nosso) informam que:

Aproximadamente 80% dos pacientes com câncer em estágio avançado apresentam dor moderada ou intensa. *A dor é decorrente de múltiplas causas e pode ser de diferentes tipos. A invasão de osso é causa frequente de dor em pacientes com cujas principais origens são: mama, próstata, tireoide, pulmão, rim e mieloma múltiplo. A dor persistente provoca alterações do sono e apetite, ansiedade, depressão e deterioração física. O alívio da dor deve ser feito durante toda evolução da doença.*

Em conformidade com essa questão, Drummond (2006, p. 7) analisa que:

1. a dor como tudo que é próprio do homem, é uma construção social, cultural e política dentro de limites infinitamente variáveis: o que ontem foi visto como oportunidade de crescimento e de formação moral, hoje é repudiado como algo absolutamente indesejável e inútil; 2. a dor é um fenômeno biopsicossocial e não deve ser encarada de um ponto de vista estritamente orgânico, mas em toda plenitude de suas repercussões psicológicas, espirituais e comunitárias. Sem ser jamais um fato puramente biológico, a dor reveste-se de aspectos simbólicos: tudo depende do significado que o homem lhe confere, no momento em que é atingido pela mesma. [...] A dor abrange todas as dimensões do ser humano.

Dito isto, nota-se a importância de identificar a abrangência da dor dentro da doença terminal, cada paciente irá vivê-la da sua forma.

Por outro lado, verifica-se que com o caminhar das biotecnologias a ciência passou amplamente a lutar contra a dor, desenvolvendo formas de minimizá-la a qualquer custo, assim, dentro da sociedade criou-se uma estigmatização da dor, o que dificulta maior entendimento e esclarecimento para melhor vivenciá-la. Em matéria publicada no *site* da Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia (Abrale) (2017), a psicóloga Débora Genezini explica:

[...] Dor é um dos sintomas que gera maior sofrimento. Ela é incapacitante e sua intensidade e frequência vão “minando” a energia e a capacidade de enfrentamento do paciente. Saber que tal procedimento causará dor desencadeia uma reação de proteção, de defesa. E quando a dor é persistente imprime um registro psíquico de experiência desagradável, dilacerante e com isso alguns pacientes acabam resistindo a alguns procedimentos que seriam chave para o tratamento pelo medo de sentir dor.

Os pacientes com câncer, em geral, sentem a dor crônica, que se caracteriza por ser acentuada em relação à dor aguda, e, principalmente, por ser contínua. A dor acompanha o paciente oncológico, nos diversos estágios da doença. Superada a fase da raiva, aos poucos ele passa a aceitar, porém, o fato de não haver mais manifestação não significa que não tenha sofrimento, ao contrário, quando a doença se caminha para o fim, o paciente necessita de mais atenção e cuidado (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LINFOMA E LEUCEMIA, 2017).

### **3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA DA VONTADE**

Ao analisar a dignidade da pessoa humana, primeiro ponto importante a ser ressaltado é sua conexão direta com a essência do ser humano,

os direitos fundamentais e o direito constitucional contemporâneo, o que gera uma relação intrínseca entre cada elemento dentro do Estado de Direito.

Ademais, verifica-se que a tarefa de assegurar a efetiva proteção ao exercício da dignidade é por conta do ordenamento jurídico.

Portanto, a condição da dignidade é indissociável do ser humano, sendo que um não existiria sem o outro. Logo, a dignidade da pessoa humana é pressuposto da condição humana, baseada na racionalidade do indivíduo dotado de valor, direitos e, principalmente, liberdade (SARLET, 2002, p. 45).

Ressalta-se, que por ser inerente ao ser humano, não pode ser renunciada, vendida, tampouco retirada, pois “o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.” (SARLET, 2002, p. 45).

O indivíduo tem o direito de se autodeterminar a partir de suas escolhas, ou seja, o uso da própria dignidade da pessoa humana, mas sendo esta intrínseca à sua vontade, também não poderá violá-la tornando-se objeto, deliberando à própria sorte. Pode exercer sua liberdade, contudo, sem perder sua condição humana de dignidade. Sarlet (2002, p. 52) considera que “Com efeito, Kant refere expressamente que o Homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir ‘simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade’.”

O ser humano, por si só, não possui meios hábeis de promover a dignidade da pessoa humana, necessitando do apoio coletivo de toda a sociedade. Sugere-se que quando um paciente plenamente lúcido, no auge de suas faculdades mentais e, devidamente assistido/monitorado pela autoridade médica competente, toma a decisão de não se submeter a tratamento clínico, o grupo social, paralelamente com o ordenamento jurídico, deve contribuir ao respeitar e reconhecer, apoiando, o que resplandece em sua dignidade como paciente (SARLET, 2002, p. 52).

A esse respeito, Sarlet (2002, p. 62), em sua proposta, conceitua que:



[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada 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, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência.

Cabe acentuar, que a atual Constituição Federal brasileira destaca-se por ser a primeira a reservar um título aos princípios fundamentais, pilares do direito constitucional. Além disso, reconhece e positiva como norma fundamental a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo consagrada, ainda, pela Declaração Universal da ONU, de 1948.

Na qualidade de princípio fundamental, assim reconhecida, a dignidade da pessoa humana passou a ser a base das normas, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, alcançando o *status* de mais importante dentre os princípios constitucionais. Observa-se, assim, tamanha importância que ocupa e desenvolve no ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da dignidade atua nas liberdades constitucionais, ou seja, nos direitos fundamentais.

Assim, com o reconhecimento de que os direitos e garantias fundamentais encontram sua razão, na dignidade da pessoa humana, ou seja, existem e podem ser concretizados a partir dela, veja-se, portanto, no exercício da liberdade (direito fundamental constitucional) de escolha do indivíduo, enquanto paciente terminal, qualquer decisão que tome, desde que não violando a própria dignidade, será, todavia, protegido por esta.

### 3.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA – AUTONOMIA PRIVADA

Assim, Möller (2009, p. 98) defende o direito de morrer com dignidade e autonomia, ainda mais quando o paciente tem sua vontade manifestada, pois ninguém merece morrer de forma que contrarie suas convicções então construídas durante a vida, ademais, reforça que o indivíduo com autonomia é aquele que possui plena capacidade de decisão quanto ao seu tratamento.

Diniz (2011, p. 40-41), ao tratar da autonomia da vontade (autonomia privada), descreve este princípio como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”

Paralelamente, Bonamigo (2011, p. 69-68, grifo nosso) conceitua que:

Autonomia significa que o indivíduo é quem decide aquilo que é bom para si e seu bem-estar. Nada deve ser feito sem o seu consentimento pessoal ou de seu representante. Quando disponível, seu testamento vital. *Autonomia é ter liberdade de pensamento e de poder fazer opções.* Autonomia é estar livre de coações internas e externas. Com esses sentimentos mais amplos, a autonomia é uma nova realidade no âmbito da Ética Médica.

Nesse sentido, o autor (BONAMIGO, 2011, p. 70-71) considera que a atuação do médico, na autonomia do paciente, quando este não possuir mais capacidade, é, em primeiro lugar, buscar fazer sua vontade quando manifestamente expressa, seja por meio de documentos, familiares ou testemunhas. As únicas exceções seriam nos casos em que há incapacidade do paciente, falta do responsável legal ou quando o próprio paciente decide renunciar seu direito a manifestar sua vontade.

Salienta-se, que dentre os direitos fundamentais consagrados no art. 5º da CF, a liberdade é um deles, sendo um dos pressupostos para efetividade da autonomia. Assim, Novelino (2009, p. 415) declara que “a noção de liberdade não deve ser associada à arbitrariedade, mas sim à ideia

de responsabilidade, que serve como limite ao seu exercício.” Consoante o entendimento, o autor pontua que:

Dentro do núcleo do valor liberdade encontra-se a autonomia da vontade, caracterizada como o direito de autodeterminação, que deve ser assegurado a cada pessoa. A autonomia é incidível da dignidade, sendo que esta “pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades e às outras pessoas”. (NOVELINO, 2009, p. 416).

Portanto, compreende-se que se é livre para praticar a devida vontade, principalmente, na autodeterminação, desse modo, o Estado poderá intervir apenas para assegurar esse direito, protegendo de eventual dano, regulando o exercício.

#### **4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (PREVISÃO LEGAL – LACUNA LEGISLATIVA)**

Compreendem-se as diretivas antecipadas pela manifestação prévia de vontade em casos de doenças terminais, sendo um meio que o paciente possui para exteriorizar seus anseios, definindo como será seu tratamento médico em determinadas situações, é o direito de autodeterminação. Em conformidade com essa questão, Azevedo (2010, p. 33) coloca que:

O documento de antecipação da vontade é um documento escrito no qual uma pessoa consigna as suas vontades quanto aos cuidados médicos que pretende ou não pretende receber se perder a capacidade de se exprimir ou se encontrar em estado de já não ser capaz de tomar ela própria uma decisão.

Tendo sua vontade reconhecida por meio das diretivas antecipadas, o médico não poderá contrariar o que foi expresso, de modo que a escolha

do tratamento já foi decidida anteriormente. Em conformidade com Azevedo (2010), Bonamigo (2011, p. 152) conceitua as Diretivas Antecipadas como:

[...] um documento pelo qual o paciente pode expressar antecipadamente sua vontade com o objetivo de que isso se cumpra no momento em que não seja capaz de expressá-la. Nesse aspecto, não serão cumpridas pelo médico as vontades contrárias ao ordenamento jurídico, à *Lex artis* ou que não correspondam ao suposto nas instruções do paciente. Quando se tratar de Diretivas Antecipadas, pode constar o nome de um responsável, escolhido pelo paciente para ser interlocutor. Não havendo tal responsável, o Comitê de Bioética da instituição pode desenvolver o papel.

Quanto às Diretivas Antecipadas de Vontade, analisa-se a Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina (2012, grifo nosso), a qual dispõe:

*Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.*

*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.*

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

Destaca-se um aspecto importante que a Resolução pontua em seu conteúdo, que, embora a vontade do paciente deva ser respeitada, o médico agirá em conformidade com o Código de Ética Médica, portanto, se o que o paciente decidiu vier a prejudicar sua integridade, suas diretivas não serão consideradas.

Ademais, conforme os ensinamentos de Diniz (2014, p. 527, grifo nosso), verifica-se que:

[...] pela Resolução n. 1.995/2012 do CFM, são admissíveis as diretivas antecipadas de vontade do paciente. Trata-se de documento no qual o paciente determina o tratamento que deseja receber se portador de doença terminal ou se encontrar em situação de moléstia grave em progressão sem qualquer possibilidade de reversão. Por exemplo, poderá repudiar intervenção extraordinária, fútil ou inútil.

Atualmente, o Brasil não dispõe de legislação específica quanto às diretivas antecipadas de vontade, tampouco quanto à ortotanásia, apenas resoluções do Conselho Federal de Medicina.

No ano de 2009, o senador do estado do Espírito Santo, Gerson Camata, apresentou, na mesa da casa, o Projeto de Lei n. 524 (SENADO FEDERAL, 2009), “sobre os direitos da pessoa em fase terminal.” Na justificativa apresentada, buscou elucidar a incidência das doenças “crônico-degenerativas” dentro da população e o excessivo sofrimento nos momentos terminativos, ademais, afirmou que:

[...] Não raras vezes, os procedimentos terapêuticos instituídos nos casos de doenças incuráveis são infrutíferos. Especialmente nos casos avançados de doenças incuráveis e progressivas que levam ao prognóstico de que a morte é iminente e inevitável, a manutenção da vida por meios artificiais pode representar

sofrimento para o doente e para os seus familiares e amigos [...] (SENADO FEDERAL, 2009).

Não obstante este e outros argumentos apresentados, o referido PL n. 524 foi arquivado em 26 de dezembro de 2014 pela mesa da casa, em publicação no Diário do Senado (SENADO FEDERAL, 2009).

Isto posto, verifica-se que a ausência de previsão legal impede que mais pacientes, em casos de câncer terminal, possam ter uma morte digna, conforme sua condição, evitando o desconforto de passar por terapias agressivas. Por outro lado, Azevedo (2010, p. 33) informa que:

[...] em diversos países, esse tipo de documento de antecipação de vontade com respeito a tratamentos de saúde é regido por lei. Os EUA, como precursores desse modelo, possuem legislação específica para disciplinar tais diretivas antecipadas do paciente mediante a qual também se concede imunidade civil e criminal aos profissionais de saúde que o respeitem, bem como estabelece sanções disciplinares em razão de eventual desrespeito à manifestação de vontade previamente documentada. Na Espanha, as *instrucciones previas* também estão legalmente previstas, abrangendo qualquer hipótese de diretiva de tratamento e nomeação de procurador para tanto. (Ley Básica 41/2002) [...]

Ante o exposto, percebe-se o avanço de outros países, quando se trata das diretivas antecipadas de vontade, e o atraso que o Brasil se encontra. Considera-se que a legislação brasileira deveria acompanhar os passos da evolução do biodireito, visto que se trata de um tema crescente e atual, além do que é cada vez mais recorrente, dentro da sociedade moderna, em razão do aumento dos diagnósticos de câncer, o que carece, assim, maior atenção.

Portanto, entende-se que o direito à morte digna é assegurado por meio do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, direito fundamental, na liberdade de autodeterminação, que deve ser respeitada pelo médico quando o paciente terminal de câncer escolhe se poupar do sofrimento de tratamentos,

assim, as diretivas antecipadas torna-se a alternativa pela qual ele poderá exercer seu direito, comunicando previamente ao corpo clínico sua decisão.

Desde que lúcido e bem informado a respeito da condição que se encontra a doença, e, acima de tudo, sempre preservando sua dignidade, poderá optar pela forma natural de morrer, a ortotanásia. Nesse sentido, para Möller (2009, p. 97, grifo nosso):

[...] um indivíduo (quando capaz e consciente) portador de uma enfermidade em estágio terminal que deseja ter limitada a sua terapia, de modo a não prolongar excessivamente seu processo de morte, está simplesmente tomando uma decisão que diz respeito tão somente a si próprio. Ele certamente não deseja que essa decisão seja entendida na forma da lei universal aos demais indivíduos, que seja uma lei moral (no sentido kantiano). Além disso, **compreendemos que esse doente não está considerando a si mesmo como simples meio para alcançar um fim – a morte –, mas ele também pode ser considerado o fim de sua ação, por desejar preservar, mais que um escasso período de vida, a dignidade e a sua autonomia, por querer despedir-se de sua vida de forma digna e coerente com as suas convicções.**

Importante certificar, que as diretivas antecipadas de vontade não são uma forma de antecipar a morte, ao contrário, juntamente com a ortotanásia, é o meio de suavizar esse momento de dor e angústia, tornando o ambiente o mais tranquilo possível, para que os últimos momentos sejam de paz e conforto.

A falta de intervenção do ordenamento jurídico é uma falha que tem cerceado os doentes terminais, seu direito constitucional da dignidade da pessoa humana, porém, não impede de ser exercido segundo sua manifestação de vontade. É necessário respeitar a liberdade do paciente, de morrer com dignidade, que pode, até mesmo, não ser totalmente entendido pela sociedade, mas é livre para manifestar seus desejos.

Nesse sentido, o Código de Ética Médica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010), que regulamenta a atuação do profissional, apresenta, em seu corpo, princípios basilares da conduta médica, no que diz respeito ao doente terminal:

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

[...]

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. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

As novas alterações realizadas no Código, no ano de 2010, buscaram preservar a dignidade do paciente terminal, pois, definindo como princípio fundamental da profissão médica respeitar e evitar o sofrimento, cabe aqui chamar especial atenção ao inciso XXII, o qual notoriamente aponta para os casos terminais, orientando o profissional a evitar tratamentos desnecessários.

Em seguida, o mesmo Código (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010) disciplina vedações ao médico, conforme dispõe nos seguintes artigos:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

[...]

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. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).



Ao analisar os princípios expostos, juntamente com os referidos artigos, verifica-se que o código se preocupou em orientar ao médico para minimizar o sofrimento e maximizar a autonomia, em razão do bem-estar, de modo que essas premissas se amoldam ao objetivo dos institutos das diretivas antecipadas de vontade e da ortotanásia.

Assim, percebe-se que as diretivas antecipadas, em nenhum momento, ferem algum direito do paciente, ao contrário, são a sua manifestação de vontade legítima, seu desejo íntimo de decidir quanto à dignidade de sua morte, sendo seu exercício salvaguardado pela dignidade da pessoa humana, dentro da Constituição.

Dessa forma, embora não exista legislação para as diretivas antecipadas de vontade, por meio da ortotanásia, o judiciário brasileiro já tem se deparado com decisões nesse sentido, conforme o julgamento do Recurso de Apelação n. 70054988266 (CNJ n. 0223453-79.2013.8.21.7000), julgado em 20 de novembro de 2013, pela Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Irineu Mariani, decidindo que:

**APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.**

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, **se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade**, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.

2. **O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.**

3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com

dignidade ou razoável qualidade. **A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia**, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

5. Apelação desprovida. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, grifo nosso).

Ante o exposto, é possível verificar que a decisão vai ao encontro do direito do paciente, em se autodeterminar, assim, da mesma forma, o paciente crônico terminal tem direito de não aceitar ou suspender, qualquer que seja a terapia. Conforme expôs o relator, não cabe ao Estado intervir no que diz respeito à decisão particular do indivíduo, não podendo obrigar ninguém, pois a própria lei não permite (art. 15, do Código Civil).

A necessidade de regulamentação das Diretivas Antecipadas é visivelmente latente à sociedade, diante desse e de novos dilemas da biotecnologia e da bioética torna-se essencial, no intuito de evitar abusos e proteger direitos.

O judiciário deve evoluir à medida que os direitos são reconhecidos, portanto, a decisão do Tribunal de Justiça é o início da caminhada para a regulamentação e proteção desse direito, em razão da importância das diretivas na não necessidade de tratamentos inúteis, bem como na diminuição dos efeitos do sofrimento biopsicossocial de uma doença terminativa, porquanto se trata de direito à autonomia e dignidade da pessoa humana.

## 5 CONCLUSÃO

O presente estudo baseou-se na análise dos princípios fundamentais constitucionais, da liberdade, autonomia e dignidade da pessoa humana, para entender o direito à morte digna dos pacientes terminais oncológicos.

A partir da delimitação do conceito de morte, foi possível compreender os dilemas, igualmente, as convicções e crenças que cada ser humano construiu sobre a morte, baseado na sua história, além da singularidade de cada indivíduo, uma vez que cada um é dotado de sentimentos, valores éticos e moral. Como a moral é subjetiva, depende de cada um interpretar e saber delimitar o que é digno para sua morte, não cabendo, nessas situações, o Estado interromper quanto às decisões do fim da vida, apenas limitar a ação do indivíduo para resguardar riscos ao próprio direito.

A realidade do paciente que é diagnosticado com câncer se distingue das demais doenças, em razão do excesso de sofrimento e dor, assim, o tratamento é uma dicotomia de luta pelo fim da doença e o suplício da dor. Dessa forma, somente quem passa sabe exatamente sua angústia, sua dor, e devido ao fato de o câncer ser uma doença devastadora, sua dor se torna crônica, contínua, perdurando durante todo o tratamento, em diferentes níveis.

Por todo esse sofrimento do paciente oncológico, sua morte carece de dignidade, respeito, compaixão e afeto, portanto, trabalhados os conceitos de eutanásia, distanásia e ortotanásia, foi possível verificar a relevância da ortotanásia e os seus benefícios, se comparada aos outros institutos, visto que seu objetivo, diante da dor do paciente crônico, é aliviar o seu sofrimento, para que o fim da vida do indivíduo seja digna e conforme sua vontade.

Compreendeu-se, a partir da análise da Constituição Federal de 1988, que tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, de onde emana o direito à morte digna, que embora ainda não esteja positivado no texto constitucional, ou em qualquer outra lei, torna-se válido por intermédio do princípio norteador de todo o ordenamento jurídico. Essa possibilidade ocorre

em virtude do caráter axiológico da Constituição, que permite o reconhecimento do direito por meio da dignidade da pessoa humana.

Assim, restou demonstrado, pela presente pesquisa, que as Diretivas Antecipadas servem para que o paciente terminal oncológico possa determinar sua vontade final, quando não existe mais cura. Dessa forma, pode decidir qual destino do seu tratamento, mesmo quando não estiver mais lúcido, sendo a possibilidade de autodeterminação, o poder de decisão do ser humano, tornando-se completamente capaz de gerir seus desejos.

Em suma, comprova-se, pela Constituição, a eficácia e as vantagens das Diretivas Antecipadas, bem como sua legitimidade, de modo que servem de garantia para a preservação da morte digna.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LINFOMA E LEUCEMIA. *Câncer e a dor oncológica*. 2018. Disponível em: <https://www.abrale.org.br/abrale-noticias/262-cancer-e-a-dor-oncologica>. Acesso em: 22 abr. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue, mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. São Paulo, 2010.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 93, out. 2011. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10386](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10386). Acesso em: 27 abr. 2018.

BONAMIGO, Elcio Luiz. *Manual de bioética: teoria e prática*. São Paulo: All Print, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 19 maio 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.931*, de 17 de setembro de 2009. Código de Ética Médica. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.805/2006*. Brasília, DF: CFM, 2006. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm). Acesso em: 18 maio 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.995/2012*. Brasília, DF: CFM, 2012. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf). Acesso em: 18 jun. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo, Saraiva, 2014.

DRUMMOND, José Paulo. *Dor: o que todo médico deve saber*. São Paulo: Atheneu, 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. *Estimativas*. 2018a. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/estimativa-2018.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. *Notícias*. 2018b. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2018/inca-estima-cerca-600-mil-casos-novos-cancer-para-2018>. Acesso em: 05 mar. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. *Tratamento e cuidados paliativos*. 2018c. Disponível em: [http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/tratamento/cuidados\\_paliativos](http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/tratamento/cuidados_paliativos). Acesso em: 05 mar. 2018.

MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2009. 186 p.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2009. 783 p.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de P. de *Problemas atuais de bioética*. 10. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2012.

PESSINI, Léo. *Bioética: Grito por dignidade de viver*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, 2008.

PESSINI, Léo. Bioética e cuidados paliativos: alguns desafios do cotidiano aos grandes dilemas. In: PIMENTA, Cibele Andrucio de Mattos Pimenta; MOTA, Dálete Delalibera Corrêa de Faria Mota; CRUZ, Diná de Almeida Lopes Monteiro da (org.). *Dor e cuidados paliativos: enfermagem, medicina e psicologia*. São Paulo: Manole, 2006. cap. 1, p. 45-123.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (1. Câmara Cível). Apelação Cível n. 70054988266. Relator: Irineu Mariani, 20 de novembro de 2013. *Diário de Justiça*, 27 nov. 2013.

SABBI, A. Ricardo. *Câncer: conheça o inimigo*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter, 2000.

SAKATA, Rioko Kimiko; ISSY, Adriana Machado. *Guia de medicina ambulatorial e hospitalar: dor*. São Paulo: Manole, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n. 524, de 2009. Senado, 25 de novembro de 2009. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=94323](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323). Acesso em: 23 abr. 2018.

# INCONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Simão Schmith<sup>1</sup>  
Roni Edson Fabro<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo se refere a um estudo da inconstitucionalidade contida no novo modelo de precedentes inseridos no art. 927 do atual Código de Processo Civil, com uma análise estrutural do ordenamento jurídico brasileiro idealizado pelo legislador, pois já há muito tempo o Poder Judiciário Brasileiro está saturado, sofrendo grande desgaste para atender à enorme onda de demandas judiciais que chegam aos Tribunais. Por isso, o Código de Processo Civil de 2015 foi inovador, importando e atualizando o instituto conhecido por Precedente Judicial, que tem por alvo apresentar uma solução ao enorme volume de processos que chegam aos Tribunais. Estes precedentes acabam vinculando tribunais e juízes de nível inferior, criando sentenças e decisões que devem ser observadas, o que significa dizer que tribunais e juízes devem usar o precedente como se lei fosse para dizer o Direito quando apresentada demanda igual ou semelhante e que se enquadre em algum precedente. O Precedente Judicial pode ser uma excelente forma de desentrelace do Poder Judiciário, mas apesar disso ele se apresenta como inconstitucional, tornando-se inconveniente. O estudo do art. 927 do Código de Processo Civil objetiva iniciar uma discussão para a solução da inconstitucionalidade mencionada, afim de que sejam obedecidos os preceitos constitucionais adequados, bem como o devido processo legal.

**Palavras-chave:** Precedentes judiciais. Inconstitucionalidade. Poder Judiciário. Constituição. Código de Processo Civil.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; simao249@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Fundamentais Civis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Doutorando em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

A problemática que se pretende analisar com o presente artigo, é a inconstitucionalidade contida nos precedentes judiciais do art. 927<sup>3</sup> do Código de Processo Civil de 2015, partindo de um estudo dos sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*, que traduzidos etimologicamente definem quando a lei é ou não escrita. Atualmente há um sistema jurídico diferenciado no Brasil (*Brazilian Law*), que é entendido como uma fusão entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law*, pois, possui características de ambos, como será demonstrado no fim do artigo.

São observados também conceitos sobre Constituição, pois não existe outro meio de falar sobre inconstitucionalidade sem a noção da importância do que representa a Constituição na organização política, administrativa e jurídica do Brasil, pois ela fornece os princípios que regem todo o ordenamento e toda a ordem infralegal deve estar em consonância com eles. Para isso é esclarecido que a Constituição está acima de todo o ordenamento jurídico,

---

<sup>3</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal 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 Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça 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 Supremo Tribunal Federal 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.



e a falta de previsão ou algum dispositivo legal contrário é entendido como inconstitucional, ou seja, em desacordo com a Constituição

As fontes das normas também necessitam de um estudo, pois, o artigo que será estudado cria nova fonte do direito que não está inserido na Constituição. Portanto é observada em seção própria a divisão e a definição das fontes do Direito dentro do ordenamento jurídico brasileiro em fontes formais e não formais. Brevemente, as fontes do direito estabelecem de onde surge o direito, de onde ele vem e como vem, o Código de Processo Civil de 2015 inovou criando novas fontes de direito, destarte, é necessária uma análise mais aprofundada do que são as fontes de direito.

É diferenciado, na seção 5, precedentes de jurisprudência, sumulas e sumulas vinculantes, pois, é feita muita confusão quanto a estes instrumentos frutos da *Common Law*, e apesar deles terem alguma semelhança, são na sua grande parte diferentes.

Na sequência, o artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 é estudado, apresentando os diversos instrumentos foco do artigo, que são o Controle Concentrado de Constitucionalidade, Súmulas Vinculantes, Acórdãos em Incidente de Assunção de Competência, Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, Enunciado de Súmula em matéria constitucional pelo STF e em matéria infraconstitucional pelo STJ e as orientações do plenário e dos órgãos especiais aos quais juízes e tribunais estão vinculados, isto tudo para melhor compreensão de onde está estabelecida a inconstitucionalidade.

Portanto, será verificada a questão da inconstitucionalidade, na seção 7, apresentando eventuais caminhos que podem ser trilhados para solução do problema.

Destarte, no decorrer do artigo serão analisados os diversos institutos e instrumentos, sem os quais não se pode entender, de veras, onde está a inconstitucionalidade, além do que também será compreendida o que são as ferramentas, *overruling* e *distinguishing*, instrumentos do Código de

Processo Civil para superação e afastamento da aplicação da jurisprudência e dos precedentes vinculantes.

Por fim, a problemática é pertinente, e com entendimento de conceitos sobre a Constituição, fontes do Direito e as diferenças entre os diversos instrumentos processuais, será possível vislumbrar eventuais soluções para a inconstitucionalidade que será estudada.

## 2 COMMON LAW E CIVIL LAW

Para melhor entendimento da discussão ora proposta, importa saber inicialmente o que são a *Common Law* e a *Civil Law* e como surgiram.

A *Common Law* surgiu nos países saxônicos, atual Inglaterra. Os ingleses, dentro do perímetro de seu país, tinham normas e costumes diferentes para cada região. Em vista disso, o monarca, na época, usando os Tribunais do Rei, como eram conhecidos os tribunais da coroa, começou a unir o país prolatando julgamentos que seriam usados como fundamentação em outros julgamentos pelos juízes nas diversas localidades do país, com o intuito de aplicar a lei e criar uma lei comum que muito raramente era compilada, o que explica como foi a formação do sistema jurídico dos Estados Unidos que foi colonizado pelos britânicos. Por isso, o sistema jurídico dos Estados Unidos da América é baseado na *Common Law*, deste modo, nota-se que a *Common Law* foi quem deu origem aos precedentes, que são resoluções em que para certa questão jurídica parecida, em que há necessidade de nova decisão, já houve resolução por outro tribunal (WHAT IS..., 2013).

A *Civil Law*, por sua vez, é baseado no Direito Romano, especificamente em uma compilação de regras emitidas pelo Imperador Justiniano, encontrada na Itália no Século 11. Com o surgimento do Iluminismo, diversos governos baseados nesta compilação de Justiniano começaram a codificar legislações para utilização em seus países (WHAT IS..., 2013).

Com isso, vê-se claramente que o sistema adotado no Brasil foi o da *Civil Law*, pois se fundamenta na lei escrita, a começar pela Constituição, ao contrário dos Estados Unidos da América que como tem um sistema judiciário com origem saxônica, baseia-se na *Common Law*, fundamentando suas sentenças e decisões em outros processos já decididos.

Quanto ao Código de Processo Civil de 2015, este tem em seu escopo trazer mais celeridade à Justiça Brasileira. Esta ideia é extraída de seu art. 4º,<sup>4</sup> quando aduz que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Para consolidar este artigo, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta os precedentes judiciais no art. 927, importado da *Common Law* como fonte formal do direito processual. No entanto, estes precedentes não deveriam ser tratados como fonte formal, pois os incisos III, IV e V são, para a maioria dos doutrinadores e estudiosos, inconstitucionais, porquanto criam, praticamente, uma nova fonte de direito. Assim, com esta nova força recebida destes precedentes do Código de Processo Civil de 2015, os tribunais se aproximaram da *Common Law* e, com efeito, podem praticamente fazer leis, pois os tribunais e juízes estarão atados às decisões superiores, chocando-se com o art.5º,<sup>5</sup> II, da Constituição Federal. Ora, se os juízes e tribunais consolidarem os precedentes da forma como estão hoje, praticamente não será mais necessário discutir assuntos em juízo, pois bastará apenas ver qual é a posição consolidada pelo tribunal e aplicá-la como se lei fosse. Desta forma, vê-se candidamente que o Código de Processo Civil de 2015 criou uma nova fonte de direito para a justiça brasileira, que não foi autorizada pela Constituição Federal, cabendo sua única exceção no art. 103-A<sup>6</sup>, da Constituição Federal.

---

<sup>4</sup> Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

<sup>5</sup> Art. 5º, II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>6</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas

### 3 CONSTITUCIONALISMO

A origem do Constitucionalismo está intimamente vinculada às constituições dos Estados Unidos e também da França, por volta de 1800, quando foram estabelecidas novas regras de organização do Estado e limitação do poder estatal. Por meio de previsões e garantias fundamentais, tem, portanto, objetivo primordial de estabelecer a constituição política do Estado, sua estrutura, organização das suas instituições, seus órgãos, maneiras de aquisição e limites do poder. Após este evento, que na realidade tem suas raízes em leis e tratados mais antigos, como exemplo a Inglaterra, que editou a Carta do João sem Terra (1250), sendo um dos marcos da origem das Cartas Constitucionais, as constituições começaram a ganhar força a partir de 1800 (CARDOSO, 1986).

Com o surgimento do Constitucionalismo, surge o Direito Constitucional que é definido por Miranda (1990, p. 138) como:

[...] uma parcela da ordem jurídica que regulamenta o Estado, enquanto comunidade e poder. É o conjunto de normas com disposições e princípios que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza.

Derivam de Constitucionalismo três itens que devem ser conceituados para melhor compreensão: constituição, constitucionalidade

---

esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

e inconstitucionalidade. A Constituição é o alicerce de todo o ordenamento jurídico brasileiro e os outros dois são nomenclaturas que definem quando uma norma está ou não de acordo com a primeira.

### 3.1 CONSTITUIÇÃO

A palavra Constituição, ortograficamente, para Ximenes (2000), é traduzida como constituir, criar, organizar um ser ou um grupo. Para Moraes (2003), em *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar, ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação.

Juridicamente, a Constituição é compreendida para Canotilho (1991, p. 41) como:

Lei fundamental e suprema do Estado, regras para a formação do Estado e dos poderes públicos, bem como também sua forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

Portanto, todos estão abaixo dela, sem exceção, nem mesmo para o Presidente da República, Promotores, Magistrados ou Legisladores. Este último grupo, no entanto, por serem os “criadores da lei”, podem mediante preenchimento dos requisitos inseridos na Magna Carta, alterar parcialmente a Constituição. Ressalta-se que muitos doutrinadores compreendem que as constituições devem ser imutáveis, enquanto outros entendem que devem ser rígidas e por fim, uma pequena parcela crê na flexibilidade da Constituição (LENZA, 2012).

A atual Constituição Federal é entendida como rígida, portanto, pode ser alterada a depender de uma porcentagem de votos dos legisladores. Quanto ao restante do ordenamento jurídico inferior (códigos, leis, decretos,

constituições estaduais), reforçando a afirmação acima sobre a superioridade da Constituição, deve estar de acordo com seus princípios e normas, o que parece não acontecer no Código de Processo Civil de 2015, nos dispositivos que são objeto do presente estudo.

### 3.2 CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição é a Lei Fundamental. Assim sendo, todas as demais leis que estão abaixo dela lhe devem obediência e devem estar de acordo com a Constituição. Qualquer lei ou norma que seja contrária à Constituição, é compreendida como inconstitucional, enquanto aquelas que não ferem a Constituição são entendidas como constitucionais. Portanto, a Constituição está no ápice da pirâmide, orientando e “iluminando” os demais atos infraconstitucionais, sendo, portanto, a Constituição, aquela que dá os princípios, as diretrizes, os caminhos que devem seguir as leis, decretos, regulamentos (LENZA, 2012).

Como objeto deste estudo, a norma infraconstitucional, o art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, não está completamente de acordo com a Constituição, pois tem instrumentos que não foram previstos na *Magna Carta*, pois atribuem autonomia aos tribunais para legislarem internamente. Nery Júnior e Rosa Nery (2015) criticam este sistema sustentando que o Juiz não é Boca da Lei e muito menos pode ser Boca do Tribunal.

## 4 FONTES FORMAIS E NÃO FORMAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Uma fonte do direito pode ser traduzida como tudo de onde brota, nasce ou surge o direito. São, portanto, atos e fatos que fazem com que deles surjam direitos e obrigações (BASTOS, 2017).

A questão sobre a inconstitucionalidade é que o Código de Processo Civil de 2015 está criando novas fontes de direito não previstas

pela *Magna Carta*. Portanto, *a priori*, devem ser explicadas quais são as fontes formais e não formais e quais integram o Código de Processo Civil de 2015. É importante, ainda, diferenciar cada uma delas, e, após, discorrer acerca do art. 927 do Código de Processo Civil, para no final apontar a eventual inconstitucionalidade presente e uma possível solução para a problemática que se discute no presente trabalho.

#### 4.1 FONTE FORMAL PRIMÁRIA

A fonte formal primária é a lei, porém, não existe uma definição exata do que seja lei. Nem os próprios textos legais a definem, conforme Gonçalves (2017), para quem a palavra “direito” é usada, na acepção comum, para designar o conjunto de regras com que se disciplina a vida em sociedade. Outro conceito altamente autoexplicativo é de que o direito é o conjunto das normas gerais e positivas, que regulam a vida social (RADBRUCH, 2002).

#### 4.2 FONTES FORMAIS ACESSÓRIAS

Não é necessário prolongar o texto detalhando cada fonte formal acessória, já que na sequência, é feita mais uma distinção entre elas, portanto, deve-se ter em mente que as fontes formais são diversas. Na classificação de Gonçalves (2017) compreendem:

Analogia: costume e princípios gerais do direito, erigidos em fonte formal pelo art. 4<sup>o</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

Súmulas Vinculantes: decididas pelo STF (art. 103-A da Constituição Federal do Brasil);

---

<sup>7</sup> Art. 4<sup>o</sup>. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle direito de constitucionalidade (art. 102,<sup>8</sup> § 2º, da Constituição Federal do Brasil).

Também são reconhecidos como fontes formais acessórias os demais precedentes vinculantes, enumerados no art. 927, III, IV, e V do atual Código de Processo Civil, alvo das críticas de inconstitucionalidade.

## 4.3 FONTES NÃO FORMAIS

As fontes não formais compreendem duas fontes: jurisprudência e doutrina.

### 4.3.1 Jurisprudência

Popularizou-se a jurisprudência com o sistema anglo-saxão, como já mencionado, no entanto, cabe esclarecer com mais detalhes o que é a jurisprudência.

A jurisprudência é um conjunto de decisões constantes e uniformes dos tribunais sobre determinada questão de Direito. Ao longo da história, foi pouco a pouco adquirindo autoridade. Nas palavras de Maximiliano (2011), “assumiu a jurisprudência um grande papel, que até hoje desempenha, de esclarecer os códigos e revelar a verdade ínsita em normas concisas. Portanto, é a jurisprudência uma fonte não formal do direito processual.”

Em conformidade com a definição acima, cabe ressaltar que a jurisprudência, por ser uma fonte não formal do direito processual, normalmente é usada para reforçar as conclusões do julgador, mas, devido à

---

<sup>8</sup> Art. 102. § 2º Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.



letra legislativa imposta no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, ela é obrigada a ser observada, tornando-se uma fonte formal acessória, portanto, uma sentença ou decisão, tecnicamente, não deveria estar fundamentada apenas na jurisprudência, porque não é uma fonte formal do direito, mas pela nova regra é possível fundamentar uma decisão na jurisprudência.

### 4.3.2 Doutrina

A definição para a palavra doutrina, em termos jurídicos, é que é um conjunto de princípios, ideias e ensinamentos de autores e juristas que servem o Direito, que influenciam e fundamentam as decisões judiciais. É fonte do Direito, utilizada também para a interpretação das leis, fixando as diretrizes gerais das normas jurídicas (FERREIRA, 2011).

Semelhante às diversas religiões que possuem um livro sagrado, e que dele surgem diversos outros com o objetivo de explicá-lo, assim também é o Direito. A lei seria a fonte principal e os demais livros que objetivam explicá-la são as doutrinas.

## 5 PRECEDENTE X JURISPRUDÊNCIA X SÚMULA X SÚMULA VINCULANTE

Até agora foram trabalhados conceitos sobre precedentes, jurisprudência e súmulas, mas para afastar a eventual confusão que é feita com estes termos que são usados pelo Código de Processo Civil de 2015, há necessidade de uma breve explicação acerca de cada um dos termos que muitas vezes acabam sendo confundidos.

### 5.1 PRECEDENTE

É qualquer decisão que venha a ser tomada no caso concreto que poderá servir de modelo a outros julgamentos semelhantes. Existem alguns

entendimentos que aduzem que um precedente, mesmo sendo isolado, pode ser considerado uma jurisprudência (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Etimologicamente, significa que precede a um fato, é um fato anterior ao fato invocado. No meio jurídico serve como justificação ou pretexto para se agir da mesma forma (BURIL, 2015).

Portanto, qualquer fato anterior à demanda promovida, teoricamente, pode ser usado para invocar uma atuação semelhante do judiciário, mas, como será explicado adiante, nem sempre pode ser tomada essa medida.

## 5.2 JURISPRUDÊNCIA

É reconhecida no meio jurídico como um conjunto de decisões, aplicações e interpretações das leis pelos tribunais. Diferente do precedente, para ser considerada jurisprudência, deve existir várias interpretações de maneira igual ou semelhante do direito discutido e não somente uma interpretação isolada (DISTRITO FEDERAL, 2015).

A jurisprudência, portanto, é um conjunto de diversos precedentes no mesmo sentido, e é com isso que se formam as jurisprudências majoritárias e minoritárias a depender do número de precedentes em um ou outro sentido.

## 5.3 SÚMULA

Depois de reiteradas decisões, o tribunal, reconhecendo ter já consolidado uma posição jurídica ao direito discutido, tem o dever de informar o enunciado de súmula, que nada mais é que a posição final de um tribunal diante das jurisprudências que a partir deste ponto tem sua materialidade garantida (NOGUEIRA, 2017).

Na prática, a súmula serve como orientação aos tribunais e juízes decidirem, mas não os obriga a aplicarem o entendimento pacificado pelo tribunal (ABDIAS, 2016)

As súmulas são de vital importância na hora de trazer argumentos para uma posição durante o processo e também para o julgador formular sua posição, mas isso não quer dizer que o julgador esteja atrelado a ela, podendo julgar de forma diversa ou contrária.

## 5.4 SÚMULA VINCULANTE

Tem sua previsão na Constituição, no art.103-A e faz referência somente ao Supremo Tribunal Federal que poderá, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (NOGUEIRA, 2017).

Diferentemente das demais súmulas, as súmulas vinculantes têm origem somente no STF e são vinculantes porque ligam todos os órgãos, com exceção do Poder Legislativo. Sua obrigatoriedade está garantida, sendo concedido recurso de Reclamação para cumprimento dos órgãos vinculados (LFG, 2018).

## 6 ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Vencida a parte explicativa do que é a *Common Law* e a *Civil Law*, bem como a classificação das fontes do direito, formais e não formais no Código de Processo Civil de 2015 e esclarecida a confusão que se faz sobre o que são precedentes, jurisprudência e súmula, a discussão diz respeito aos institutos que os legisladores inseriram na letra do art. 927 do Código de Processo Civil em vigor.

## 6.1 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE (INCISO I)

Não existe novidade quanto ao inciso I do art. 927 do Código de Processo Civil, que declara que os juízes e tribunais devem observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Esta fonte formal acessória encontra-se autorizada no art. 102, § 2º da Constituição Federal que assevera que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (MENDES, 2006).

O controle concentrado de constitucionalidade é um controle abstrato de constitucionalidade e a competência para julgar sempre será do Supremo Tribunal Federal.

## 6.2 SÚMULAS VINCULANTES (INCISO II)

O foco da Súmula Vinculante é apanhar o grande volume de processos que possuem temas repetitivos e que já foram analisados diversas vezes e transformá-las em simples enunciado. Esta foi a ideia de Victor Nunes Leal quando criou este mecanismo, com o objetivo de pacificar este problema. Incorpora o ordenamento brasileiro às sumulas que acabam vinculando todos os órgãos, com exceção do legislativo federal (MARQUES, 2015).

As Súmulas Vinculantes encontram seu suporte constitucional no artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos

demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (BRASIL, 1988).

### 6.3 ACÓRDÃOS EM INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (INCISO III)

Trata o incidente de assunção de competência em submeter um processo que não tenha repetição, mas que tenha grande importância social a julgamento, ou seja, o incidente de assunção de competência não possui várias demandas iguais, pelo contrário, possui poucas demandas. No entanto, o tema é de grande importância social ou relevante questão de direito, que pode ser usado para julgar demais demandas que possam surgir (PIERRI, 2015).

Comenta Gonçalves (2017) que a “assunção de competência constitui mecanismo mais eficiente, destinado a dar efetividade ao art. 926<sup>9</sup>, que determina que os tribunais devam uniformizar sua jurisprudência.”

A ideia do incidente de assunção de competência é de que não exista divergência nos órgãos fracionários, por isso que o incidente de assunção de competência é proposto a ser julgado pelo órgão colegiado.

Este instituto não é novo, tinha previsão no Código de Processo Civil de 1973 no art. 555<sup>10</sup>, § 1º. A ideia é prevenir que existam divergências, pois antes quem propunha a ação era o relator do processo no tribunal. No

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

novo *Código de Processo Civil* foi estendido para a parte, a Defensoria Pública e o Ministério Público, mas antes é necessário saber se existe interesse público.

## 6.4 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, IRDR (INCISO III)

Uma das inovações que mais chamou a atenção no Novo Código de Processo Civil foi o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que tem sua aplicabilidade nas situações em que existem vários processos que possuam a mesma controvérsia sobre o mesmo ponto de direito (TEMER, 2017).

Este mecanismo teve sua origem na Alemanha, quando uma empresa estatal, *Deutsche Telekom*, foi privatizada. Inicialmente o capital da empresa era muito pequeno, no entanto, de 1996 a 2000, a empresa teve um salto enorme em seus investimentos, atraindo diversos investidores para seu mercado. Após seu ápice no início do milênio, os valores dos seus portfólios acabaram entrando em colapso, gerando uma demanda enorme de processos no *Tribunal de Frankfurt*, todos buscando a reparação dos prejuízos (HESS, 2010).

O número de processos ajuizados foi tão grande que foram agendadas audiências orais para mais de três anos, inclusive o juiz que presidiu o feito declarou que a Corte necessitaria de quinze anos para julgar todas as demandas em primeira instância (HESS, 2010).

Partindo deste problema, restou aos legisladores alemães apresentarem um sistema de julgamento de demandas em massa. Deste modo, em 2005 foi apresentado o *Musterverfahren*, destinado somente para julgamento de capitais imobiliários (CABRAL, 2007).

Obtendo êxito nos julgamentos em massa com este sistema, o legislador brasileiro importou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para o atual Código de Processo Civil. No entanto, o fez sem ao menos analisar sua constitucionalidade, que também é objeto de análise deste artigo.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, após a *vacatio legis*, começou a ser usado pela justiça brasileira o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A vantagem deste instituto é a de permitir aos Tribunais Locais e ao Superior Tribunal de Justiça julgar de uma única vez questão jurídica que teria de ser decidida várias vezes. Portanto, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem o objetivo de desafogar o judiciário e dar mais celeridade na hora de responder aos demandantes em seus litígios.

Além dos institutos definidos acima, há também os enunciados de súmula em matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e os enunciados de súmula em matéria infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça no inciso IV. Não esquecendo também, que, no inciso V, se encontram as orientações do plenário ou dos órgãos especiais aos quais os juízes e tribunais estão vinculados.

## **7 A INCONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Como explicado, existem dois grandes sistemas jurídicos, o da *Common Law* e o da *Civil Law*. O Brasil, até então, pela sua historicidade, adotava a *Civil Law*. Acontece que a partir da adoção de súmulas, sejam elas vinculantes ou não, dos precedentes e da jurisprudência, o sistema está se tornando algo híbrido, pois tem características tanto de um quanto do outro sistema. No entanto, existem posições contrárias, como a de Streck (2016), quando disserta que, no afã de implantar o tal “sistema” (*Common Law*), foi suprimido direito e aumentado o poder do Judiciário, o que *quer dizer* que tudo talvez esteja no que se entende por precedente, pois se estaria fazendo uma simplista equiparação do genuíno precedente do *Common Law* à jurisprudência.

Os precedentes não podem ser equiparados aos legítimos sistemas jurídicos, sendo somente ferramentas para agilização de julgamentos de

demandas judiciais, portanto o estudo principia de uma análise do art. 926, o qual fala que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente e que, ao editarem enunciados de súmula, devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

A regra contida no art. 926 faz menção aos tribunais superiores, ainda que os tribunais locais também possam aplicar a norma. O que mais pesa na interpretação é com relação à estabilidade das jurisprudências. Segundo Gonçalves (2017), “se a lei pode ser modificada no tempo, a jurisprudência também, mas as alterações não podem ser constantes e aleatórias.” Medina (2013) tem interpretação semelhante quando defende que a jurisprudência não pode estar acima da lei. Estas declarações só trazem a conclusão de que deve haver uma estabilidade quanto à jurisprudência, mas sua aplicação não deve ser irrestrita.

Em complemento, os artigos 926 e 927, ambos do Código de Processo Civil de 2015, obrigam que os juízes observem um rol de institutos processuais, entre eles o controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmulas, os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, entre outros. Segundo interpretações de muitos juristas, como é o caso de Tesheiner (2015), desembargador aposentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, existe uma nítida tendência no sentido de se atribuir poderes normativos aos tribunais superiores. Mais do que uma tendência, uma realidade em parte já consagrada em no Direito brasileiro.

Mostra-se no rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, que existe uma vinculação das decisões superiores para com as inferiores. Este artigo deixa bem claro a força normativa que é concedida aos tribunais. Desta forma, consoante o que já narrado alhures, o inciso “I” deste artigo tem previsão na Constituição, no seu art. 102,<sup>11</sup> § 2º, portanto, não possui nenhuma

---

<sup>11</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão



inconstitucionalidade. Igual é o inciso II, que trata das súmulas vinculantes, que também possuem previsão constitucional encontrada no art. 103-A, da atual *Magna Carta*.

O inciso III trata do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas. O incidente de assunção está regulamentado no art. 947<sup>12</sup> do Código de Processo Civil de 2015, mas sem previsão constitucional.

Os dispositivos em questão estão sendo reconhecidos por diversos juristas como uma letra que obriga inexoravelmente tribunais e juízes a aplicar seu texto. O mesmo entendimento tem Nery Júnior e Rosa Nery (2015), quando compreendem que se trata de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, mas com as mesmas características da lei.

Nasce, portanto, outra divergência: será mesmo que os tribunais podem legislar por meio de suas decisões? Este assunto é tratado à frente, pois a seguir se discute o art. 976<sup>13</sup> do Código de Processo Civil de 2015, que trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil, que não possui previsão constitucional.

---

eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

<sup>12</sup> Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

<sup>13</sup> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Por fim, o art. 927, V, prescreve que juízes e tribunais deverão seguir as orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Devido a esta regra de orientação. Conclui-se que existe uma vinculação interna e uma vinculação externa (DIDIER JÚNIOR, 2015).

A vinculação interna prevê que os órgãos fracionários do tribunal tenham seu entendimento vinculado e a externa faz menção aos tribunais e juízes que estão vinculados às decisões daquela instância superior.

Como pode ser percebida, a inconstitucionalidade nos precedentes no atual Código de Processo Civil se apresenta na falta de previsão pela Constituição dos incisos III, IV e V do art. 927, ou seja, a lei ordinária está criando uma nova fonte formal de direito, um sistema jurídico híbrido e, mais além, está concedendo poderes legislativos ao Poder Judiciário.<sup>14</sup>

Isto acabou formando diversas opiniões contrárias aos precedentes. A exceção ficou com Didier Jr. que, defendendo o princípio da legalidade, crê que o juiz deva chegar as suas conclusões em conformidade com o direito, que é compreendido para ele como sendo mais amplo que a própria Constituição, pois segundo o doutrinador, os precedentes corroboram a necessidade do princípio da legalidade (DIDIER JÚNIOR, 2015).

A maioria dos doutrinadores posiciona-se contrária ao formato de precedentes, com críticas os incisos III a V do art. 927 do CPC. Ilustrando o exemplo, Nery Júnior e Rosa Nery (2015) defende que a Constituição é a *Lex legum* e, como lei das leis e deve ser respeitada e aplicada por todos. Portanto, é necessário fazer mudanças constitucionais para dar mais poder legislativo ao Judiciário, mas fazer valer e dar eficácia ao art. 927, III a V do Código de Processo Civil, é optar pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional.

A posição adotada pela corrente doutrinaria majoritária parece ser a mais sensata, pois se a lei maior é a Constituição e está acima de todos os indivíduos, não parece correta cada dia dar-lhe uma interpretação diferente

---

<sup>14</sup> Streck (2016), Nery Júnior e Rosa Nery (2015), Gonçalves (2017), Tesheiner (2015), possuem a mesma compreensão quanto à inconstitucionalidade.

ou resolver um problema latente da superprodução de processos através de uma lei ordinária sem previsão ou autorização constitucional. Isso torna os poderes nacionais frágeis e alvo de interesseiros, que os usam de forma inescrupulosa, dando a impressão de uma falsa legalidade.

Outra crítica é com relação ao mini sistema legislativo criado no âmbito dos tribunais. Ao vincular tribunais inferiores, está-se criando um regime de leis internas que terão de ser obedecidas, em choque direto com o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que apregoa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Até onde se sabe, as leis vêm de um processo legislativo. Ao se criar uma decisão vinculante, está-se impossibilitando que exista uma discussão sobre o assunto, como será explicado no próximo item e esta decisão não é lei, pois não preenche os requisitos necessários para tanto.

Em busca nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, foi encontrado somente um projeto de uniformização da jurisprudência<sup>15</sup> e o pronunciamento do Senador Bernardo Cabral,<sup>16</sup> que daria força vinculante às súmulas do Superior Tribunal de Justiça, o que ajudaria a dar mais celeridade às demandas repetitivas. No entanto, não houve continuidade das ideias, o que denota que irá demorar certo tempo até a solução deste problema, que pode ser resolvido quando os legitimados posicionarem-se a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade ou quando o legislativo tomar posição e discutir a solução de maneira séria (CAMARA, 1993; SENADO, 2000).

O novo sistema de precedentes é a solução para dar mais celeridade à justiça que é tão morosa, mas os preceitos constitucionais não devem ser feridos, por se tratarem da lei maior, da lei das leis.

---

<sup>15</sup> Projeto de Lei n.º 3.804, de 1993. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=7445](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=7445)>. Acesso em: 18 mai. 2018.

<sup>16</sup> Pronunciamento do Senador Bernardo Cabral em 13/10/2000. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/312763>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

## 8 OVERRULING E DISTINGUISHING

O Código de Processo Civil de 2015 criou uma nova fonte de direito ao autorizar esse modelo de precedentes e, como está havendo uma aceitação tácita, cabe estudar como será a modificação dos entendimentos pelos tribunais, pois é evidente que os tribunais e juízes de instância inferior estarão obrigados a cumprir a vinculação das decisões, que em caso de desrespeito cabe Reclamação. No entanto, o judiciário não pode ignorar o desenvolvimento da sociedade e deve estar sempre atualizado conforme as pretensões da sociedade afim de que estas decisões não se perpetuem no tempo. Não é concebível que um entendimento do século passado, por exemplo, tenha efeitos ainda hoje, caso tenha havido mudança na compreensão de determinado assunto. Como exemplo de paradigma superado, há o direito da mulher de votar e ser votada, foram anos de luta e discussões legislativas e jurídicas até que, no governo de Getúlio Vargas, foi finalmente compreendido que a mulher tem os direitos políticos iguais ao homem, não só os direitos políticos, pois, conforme preceitua a atual Constituição, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, abraçando deste modo todo o ordenamento jurídico (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2013).

As leis têm que atender as necessidades de cada época e as interpretações jurídicas são necessárias para que exista mudança de entendimento, assim, existe na *Common Law* um instituto conhecido por *overruling*.

Na *Common Law*, o *overruling* é a superação dos precedentes, quando eles passam por uma revisão, conforme Galio (2016), isso quer dizer que “a doutrina dos precedentes não determina obediência cega às decisões judiciais dos casos anteriores, mas que aproveita a sabedoria das decisões passadas para aplicar nos casos atuais.”

Deste modo, a superação dos precedentes é muito importante para que as decisões sejam atualizadas, respondendo corretamente às demandas

contemporâneas, bem como para que o direito se desenvolva e não se torne obsoleto e atrasado.

A superação dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 é apresentada na primeira parte do art. 927, § 2º e a segunda parte da superação dos precedentes encontra-se no § 4º do mesmo art. 927. Nery Junior e Rosa Nery (2015) fazem outra crítica, pois “o sistema de superação tem efeito *ex nunc*, isto é, não obstante a regra geral de retro eficácia de inconstitucionalidade de lei existe a possibilidade de o tribunal declarar efeitos apenas para o futuro.”

Didier Júnior (2016, p. 510) salienta que “a possibilidade de mudança de entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais.” Deste modo, o dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento, ele impede alteração injustificada desse entendimento.

Por fim, há também o *distinguishing*, que é um sistema que permite a comparação entre a situação jurídica e o precedente, com a possibilidade de afastar a aplicabilidade dos precedentes quando devidamente motivado. Encontra-se no art. 489<sup>17</sup>, parágrafo primeiro, inciso VI, do Código de Processo Civil (MANSUR, 2016).

A teoria do *distinguishing* é visualizada na parte do artigo que trata de demonstrar a existência de distinção. Portanto, é autorizado ao magistrado deixar de observar o rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, mas deve fundamentar sua decisão demonstrando que a situação analisada é diferente ao ponto de conceder a possibilidade de afastar o precedente que deveria ser aplicado a situação jurídica apresentada. Deste modo, é o *distinguishing* que concede ao magistrado e aos demandantes a possibilidade de acrescentar novas teses e posições jurídicas, sendo este, atualmente, o único instrumento para se afastar os precedentes, dentro da atual regra processual.

---

<sup>17</sup> Art. 489. § 1º, Inciso VI. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que 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.

## 9 BRAZILIAN LAW

A aproximação dos sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law* está acontecendo no ordenamento jurídico brasileiro e a maioria dos autores conhece esta aproximação por Sistema Jurídico Híbrido. Esta aproximação aparenta ser algo positivo e que gerará bons frutos no futuro. Segundo Didier Júnior (2011, p. 43), “vigora no Brasil uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que poderia ser designado, sem ironia ou chiste, como *Brazilian Law*.”

Apesar da aparente inconstitucionalidade presente no Código de Processo Civil, com este novo sistema originalmente brasileiro, parece que despontam no sistema jurídico brasileiro instrumentos que darão mais celeridade às demandas em curso, bem como trarão aperfeiçoamentos nas decisões judiciais. Portanto, antes de concluir, cabe apontar ainda uma incongruência que, corrigida, pode aprimorá-lo ainda mais, superando problemas naturais intrínsecos à *Common Law* e à *Civil Law*.

Ambos os sistemas possuem uma série de problemas e qualidades. A *Common Law*, por exemplo, dá mais poderes ao judiciário para criar um sistema de legislação interno que vincula todos os tribunais, obrigando-os a aplicar o seu entendimento, Nery Júnior e Rosa Nery (2015, p. 1912) entendem que o *Juiz* não é boca do tribunal (*Le juiz n'est pas la bouche des tribunaux*), portanto não deve ficar atrelado de tal modo aos tribunais, enquanto a *Civil Law* cria o conhecido Juiz Boca da Lei (*Juiz bouche de La loi*), pois este último não pode fazer interpretações, apenas aplica a norma positivada nos casos apresentados pelos demandantes e ambos devem ser rechaçados.

Destarte, deve existir um equilíbrio entre ambos os lados para finalmente se chegar a um ponto de harmonia. Para alcançar esta meta, deve-se compreender que existem assuntos que não devem ser vinculados, enquanto outros não só podem como devem ser vinculados.

Imagina-se como exemplo de caso que não comporta vinculação, um acidente de trânsito, em que existam danos materiais. Há tempos foi

solidificado pela jurisprudência majoritária o entendimento de que, quem bate atrás, nos casos de abalroamento de carros, é o responsável, pois, conforme a jurisprudência, quem bate atrás devia ter maior dever de cuidado, no entanto, cabe compreender que ao contrário do que popularmente se diz, nem sempre quem bate atrás é, de veras, o real responsável, pois todos os dias várias pessoas passam por esse problema. Analisando-se a situação em que um carro trafega atrás de outro a uma distância segura e na velocidade adequada à via, mas, devido a uma freada brusca (dolosa ou culposa), pelo motorista que dirigia na sua frente, acaba atingindo o para-choque deste, conforme a jurisprudência majoritária que passou a ser vinculante a partir do Código de Processo Civil de 2015, e que seria observada/aplicada a este caso, o responsável sempre seria aquele que batesse atrás. Ora, estaria sendo seguindo um viés em que muitos inocentes seriam responsabilizados por fatos que não teriam responsabilidade, não esquecendo que a adoção dessas correntes jurisprudenciais tornando-as vinculantes, formaria um sistema legislativo interno que iria de encontro com o princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, não se podendo tolerar que a jurisprudência seja tratada como lei, pois uma decisão deve ser analisada e fundamentada, não apenas aplicada a situação exemplificada sem nenhum estudo *a priori*.

Em casos como este não deveria ser seguida a jurisprudência e cada caso deveria ser tratado de forma particular, conforme o art. 42<sup>18</sup> do Código de Trânsito Brasileiro, quando prescreve que nenhum condutor deverá frear bruscamente seu veículo, salvo por razões de segurança (BRASIL, 1997).

Nota-se que o artigo é claro quanto à possibilidade de os magistrados estudarem cada caso individualmente, o que torna a jurisprudência e precedentes supérfluos.

Mas na prática, o que acontece é a aplicação da corrente jurisprudencial majoritária e nunca é feito um estudo individual. Agora,

<sup>18</sup> Pronunciamento do Senador Bernardo Cabral em 13/10/2000. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/312763>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

com as autorizações aparentemente inconstitucionais previstas no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, a ideia de aplicar a jurisprudência majoritária nestes casos está praticamente consolidada. Portanto, a aplicação dos precedentes vinculantes e das jurisprudências seria para casos específicos em que exista repercussão de processos semelhantes e não para casos isolados, resguardando os instrumentos para situações que mereçam aplicação dos precedentes, concedendo, por fim, autonomia para os juízes, após analisar a situação, ter certeza de qual caminho seguir e decidindo ao final da melhor maneira possível.

A questão relatada exemplifica que não é todo o caso que a jurisprudência deve ser aplicada e que antes de haver qualquer vinculação, deve-se estudar se a situação realmente precisa de vinculação. Este estudo de caso deve ser feito antes de se realizar o julgamento do mérito, para não ocasionar injustiças, tornando o sistema jurídico mais seguro e garantido bases sólidas para o denominado *Brazilian Law*.

## 10 CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs um estudo sobre a eventual inconstitucionalidade presente nos novos precedentes judiciais. Para tanto, foi feita uma análise destes novos institutos jurídicos que estão previstos no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, que segundo a maioria dos doutrinadores está criando uma fonte de direito que não está prevista na Constituição. Também foi analisado seu efeito no ordenamento jurídico brasileiro, pois faz com que a *Common Law* e a *Civil Law*, que são os dois maiores sistemas jurídicos, transformem-se em um sistema híbrido com características plenamente brasileiras.

A inovação legislativa neste sistema híbrido pretende dar mais valorização às decisões judiciais e à jurisprudência. Para tanto, buscou no direito alemão o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, aprimorou



o Incidente de Assunção de Competência que já tinha previsão semelhante no Código de Processo Civil de 1973 e concedeu às decisões internas dos tribunais força vinculante. Criou, portanto, um micro sistema legislativo nos tribunais, que deve ser usado com cuidado para que não transforme os tribunais em um parlamento, isto tudo para afastar o Juiz Boca da Lei, que é aquele que só aplica a lei sem estudar o problema apresentado.

Estas novas regras surgem em um período histórico brasileiro em que as pessoas estão voltando seus olhos com maior curiosidade ao Poder Judiciário e anseiam por mais segurança jurídica. Ao que parece, esta segurança os legisladores encontram na adoção de ferramentas da *Common Law*, só que não levaram em conta que existe uma Constituição, que está acima de qualquer indivíduo, sendo, portanto, soberana.

A derradeira conclusão é que estes instrumentos irão ajudar muito na solução de conflitos pelo Judiciário Brasileiro, mas antes que se dê real efetividade a estas ferramentas, deveria ser corrigida sua inconstitucionalidade, por meio de Projeto de Emenda à Constituição, pois a Constituição deve ser respeitada acima de tudo, já que mitigar princípios e direitos não é um caminho correto para a solução mais célere de conflitos. Os precedentes parecem ser uma excelente solução à morosidade do Poder Judiciário, depois de sanada a alegada inconstitucionalidade pelo trânsito legislativo correto e adequado.

## REFERÊNCIAS

ABDIAS, Daniel. Jurisprudência, Súmula e Súmula Vinculante. *JusBrasil*, 2017. Disponível em: <https://abdiaszz.jusbrasil.com.br/artigos/374385622/jurisprudencia-sumula-e-sumula-vinculante>. Acesso em: 20 maio 2018.

BASTOS, Ronaldo. *Fontes do Direito: Conceito e tipos de fontes*. 2017. Disponível em: <https://ronaldobastosjr.com.br/2017/09/12/fontes-do-direito-1-conceito-e-tipos-de-fontes/>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. (Constituição [1988]) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Presidência da República, [2016].

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1997.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BURIL, Lucas. *Afinal, o que é um precedente?* Justificando, 15 maio 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2>. Acesso em: 20 maio 2018.

CABRAL, Antonio. *O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Disponível em: [https://www.academia.edu/215397/O\\_novo\\_Procedimento-Modelo\\_Musterverfahren\\_alemão\\_uma\\_alternativa\\_às\\_ações\\_coletivas](https://www.academia.edu/215397/O_novo_Procedimento-Modelo_Musterverfahren_alemão_uma_alternativa_às_ações_coletivas). Acesso em: 23 maio 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 3.804 de 1993. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre a uniformização da jurisprudência. 2001. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=7445](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=7445). Acesso em: 18 maio 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. *Informativo Legislativo de Brasília*, Brasília, DF, v. 91, p. 135-140, jun. 1986.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 13. ed. Salvador: Juspodvm, 2011. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *JURISPRUDÊNCIA X PRECEDENTE*. 2015. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/edicao-semanal/jurisprudencia-x-precedente>. Acesso em: 11 nov. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Aurélio*. 6. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2011.

GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente no direito brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HESS, Burkhard. Relatório nacional da Alemanha. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. São Paulo: Saraiva, 2012.

LFG. *Qual o recurso cabível contra decisão que contraria súmula vinculante? - Selma de Moura Galdino Vianna*. 2002. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1923506/qual-o-recurso-cabivel-contradecisao-que-contraria-sumula-vinculante-selma-de-moura-galdino-vianna>. Acesso em: 20 maio 2018.

MANSUR, Sâmea Luz. *A Teoria dos Precedentes e os Institutos do "Overrunling" e do "Distinguishing"*: Breve explicação sobre a aplicação desses institutos no Direito Brasileiro e pequena explanação quanto a seus desdobramentos. 2016. Disponível em: <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/383859816/a-teoria-dos-precedentes-e-os-institutos-do-overrunling-e-do-distinguishing>. Acesso em: 12 mar. 2018.

MARQUES, Gabriel. *O que é uma súmula vinculante?* 2016. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/221414850/o-que-e-uma-sumula-vinculante>. Acesso em: 18 out. 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. Jurisprudência não está, nem pode estar, acima da lei. *Conjur*, 9 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-09/processo-jurisprudencia-nao-nem-fonte-direito>. Acesso em: 5 abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. Brasil: Emagis, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros, MONTEIRO, Ana Cristina de Barros rev. e atual. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Elaine. *Você sabe a diferença entre precedente, jurisprudência e súmula?* Disponível em: <https://elainenogueira.jusbrasil.com.br/artigos/429649935/voce-sabe-a-diferenca-entre-precedente-jurisprudencia-e-sumula>. Acesso em: 6 mar. 2018.

PIERRI, Deborah; VIEIRA. PRADO, Evelise Pedroso Teixeira et al. *Comentários ao Código de Processo Civil 2015: incidente de assunção de competência e incidente de demandas repetitivas recursos*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? *Consultor Jurídico*, 18 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 23 mar. 2018.

SENADO FEDERAL. *Pronunciamento de Bernardo Cabral*. 13 out. 2000. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/312763>. Acesso em: 18 maio 2018.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TESHEINER, José Maria. Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, n. 1276, 29 set. 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc>. Acesso em: 18 maio 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Há 80 anos mulheres conquistaram o direito de votar e ser votadas*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Marco/ha-80-anos-mulheres-conquistaram-o-direito-de-votar-e-ser-votadas>. Acesso em: 20 mar. 2018.

WHAT IS the difference between common and civil law? *The economist*, 17 jul. 2013. Disponível em: <https://www.economist.com/blogs/economist-explains/2013/07/economist-explains-10>. Acesso em: 15 nov. 2017.

XIMENES, Sérgio. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2000.



# INEFICÁCIA DO CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ABERTO: A OMISSÃO ESTATAL EM RELAÇÃO ÀS CASAS DO ALBERGADO

Diego Willy Knevels<sup>1</sup>

Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo dedica-se a elucidar a problemática existente na execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente no regime aberto, onde nota-se uma incompatibilidade entre o modelo proposto pelo legislador e a realidade fática, em virtude da inexistência de estabelecimentos adequados ao regime de aberto, denominados casas do albergado. Para tanto, propõe-se uma análise objetiva sobre o cumprimento de pena em regime aberto no Brasil, frente a despreocupação do Estado com o assunto.

**Palavras-chave:** Execução penal. Regime aberto. Casa do albergado. Progressão de regime.

## 1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho é proposto um estudo acerca do regime aberto de cumprimento de pena no Brasil, através de uma análise dos ideais objetivados pelo legislador na elaboração da Lei de Execução Penal, em 1984, e a realidade oferecida pelo Poder Público desde então, que, adiante-se, se demonstra totalmente incompatível com o modelo almejado, de maneira a acarretar diversos problemas que se elucidarão neste artigo.

Inicialmente, se fará um breve apanhado sobre as finalidades da pena, ou seja, buscará se entender, primeiramente, qual a razão de se punir. Conforme se verá, várias foram as correntes de pensamento que buscaram justificar/legitimar o direito de punir desempenhado pelo Estado, ao longo

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; diego.wk@unoesc.edu.br

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

dos séculos, e é possível constatar uma evolução no modo em que o direito penal trata o delincente ao longo do tempo – como é de presumir-se, posto que o direito tende a refletir os avanços da sociedade como um todo – quando passou-se, então, a buscar penas que fossem mais humanizadas, condizentes com o respeito à dignidade da pessoa humana, extinguindo-se penas corpóreas e diminuindo seu caráter aflitivo, que predominava até então.

Com a exposição das teorias que estabelecem a(s) finalidade(s) das penas, e justificam a razão de punir do Estado, é possível situar, através de uma análise comparativa, onde é que se encontra o direito penal brasileiro, bem como, qual teoria o legislador pátrio optou na elaboração dos Códigos Penal e de Processo penal (de 1940 e 1941, respectivamente) bem como na Lei de Execução Penal, de 1984, que será o objeto de estudo precípua deste trabalho.

Traçado este paralelo proposto, há de se compreender o histórico das legislações de execução penal no Brasil, até se chegar no dispositivo atual, promulgado em 11 de julho de 1984, onde é possível compreender o contexto histórico vivenciado pelo país, em cada uma das tentativas antecessoras à LEP, bem como a compreensão dos motivos que levaram ao fracasso dos projetos anteriores e ao êxito da lei 7.210/84, que perdura até os dias atuais.

No mesmo sentido, será feita uma análise histórica do regime aberto como um todo, no intuito de compreender a essência deste instituto, bem como sua origem e suas transformações até os dias atuais. Paralelamente, estudaremos também a origem do estabelecimento destinado ao cumprimento de pena, denominado casa do albergado, que também apresentou algumas mudanças com o passar dos anos, conforme se verá em momento apropriado.

Por derradeiro, há de se falar sobre a importância que o regime aberto exerce na seara das execuções penais, não só referente às penas privativas de liberdade, mas também àquelas restritivas de direito, bem como o papel que este regime deveria desempenhar diretamente na pessoa do condenado, e por consequência, na sociedade como um todo.



Neste norte, será feita, também, uma análise entre o modelo proposto pelo legislador, através da observância dos objetivos primordiais do regime aberto e dos ideais de reeducação e reinserção social, presentes na Lei de Execução Penal, com a realidade oferecida pela Poder Público, que, aparenta não se preocupar devidamente com a matéria de execução penal.

Por fim, será possível a compreensão do panorama geral que permeia a execução penal em regime aberto, onde observa-se uma realidade um tanto quando preocupante, e, com a reflexão proposta, poderá se concluir pelo alcance, ou não das finalidades da pena objetivadas pelo Estado.

## **2 FINALIDADES DA PENA**

Antes de abordar, essencialmente, o tema proposto, faz-se necessário estabelecer o conceito de pena, que em verdade, trata-se de uma sanção, imposta pelo Estado, como reprovação a uma conduta tipificada como delituosa, àquele que a praticar. Dessa forma, nota-se que a pena é instrumento, pelo qual se valida o Estado, para manter a ordem jurídica e promover, de forma geral, o controle social, posto que deve produzir efeito tanto no delinquente, quanto na sociedade, como um todo.

Para Nucci (2013, p. 400), pena é a sanção que o Estado impõe, através da ação penal, ao delinquente, no intuito de promover a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. Aqui, estabelece-se duas finalidades distintas da pena – retribuição e prevenção – ambas estabelecidas por correntes ideológicas distintas, como explanaremos a seguir.

Como elencado anteriormente, a pena é um instrumento de controle das relações sociais, logo, imprescindível à sociedade organizada. Nesse sentido, sempre objetivou-se penalizar-se aquele que praticava uma conduta tida como ilícita, a fim de promover o sentimento de justiça na sociedade. Inicialmente, fazia-se isso através da lei de talião, com penas eminentemente

corpóreas e aflitivas, ao passo que, com o passar dos séculos, buscou-se proporcionalizar-se a pena ao delito cometido (GRECO, 2013, p. 473).

Nesse sentido, durante o período absolutista, tinha-se a pena meramente como um castigo experimentado por quem praticasse um mal a outrem, ou a ordem jurídica, em geral. É necessário situar que, neste período, moral e direito eram unificados, bem como religião e Estado, onde tinha-se, portanto, um rei soberano- tido como representante divino na Terra- e contrariá-lo, através da prática delituosa, seria o mesmo que contrariar Deus, motivo pelo qual deveria expiar seu “pecado” através de uma pena (MIRABETE, 2011, p. 230).

Tem-se então a corrente tida como absoluta ou retributiva, defendida substancialmente por Kant e Hegel, que objetivou estabelecer um freio ao mecanismo de punição estatal, focando a pena, eminentemente ao fato pretérito. Estabelece que a pena tem a única (e árdua) tarefa de fazer justiça, nada mais; onde um mal (delito), causado a ordem jurídica, é retribuído por um mal (pena) imposto ao criminoso (BITENCOURT, 2016, p. 134).

Com o advento do mercantilismo, o Estado absolutista passa a fragmentar-se, dando espaço ao Estado burguês – regido pelo Contrato Social – e os conceitos da própria definição de Estado passam a ser revistos, gerando significativas mudança no universo jurídico. A Laicização ganha força, junto à divisão dos poderes, o que fez ser necessário repensar os fundamentos da pena, posto que a ideia de um castigo por infringir a vontade divina, já não fazia o menor sentido (BITENCOURT, 2016, p. 134).

Conforme os ensinamentos de Bitencourt (2016, p. 142), a partir do fortalecimento dos ideais iluministas, passa a surgir uma nova corrente de pensamento, que elencou como principal fundamento da pena a prevenção a crimes futuros, denominando-se, portanto, relativa (ou preventiva). Agora, a pena deixa de centralizar-se no fato passado e passa a focar na prevenção de novos delitos.

Para os adeptos dessa corrente de pensamento, a prevenção divide-se em dois grandes grupos quanto ao objeto da prevenção geral (impacta em toda a sociedade) e especial (atinge apenas o criminoso) e estes, subdividem-se, ainda, em positiva ou negativa, quanto ao meio utilizado para esse fim. Assim, a teoria abrange quatro enfoques distintos, conforme se verá a seguir (GRECO, 2013, p. 477).

A prevenção geral negativa refere-se ao poder intimidativo que a pena possui em relação à sociedade, de modo que, faria com que criminosos em potencial não delinquissem em razão do temor de receber uma pena. Trata-se de uma verdadeira coação psicológica para que a sociedade não incida em condutas criminosas (BITENCOURT, 2016, p. 144-146).

Destarte isso, tem-se ainda a prevenção geral positiva, que trata, justamente, de reaver a confiança da sociedade no Estado, considerando que, através da punição imposta pela pena à um criminoso, despertaria em seus concidadãos o sentimento de justiça, ao ver a lei ser aplicada em um caso concreto, afastando a nefasta sensação de impunidade e promovendo a restauração da ordem jurídica (BITENCOURT, 2016, p. 147).

Conforme Greco (2013, p. 478), tem-se, também, a prevenção especial – esta, focada essencialmente na pessoa do criminoso – que também se divide em positiva e negativa. A teoria da prevenção especial negativa consiste na neutralização do criminoso, através de sua segregação ao cárcere, no intuito de impedir a sua reincidência delituosa, protegendo, sobretudo, a ordem pública.

Por fim, há ainda a prevenção especial positiva, com uma abordagem garantista, que estabelece como finalidade precípua da pena, a reeducação e a ressocialização do criminoso, no intuito de que este, quando em liberdade, consiga se reinserir no panorama social, e, por conseguinte, não retorne a delinquir (NUCCI, 2013, p. 400).

Para Bitencourt (2016, p. 154), o objetivo da prevenção especial positiva pode ser sintetizado em três palavras: corrigir, ressocializar ou

inocuizar. Ademais, sobre o prisma moderno, discute-se muito mais sobre a preocupação em evitar os efeitos dessocializadores da pena privativa de liberdade, do que efetivamente ressocializar o preso, posto aquela ser uma realidade mais plausível que esta.

No início do século XX, surge com Merkel, na Alemanha, uma terceira corrente de pensamento, que justapunha tanto a retribuição, quanto a prevenção, como finalidades da pena, denominando-se, portanto, de teoria mista ou unificada. Entende-se aqui que a retribuição e a prevenção –geral e especial- figuram como aspectos distintos, porém, de um mesmo fenômeno, que é a pena (BITENCOURT, 2016, p. 155).

Afastado o monismo que até então predominava, a pena agora passou a desempenhar um papel mais abrangente, focado tanto em sanar a sede de justiça que a sociedade possui, quanto em prevenir novos delitos, assegurando a garantia da ordem pública. Agora, a pena fundamenta-se, exclusivamente, no delito, de modo que o direito de punir do Estado passa a encontrar uma maior limitação (MIRABETE, 2011, p. 231).

Porém, mesmo que mais próxima à explicação deste complexo fenômeno que é a pena, a teoria mista, por si só, mostrou-se contraditória e incompleta em alguns pontos, uma vez que centralizou o Direito Penal na ideia de prevenção e elencou, subsidiariamente, o ideal retributivo como mero limitador das exigências daquela (BITENCOURT, 2016, p. 156).

Assim, o penalista alemão, Claus Roxin, propõe uma teoria denominada unificadora dialética, onde o fim da pena não pode ser outro, senão preventivo, figurando, nesta seara, tanto a prevenção especial quanto a prevenção geral (com aspectos tanto da positiva quanto da negativa). Havendo conflito entre os fins, deverá permanecer o ideal da prevenção especial. Contudo, para Roxin (2007, p. 97), o limite inferior do marco penal deve atender à consideração de um mínimo preventivo geral, sem que a pena se torne ínfima, banal. Ainda, estabelece que a pena deve ter sua magnitude limitada pela culpabilidade do agente, sem que obste sua fixação abaixo desta

quando houver exigência preventivo especial e não houver contrassenso em relação às exigências preventivas-gerais.

Demonstrados os principais posicionamentos teóricos acerca da finalidade da pena, faz-se necessário a abordagem das teorias extremadas existentes, que abordam tanto o fundamento e a finalidade da pena, como a razão intrínseca do Direito Penal, como um todo, onde encontram-se dois posicionamentos antagônicos (NUCCI, 2013, p. 401).

De um lado, há o abolicionismo penal, iniciado a partir dos estudos de Louk Hulsmann, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Sebastian Scheerer, onde passou a questionar-se o significado das punições e das instituições jurídicas em geral. Basicamente, o abolicionismo penal preceitua a intervenção mínima do Estado na esfera do indivíduo, através da descriminalização de várias condutas tidas como típicas e da despenalização de tantas outras (NUCCI, 2013, p. 401).

Esta corrente ideológica, que parece-nos um tanto quanto utópica, fundamenta-se em cinco princípios básicos: a) abolicionismo acadêmico, que consiste em uma reeducação da sociedade, através da mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva; b) atendimento prioritário à vítima, para os abolicionistas, é mais coerente onerar o Estado com indenização à vítima da infração penal ou sua família, do que punindo o ofensor; c) guerra contra a pobreza, no intuito de afastar a “necessidade” de delinquir; d) legalização das drogas, para redução da criminalidade e, finalmente, e) fortalecimento da esfera pública alternativa, através da liberação do poder dos meios de comunicação em massa (NUCCI, 2013, p. 401).

Como antítese ao ideal abolicionista, figura tem-se o direito Penal Máximo, caracterizado pela tolerância zero e excesso de severidade, onde o mais simples dos delitos, deve ser punido com veemência, para que não leve, futuramente, a um crime de maior vulto. Como fundamento teórico, o Direito Penal Máximo invoca as razões das teorias negativas de prevenção, geral e especial (NUCCI, 2013, p. 403).

Objetivando o equilíbrio entre as duas correntes extremadas supramencionadas, tem-se o Garantismo Penal, modelo típico dos Estados Democráticos de Direito, proposto por Luigi Ferrajoli, que caracteriza-se pela estrita legalidade, tem seu foco em reduzir a violência e maximizar a liberdade do indivíduo, através da observância plena daqueles direitos tidos como fundamentais, protegidos por força constitucional, de modo que, em hipótese alguma, poderá uma lei infraconstitucional ser contrária à Lei Maior (NUCCI, 2013, p. 403).

Ferrajoli (2002, p. 74-75) elenca os dez axiomas responsáveis por sustentar o modelo garantista, onde estabelece que:

- a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime);
- b) *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei);
- c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei sem necessidade);
- d) *Nulla necessitate sine injuria* (não há necessidade de lei penal sem lesão);
- e) *Nulla injuria sine actione* (não há lesão sem conduta);
- f) *Nulla actio sine culpa* (não há conduta sem dolo ou culpa);
- g) *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem o devido processo legal);
- h) *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação);
- i) *Nulla acusatio sine probatione* (não há acusação sem prova que a fundamente);
- j) *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem ampla defesa).

De acordo com Greco (2013, p. 10), das máximas garantistas, propostas por Ferrajoli, pode-se observar a presença, implícita, de vários dos princípios norteadores do Direito Penal brasileiro. Assim, através da análise ao primeiro brocardo, proíbe-se a aplicação de uma pena, sem que haja, efetivamente, a prática de uma infração penal e esta, conforme o

segundo axioma, deverá estar expressamente prevista na lei penal como tal, entabulando o princípio da legalidade, presente no artigo 1º do Código Penal brasileiro.

Nesse sentido, Grego (2013, p. 10), afirma ser possível inferir que os demais axiomas apontam, indubitavelmente, à necessidade da adoção de um sistema acusatório, onde haja um juiz imparcial e competente para apreciação e julgamento da causa (*nulla culpa sine iudicio*), mas que se difira do órgão de acusação (*nullum iudicium sine accusatione*). Desta última máxima, entende-se ainda o estabelecimento do ônus probatório à acusação, sem que seja transferido ao acusado (*nulla acusatio sine probatione*), devendo ser assegurado a este a ampla, geral e irrestrita defesa, com garantia de todos os recursos a ela inerentes (*nulla probatio sine defensione*).

Destarte isso, é possível situar onde localiza-se o Direito Penal brasileiro em meio a tantas correntes filosóficas que se propuseram a explicar a razão de punir, quando punir e por que punir, observa-se que, como já mencionamos, em linhas gerais, o Brasil – enquanto Estado Democrático de Direito – posiciona a legislação penal sob os alicerces dos ideais garantistas, parametrizados pelo dispositivo contido na Constituição Federal (GRECO, 2013, p. 8).

Outrossim, quando se refere às finalidades da pena, parece-nos que o legislador pátrio se posicionou a favor da teoria unificadora ou mista, posto que se estabeleceu, no artigo 59 do Código Penal a necessidade da reprovação com a prevenção do crime, justapondo, portanto, as teorias absolutas – retributivas – e relativas (preventivas) (GRECO, 2013, p. 476-477).

Assim, consolida-se no ordenamento jurídico brasileiro o Direito Penal mínimo, onde o Estado deve intervir minimamente nos conflitos sociais, mas quando fizer, o fará com veemência, sem espaço para a impunidade, de modo que consolide a confiança da sociedade no aparato estatal, mantendo-se, portanto, a devida ordem jurídica (NUCCI, 2013, p. 405).

Torna-se indiscutível, portanto o posicionamento do legislador pátrio que, seguindo as tendências do direito moderno, adotou uma postura mais humanizada em relação ao direito penal, através da criação de um sistema progressivo de cumprimento de pena, conforme se verá em momento oportuno, além de objetivar, a partir desse novo olhar, uma reeducação do condenado, ao menos, na teoria, para que seja diminuído o choque existente quando da restituição, na integralidade, da liberdade do condenado, e este estará no convívio social sem que haja a necessidade do acompanhamento estatal.

### **3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E DA CASA DE ALBERGADO**

Compreendidas as teorias justificativas da razão de punir do estado, bem como as finalidades que se almeja com a imposição de uma sanção, é necessário compreender a origem histórica da positivação legislativa dos preceitos balizadores ao direito de punir estatal, que, ao longo dos tempos, passou a desempenhar cada vez mais uma função controladora à atividade punitiva do Estado.

Conforme preceitua Mirabete (2017, p. 5), a primeira tentativa de uma codificação que tratasse sobre normativas para a execução penal, foi bastante tardia, já em 1933, onde surgiu o projeto de Código Penitenciário da República, elaborado por Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho, que chegou a ser publicado no Diário do Poder Legislativo, no Rio de Janeiro (capital do país à época), edição de 25 de fevereiro de 1937.

No entanto, em 07 de dezembro de 1940, é promulgado o decreto-lei 2848 – Código Penal Brasileiro – que se mostrou, em vários aspectos, incompatível com o projeto de código penitenciário proposto anos antes, o que fez com que este fosse abandonado. Porém, a doutrina da época clamava por uma regulamentação estatal para a execução da pena, que não era



devidamente abordada nem no Código Penal, nem no Código de Processo Penal (MIRABETE, 2017 p. 5).

Assim, houve a tentativa do célebre jurista e Vice-presidente da República à época, Oscar Stevenson, de trazer o lume de seu anteprojeto de Código de Execuções Penais, que não chegara nem sequer à fase de revisão, porém, por motivos desconhecidos, Stevenson abandonou a ideia. Já em 1963, foi a vez do notável Roberto Lyra resgatar seu anteprojeto legislativo, que também, restou abandonado em face do movimento político militar que eclodiu no Brasil em 1964 (BRASIL, 1984).

Nessa época, questionava-se ainda a constitucionalidade da competência legislativa da União para tratar das regras jurídicas fundamentais do sistema penitenciário, de modo a dificultar as tratativas que objetivavam a unificação, no ordenamento jurídico brasileiro, da política penal executiva (BRASIL 1984).

Deste modo, o Governo da República contentou-se, a partir de um projeto de 1951- proposto pelo deputado Carvalho Neto- com a promulgação da lei 3.274, em 02 de outubro de 1957, que dispunha sobre normas gerais sobre o regime penitenciário. Porém, este dispositivo tornou-se letra morta no ordenamento jurídico nacional, por não prever sanções ao descumprimento dos princípios e regras contidos na lei, comprometendo, severamente, sua eficácia (MIRABETE, 2017, p. 5).

Já em 1970, no dia 29 de outubro, o professor José Carlos Moreira Alves, à época coordenador da Comissão de Estudos Legislativos, encaminhou ao Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, o texto do mais novo anteprojeto de Código de Execuções Penais, elaborado pelo professor Benjamin Moraes Filho e revisto pela comissão coordenada por José Carlos Moreira Alves, que contemplava, também, os professores José Frederico Marques e José Salgado Martins (BRASIL, 1984).

Na exposição de motivos deste último Anteprojeto, os autores demonstraram, com bastante veemência, a pertinência constitucional da União

para legislar sobre o tema, através da edição de um Código de Execuções Penais. Esta posição fora sustentada bravamente pelos autores na Comissão Parlamentar de Inquérito, instituída na Câmara de Deputados em 1975, para apurar a situação penitenciária do Brasil (BRASIL, 1984).

Para os autores, a doutrina nacional evoluiria no sentido de reconhecer a constitucionalidade da União para legislar sobre o tema, uma vez que a etapa de cumprimento da pena ou medida de segurança não se dissocia do Direito Penal, mas, ao contrário, é esteio central deste sistema. Assim, mostrava insustentável e ilógica a ideia de ter-se um Código Penal unificado e a execução penal regular-se por dispositivos legislativos regionais (BRASIL, 1984).

Neste norte, sustentou-se que:

Uma lei específica e abrangente atenderá a todos os problemas relacionados com a execução penal, equacionando matérias pertinentes aos organismos administrativos, à intervenção jurisdicional e, sobretudo, ao tratamento penal em suas diversas fases e estágios, demarcando, assim, os limites penais de segurança. Retirárá, em suma, a execução penal do hiato de legalidade em que se encontra. (Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao nº 61, de 4-6-1976, p. 9).

Finalmente, 11 anos após a última tentativa frustrada de aprovação de um projeto de Código de Execuções Penais, em 1981, o Ministro da Justiça instituiu uma comissão composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto, que apresentou o anteprojeto da nova Lei de Execução Penal (MIRABETE, 2017, p. 6).

Em 22 de julho de 1981, é publicado o anteprojeto elaborado pela comissão, que recebeu sugestões e fora entregue à comissão revisora, composta por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria

e Ricardo Antunes Andreucci, que contaram, ainda, com o auxílio dos professores Everardo da Cunha Luna e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. Já em 1982, o trabalho da comissão é apresentado ao Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel (MIRABETE, 2017, p. 6).

Apenas em 29 de junho de 1983, através da mensagem nº 242, o Presidente João Figueiredo encaminhou o projeto ao Congresso Nacional, para votação. Sem nenhuma alteração significativa, o projeto é aprovado e nasce então a Lei de Execução Penal, que ganhou o número 7.210, promulgada em 11 de julho de 1984 e publicada no dia 13 seguinte, entrando em vigor juntamente com a lei de reforma do Código Penal, em 13 de janeiro de 1985 (MIRABETE, 2017, p. 6).

Referente à casa de albergado, conforme preceitua Mirabete, (2017, p. 289), tem-se o primeiro registro de vislumbre das vantagens de um regime de semiliberdade para o cumprimento da pena de prisão, em 1841, quando John Augustus, um rico sapateiro de Boston, solicita à Corte a entrega de alguns delinquentes a sua responsabilidade, em troca de trabalho e de assistência direta. O pedido é atendido, e alguns condenados passam a trabalhar na sapataria de John, livrando-se do ócio carcerário.

Na esfera legislativa, nota-se alguns precedentes do regime de semiliberdade para cumprimento de pena, no decreto francês de 25 de fevereiro de 1852 e no Código Penal Italiano de 1898. Porém, sem sombra de dúvidas, o divisor de águas para os antecedentes práticos desse regime foi a conferência de Budapeste, já no ano de 1905 (MIRABETE, 2017, p. 289).

As experiências mencionadas são consideradas um ponto de partida para aquilo que passou a ser denominado como “prisão aberta” e tem se surgimento em meados de 1930, nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, diferentemente do que já ocorria em países como Dinamarca e Inglaterra, que se tratava, em verdade, de prisão semiaberta, ou *probation system*, no caso desta última. Por fim, tem-se como responsáveis pela consagração, em definitivo,

do regime aberto, os congressos de Haia (1950), e das Nações Unidas, em Caracas, no ano de 1955 (MIRABETE, 2017, p. 289).

No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão albergue foi instituída, oficialmente, em 24 de maio de 1977, com a promulgação da lei nº 6.416, que alterou dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei das Contravenções Penais. Além disso, com a promulgação da lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), o legislador pátrio implantou, em definitivo, a figura do regime aberto para cumprimento de pena, que deverá ser cumprido em estabelecimento próprio, denominado Casa de Albergado, conforme se verá a seguir (MIRABETE, 2017, p. 289).

Deste modo, estabeleceu-se, no artigo 93 da lei 7.210/84, que a casa de albergado se destina ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e das penas de limitação de fim de semana (prevista no artigo 48 do Código Penal). Nesse norte, constata-se a intenção do legislador de estabelecer uma simples prisão noturna, que não ofereça obstáculos à fuga do apenado, onde este somente se recolherá durante o período noturno e aos finais de semana (MIRABETE, 2017, p. 290).

Conforme estabelecido no artigo 36 do Código Penal Brasileiro, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Assim, o regime aberto, proposto pelo legislador pátrio, consiste em oferecer ao preso uma vida praticamente normal, onde deverá dedicar-se a atividades lícitas, tais como trabalho, estudo, e recolher-se à noite, ou quando não estiver exercendo nenhuma dessas ocupações (MIRABETE, 2017, p. 290).

Ademais, fora determinado nos artigos 94 e 95 da lei 7.210 (BRASIL, 1984), que há a necessidade de ter-se pelo menos uma casa do albergado em cada região, em centro urbano, separadas dos demais estabelecimentos prisionais, com instalações que contenham aposentos para abrigar os presos, local adequado para a realização de cursos e palestras, além de prever, o mais importante ao nosso ver, a necessidade de instalações para serviço de fiscalização e orientação dos condenados.

Assim, é admirável a atenção que o legislador teve em relação ao regime aberto, seguindo, como se viu, a tendência de outros países, na instituição de um regime de albergado, voltado à ressocialização gradual do apenado, através do amparo e acompanhamento estatal, para posterior restituição integral de sua liberdade.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DO REGIME ABERTO NA EXECUÇÃO PENAL, FRENTE AO IDEAL DO NEODEFENSISMO SOCIAL, PRESENTE NA LEI 7.210/84**

Como já mencionado em momento anterior deste trabalho, o legislador pátrio optou, ao elaborar a Lei de Execução Penal, por consolidar, no ordenamento jurídico nacional, uma política criminal um tanto quanto garantista, pautada no direito penal mínimo, sempre em observância aos direitos e garantias fundamentais do detento ou internado e no binômio entabulado no artigo 59 do Código Penal brasileiro, que estabelece a necessidade de prevenir o crime através da repressão.

Deste modo, já no artigo 1º da Lei de Execução Penal, preleciona-se que a execução penal terá por objetivo efetivar, estritamente, as decisões contidas na sentença penal, e promover a harmônica integração social do condenado, a fim de possibilitar uma vida fidedigna aos egressos do sistema penitenciário brasileiro, ao terem expiado o delito cometido, através de uma sanção, imposta pelo Estado (BRASIL, 1984).

Conforme preceitua Júnior (2008, p. 306), a partir do ideal de ressocialização, o legislador atribuiu ao Estado a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (artigo 10 e seguintes da LEP), de tal modo que, se bem realizada, a execução da pena figuraria como um verdadeiro instrumento de promoção social, garantidor da plena cidadania aos detentos e internados.

Nesse sentido, objetivando a readaptação gradual do condenado, até que se encontre, presumivelmente, em condições de se reinserir no

convívio social, a Lei de Execução Penal adotou um sistema progressivo para o cumprimento de penas privativas de liberdade, por onde o apenado passará de um regime mais gravoso para outro mais brando, desde que preenchidos alguns requisitos, até que tenha sua liberdade integral devolvida pelo Estado (MARCÃO, 2015, p. 158).

Assim, o legislador pátrio estabeleceu três regimes penais- fechado, semiaberto e aberto- que serão determinados pela espécie e quantidade de pena, pela reincidência, e pelo mérito do condenado, efetivando o ideal progressivo que se almejava e abandonando o critério da periculosidade do agente, presente na lei 6.416/77 e deixado de lado pela Lei de Execução Penal (BITENCOURT, 2016, p. 614).

O regime fechado, em regra, aplica-se como regime inicial a crimes mais graves, puníveis com pena de reclusão superior a oito anos e deve ser cumprido em estabelecimento penal de segurança máxima ou média; o semiaberto já apresenta uma natureza mais branda, aplicável, inicialmente, ao não reincidente, punido com pena superior a quatro anos e não excedente a oito e passa a devolver ao condenado, parte de sua liberdade, de modo que deve ser executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, finalmente, o regime aberto, que baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado, aplicável como regime inicial aos condenados a penas iguais ou inferiores a 4 anos, desde que não reincidentes. Aqui, como já visto, o apenado goza da liberdade praticamente em sua integridade, devendo recolher-se apenas durante o período noturno, em casa do albergado ou em outro estabelecimento penal adequado (BITENCOURT, 2016, p. 618-619).

Demonstrado, sucintamente, os possíveis regimes iniciais para cumprimento da pena, faz-se necessário uma abordagem acerca do sistema de progressão de regime presente no ordenamento jurídico brasileiro, que ocorre em etapas, havendo a necessidade da passagem por um regime intermediário (leia-se semiaberto), a fim de evitar-se o equívoco de progredir ao regime

aberto, um condenado que até então só cumpriu pena em regime fechado, em isolamento do convívio social (MIRABETE, 2017, p. 413).

Nesse sentido, acertadamente, o legislador pátrio estabeleceu, no artigo 112 da Lei de Execução Penal, a transferência para regime “menos rigoroso” quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior, aliado ao bom comportamento carcerário do apenado. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 491, que estabelece: “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”, apenas ratificando o que se inferia do dispositivo mencionado anteriormente (MIRABETE, 2017, p. 413).

Assim, para que haja a progressão de regime, devem coexistir os requisitos objetivos (fração de pena cumprida) e subjetivos (mérito do apenado). Deste modo, para a generalidade de delitos tem-se a necessidade de cumprimento de um sexto da pena; e para os crimes hediondos e equiparados, há um tratamento mais severo, que estabelece o cumprimento de ao menos dois quintos da pena para o réu primário, e três quintos para o reincidente (MARCÃO, 2015, p. 159).

Entendemos ser pertinente um breve adendo ao quesito temporalidade (critério objetivo) à progressão de regime. Muito embora já se tenha decidido em sentido contrário (STF, HC 69.975-RJ), atualmente já é pacificado na doutrina e jurisprudência pátria o entendimento de que o cálculo para a primeira progressão se dará pela integralidade da pena, ao passo que, para a concessão da segunda, deverá observar-se o tempo de pena restante, uma vez que, pena cumprida é pena extinta, como se infere, analogamente, no artigo 113 do Código Penal (MARCÃO, 2015, p. 160).

Nesse sentido, Mirabete (2017, p. 423), elenca outro ponto relevante no tocante ao sistema penal progressivo, onde demonstra-se que, havendo mais de uma pena cominada ao réu, calcula-se a progressão extraíndo a fração determinada pelo tempo da soma de todas as penas, e sem que haja a observância ao limite de 30 anos obtido pela unificação das penas, previsto

no artigo 75 do Código Penal. Corroborando o entendimento doutrinário predominante, o Supremo Tribunal Federal já decidiu a respeito, na Súmula 715, que aduz: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”

Como evidenciou-se até então, é perceptível que no atual sistema progressista, a maior parcela das penas privativas de liberdade (salvo em caso de reincidência em crime hediondo ou equiparado), é cumprida em regime aberto e que este é responsável pelo equilíbrio entre sanção e liberdade, de modo que deveria oferecer ao apenado a liberdade para trabalhar durante o dia, e recolher-se no período noturno e em finais de semana, na casa do albergado, onde receberia cursos e palestras que buscassem estimular a reintegração ao convívio social ou até mesmo a capacitação do apenado para atividades laborativas.

Assim, preocupou-se o legislador ao estabelecer como requisitos objetivos à progressão ao regime aberto, a necessidade do apenado: a) estar trabalhando, ou demonstrar, de maneira crível, a possibilidade de fazê-lo; b) possuir, comprovado através de exames que poderá ser submetido, antecedentes favoráveis e fundados indícios de que irá ajustar-se ao novo regime (MIRABETE, 2017, p. 504-505).

Não obstante, é facultado ao juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, sem prejuízo às gerais e obrigatórias, que são: a) permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; b) sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; c) não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial e d) comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado (BRASIL, 1984).

Para fixar condições especiais ao apenado, o juiz deverá levar em consideração a natureza do delito e as condições especiais do autor, impondo a ele condições idênticas às previstas para a suspensão condicional da penal



e para o livramento condicional. Salienta-se, porém, que essas condições facultadas ao juiz não podem limitar direitos constitucionais, senão os que decorrem da lei ou da sentença, observando as finalidades da pena e as condições pessoais do condenado (MIRABETE, 2017, p. 509).

Evidenciado as particularidades do regime aberto, é necessária uma reflexão acerca de sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, onde objetiva-se, como visto, além da punição ao infrator, a ressocialização deste. E é justamente em observância ao binômio punição-ressocialização, que teceremos algumas considerações julgadas pertinentes ao tema.

Inicialmente, cumpre lembrar que, na maioria dos casos, a maior parcela da pena é cumprida em regime aberto, dado o atual sistema progressivo abordado em linhas anteriores. Assim, extrai-se daí a primeira razão de se tratar com seriedade esta etapa do cumprimento da pena, posto que é aí que se afere, ou não, a condição do apenado retornar ao convívio social.

Porém, a realidade fática do sistema penitenciário brasileiro tem se demonstrado incompatível com o ideal almejado pelo legislador, na Lei de Execução Penal. Assim, são gritantes as deficiências existentes, que vão desde a falta e, por vezes, despreparo, de pessoal penitenciário e culminam com ausência de vagas em estabelecimentos penais adequados, predominante no Brasil (MARCÃO, 2015, p. 173).

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2015, haviam apenas vinte e três estabelecimentos destinados ao regime aberto, no Brasil. Ou seja, há menos de uma casa do albergado por unidade federativa e, aproximadamente 9.581 presos em regime aberto, causando uma notável incompatibilidade entre o modelo preconizado na Lei de Execução Penal e a situação atual do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2015).

Diante da lamentável realidade vivenciada no Brasil, com a inexistência de estabelecimentos adequados para o cumprimento de prisão albergue, restaram três duras possibilidades aos aplicadores do direito: admitir o alojamento noturno em celas de cadeias públicas; negar a concessão

do regime aberto, mesmo que o sentenciado apresentasse as condições necessárias; ou conceder a prisão domiciliar, com recolhimento noturno em sua própria residência (MIRABETE, 2017, p. 513).

Demonstrada a problemática existente e não havendo contrapartida estatal no sentido de ofertar os estabelecimentos adequados, as comarcas, juízos e tribunais passaram a conceder a denominada “prisão albergue domiciliar”, onde deve haver o recolhimento do apenado em sua própria residência, no período noturno e em finais de semana. Nota-se, portanto, que das opções possíveis, adotou-se àquela que, em tese, é mais benéfica ao apenado (MIRABETE, 2017, p. 513).

Nesse sentido, é importante trazer à tona o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse assunto, demonstrado no Recurso Especial 1187343-RS, julgado em 17 de março de 2011, onde foi estabelecido:

I. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime que faz jus o apenado, configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de casa do albergado [...]

Ocorre que, da mesma forma que o Estado não oferta os estabelecimentos adequados ao regime aberto, também não consegue promover uma fiscalização efetiva daqueles apenados que se encontram em prisão albergue domiciliar, de tal modo que, conforme preceitua Mirabete (2017, p. 513) – e demonstra-se adequada a colocação – esse instituto criado pelo judiciário configura, em verdade, uma forma velada de impunidade.

Não obstante, a inexistência de casas do albergado não afeta apenas as penas privativas de liberdade cumpridas em regime aberto, mas estende-se também às restritivas de direito, por duas razões, conforme se verá. A primeira delas diz respeito às penas de limitação de fins de semana, onde

o apenado também deveria recolher-se na casa do albergado, aos sábados e domingos, durante cinco horas diárias, poderia receber cursos, palestras ou outras atividades educativas, mas, o que muitas vezes ocorre – novamente – é a concessão de prisão albergue domiciliar, onde o réu deverá permanecer, aos moldes do que ocorreria na casa do albergado, em sua própria residência, agora, porém, sem qualquer realização de atividade educativa ou fiscalização do Estado (NUCCI, 2010, p. 594).

O segundo ponto digno de nota, referente às penas restritivas de direito, diz respeito ao descumprimento dessas e a consequente reprimenda criada pelo legislador nos diplomas penal e processual penal. No parágrafo 4º, do artigo 44 do Código Penal, preconizou-se que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...]

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

Diante disso, percebe-se que há, novamente, uma incoerência entre o ideal proposto pela lei e a realidade fática, justamente pelos requisitos exigidos a concessão da substituição de pena privativa de liberdade. Em análise, constata-se que: para que haja a substituição das penas, é necessário que o réu: a) seja condenado à pena privativa de liberdade não superior à 4 anos, e o crime não tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena, se o crime for culposo; b) o réu não ser reincidente em crime doloso; c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (BRASIL, 1940).

Nesse mesmo sentido, observa-se que, conforme o Código Penal, o réu que apresentar esses requisitos seria, se não houvesse substituição da pena

privativa de liberdade por restritiva de direitos, submetido ao cumprimento de pena em regime aberto, conforme estabelece o dispositivo contido no artigo 33, §2º, alínea c), do mencionado diploma (BRASIL, 1940).

Explicado, brevemente, sobre os requisitos que permeiam o regime aberto e a concessão da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário voltar à análise das linhas anteriores, especificamente àquelas em que explicamos sobre a sanção imposta ao apenado que descumprir as condições impostas na PRD. Dissemos, que aquele que violar as condições impostas pelo juiz, perderia o benefício da substituição e sua pena seria convertida em privativa de liberdade. Porém, como visto, mesmo que essa conversão ocorra, a pena passará a ser cumprida em regime aberto, devido à presença daquelas circunstâncias elencadas anteriormente (BRASIL, 1940).

E é aí que consiste a discrepância mencionada, pois ora, se o apenado descumprir suas restrições de direitos terá sua pena convertida em privativa de liberdade e a cumprirá em regime aberto, ou seja, conforme a realidade do regime aberto brasileiro, terá direito à prisão albergue domiciliar, e passará a cumprir sua pena em casa, sem qualquer fiscalização do Estado, naquela velha forma de impunidade velada que se referiu Mirabete (2017, p. 513).

Em uma breve análise de política criminal, vê-se aí que o Estado beneficia aquele que descumprir a sanção imposta pelo magistrado, justamente por deixar de oferecer estabelecimentos adequados ao regime aberto. O que deveria ocorrer, em verdade, é o contrário. E parece ser esta a intenção do legislador, quando estabeleceu a conversão em pena privativa de liberdade para aqueles que descumprissem as restrições de direitos, no intuito de asseverar a pena cumprida, estimular o cumprimento da lei; e jamais, abrandar a pena em caso de descumprimento desta, acabando por estimular comportamentos contrário à ordem jurídica (BRASIL, 1984).

Exposta a trágica realidade do regime aberto no ordenamento jurídico brasileiro, convém agora, traçar um paralelo com os ideais neodefensistas

almeçados pelo legislador, na elaboração de Lei de Execução Penal, onde será possível inferir a compatibilidade, ou não, do modelo proposto com a realidade fática.

Surgida no Pós Segunda Guerra, a Nova Defesa Social surge com o objetivo de oferecer uma alternativa ao sistema penal fascista, dogmático e retrógrado até então vigente. Assim, conforme preceitua Pimentel (1973, p. 16), o Neodefensismo Social pode ser resumido em três objetivos precípuos: a) o afastamento do caráter meramente expiatório da pena; b) a transformação da pena em um meio de melhoramento – ou reeducação – do delinquente, além do caráter preventivo e retributivo; e c) a humanização do tratamento penal.

Nota-se que dentre os objetivos propostos pela escola da Nova Defesa Social, não há nenhum que trate da impunidade aos delinquentes, ou mesmo do abrandamento das sanções impostas. Muito pelo contrário, fala-se em buscar a punição com eficiência, através da prevenção, retribuição e reeducação do apenado, atentando sempre ao respeito às garantias e direitos fundamentais do apenado (GOMES NETO, 2000, p. 41).

Nesse sentido, apontam-se como vantagens do regime aberto – quando cumprido em estabelecimento adequado – a) a melhora da saúde física e mental do apenado, pela vida ao ar livre e o maior contato com ambientes abertos; b) aumento da disciplina, em virtude do aprimoramento da responsabilidade social e do senso de autodisciplina do condenado; c) possibilidade de contato exterior com a família e exercício de seu autodomínio, a partir do momento em que o apenado trabalha por sua própria decisão, não foge, nem embriaga-se, etc (MIRABETE, 2017, p. 290-291).

Conforme demonstrou-se, há uma profunda identidade entre benefícios oferecidos pelo regime aberto no cumprimento de penas privativas de liberdade e os ideais propostos pela Nova Defesa Social – modelo adotado pelo legislador na edição da lei 7.210 de 1984 – porém, decorrente da despreocupação do Poder Público em relação à execução penal, tem-se o regime aberto fadado ao fracasso, e a reeducação do condenado, que tanto

se objetiva e se daria – precipuamente – no regime aberto, acaba tornando-se completamente inviável, posto que da maneira que funciona, este acaba por possibilitar ao condenado um cumprimento de pena desassistido pelo Estado, além de comprometer a sanção imposta ao descumprimento de penas restritivas de direitos, como vimos.

## 5 CONCLUSÃO

De acordo com o que se observou ao longo deste trabalho, existem diferentes teorias para justificar a razão de punir do Estado, com o consequente estabelecimento de finalidades à pena, ou seja, teorias que estabelecem qual o efeito que se almeja ao aplicar uma sanção a um delinquente e que impacto isso trará à sociedade e ao indivíduo, em específico.

A partir do momento em que se conhece essas diferentes correntes de pensamento do direito penal, é possível localizar onde se posiciona o ordenamento jurídico brasileiro, que como se viu, adotou a teoria mista, que almeja fins retributivos e preventivos à pena, através de um direito penal mínimo, limitado pelos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Com isso, percebe-se que o legislador estabeleceu a necessidade de a pena reeducar, para reinserir o condenado ao convívio social, ao mesmo passo em que também se almeja oferecer à sociedade e à vítima do delito uma retribuição pelo mal cometido, através de uma punição que guarde proporcionalidade à lesão causada ao bem jurídico.

Desse modo, adotou-se o sistema de execução penal progressivo, onde o apenado passa a ter sua liberdade devolvida de maneira gradual, progredindo de um regime mais gravoso para um mais brando – desde que atendidos alguns requisitos, como se viu – para então gozar de sua liberdade plenamente, sem que haja necessidade de fiscalização estatal.

Teoricamente, vê-se aqui um modelo quase que perfeito de execução penal, onde o condenado – se tivesse sua pena executada da maneira prevista em lei – teria um largo amparo estatal para alcançar a sua reinserção na sociedade, e, quiçá, até mesmo deixar de incidir em condutas delitivas.

Porém, o que ocorre na prática é um enorme descaso do Poder Público em relação à execução penal, onde os investimentos em instituições adequadas aos diferentes regimes são ínfimos, de modo a existir um enorme déficit de vagas, criando um regime fechado caótico, com uma superlotação extrema, um regime semiaberto tão preocupante quanto; e um regime aberto inexistente, praticamente.

Como se viu, o regime aberto deveria ser cumprido em casas do albergado, onde haveria, mesmo que pouca, alguma fiscalização por parte do Estado no cumprimento da pena. Porém, com os 23 estabelecimentos desse gênero em funcionamento no Brasil, vê-se que é irrisória a quantidade de condenados que cumprem pena em regime aberto no inteiro teor da Lei de Execução Penal, posto que não há nem uma casa do albergado para cada unidade federativa.

Em virtude disso, por uma interpretação extensiva da LEP, criou-se a trágica praxe de conceder o direito à prisão albergue domiciliar aos apenados do regime aberto que não conseguirem vagas em casas do albergado (ou seja, a esmagadora maioria dos condenados que se encontram nesse regime).

Nota-se que essa realidade é basicamente uma declaração de falência do Estado, pois o mesmo Poder Público que edita uma lei para regular a execução penal, também a ignora, por completa despreocupação com um assunto que, conforme evidenciou-se ao longo deste trabalho, deveria ser merecedor de atenção especial, frente aos problemas sociais que acaba por desencadear.

Com o atual sistema de progressão de regimes, a maior parcela da pena – salvo em casos de reincidência em crimes hediondos – é cumprida em regime aberto, como expusemos em linhas anteriores. E é nesse regime

em que, teoricamente, começa a ser despertado no apenado o senso de responsabilidade, da autodisciplina, elementos essenciais à reinserção do condenado ao convívio social.

Porém, nessa realidade lamentável que se encontra o Brasil, o apenado é deixado ao seu bel prazer, em sua residência, sem qualquer fiscalização eficiente do Estado. É preciso lembrar, porém, que o delinquente que se encontra em regime aberto, assim está por ter cometido um crime, e ser submetido a uma pena.

Mas, infelizmente, o que ocorre na prática, é que ao chegar ao regime aberto, o caráter de pena – punição – que o condenado deveria experimentar é perdido em sua integralidade. Pode-se concluir então, que é aí que reside o maior problema, pois o Estado deve punir com seriedade, a fim de estimular a crença social no ideal de justiça que tanto se almeja. Além disso, é necessário que o condenado sinta que está submetido a uma sanção e não em uma colônia de férias, pois só assim terá despertada em sua consciência a inviabilidade da atividade criminosa.

Não obstante, viu-se que a ausência de casas do albergado não compromete só penas privativas de liberdade, no regime aberto, mas também penas restritivas de direito, seja a limitação de finais de semana ou qualquer outra PRD, quando descumprida imotivadamente. Aqui se constata uma realidade ainda mais contraditória, pois na prática, o condenado à pena restritiva de direito não possui motivo algum para cumprir, fielmente, as condições impostas, considerando que, se descumprir, será “condenado” a cumprir o resto de sua pena em sua própria residência, sem nenhuma fiscalização estatal.

Tornou-se patente, portanto, a completa ineficácia do regime aberto na execução penal, da forma como é realizado no Brasil, posto que, das finalidades almejadas com a pena, evidenciou-se que não se alcança nenhuma, em virtude da omissão do Poder Público em relação aos estabelecimentos



adequados a este regime, além do fato de todo o ideal neodefensista social, presente intrinsecamente na LEP, cair por terra com essa realidade.

Não há o menor sentido em manter essa letra morta da Lei de Execução Penal que trata do regime aberto e suas particularidades, se o próprio Poder Público recusa-se a cumpri-la, por motivos que fogem ao alcance da compreensão, pois até mesmo financeiramente, demonstra-se um regime bastante viável, posto que a estrutura necessária para o funcionamento de uma casa do albergado é muito simples, e não acarretaria grandes gastos ao erário, além de não haver necessidade de grande material humano para manutenção desta.

Constata-se, portanto, ser mais adequado que, com a atual realidade, haja um regime semiaberto dividido em duas etapas, uma onde o condenado cumpre este regime, propriamente dito, e outra, um pouco mais branda, onde o indivíduo cumprirá a parcela destinada ao regime aberto, com maior foco à devolução do condenado ao convívio social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei. n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília, DF, 20 de jul. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79914-conheca-os-diferentes-tipos-de-estabelecimentos-penais>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Geopresídios*. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Brasília, DF, 2014. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php). Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1187343 / RS. PENAL. RECURSO ESPECIAL. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. PRISÃO DOMICILIAR. DEFERIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz jus o apenado, configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, [...] Relator: Gilson Dipp, 17 de março de 2011. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 04 abr. 2011. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1187343&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1187343&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 715, de 13 de outubro de 2003. A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 13 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2548>. Acesso em: 14 set. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES NETO, Pedro Rates. *A prisão e o Sistema Penitenciário: uma visão histórica*. Canoas: Ulbra, 2000.

GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCHI JUNIOR, Antônio de Pádova; PINTO, Felipe Martins. *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução Penal: comentários à lei 7.210, de 11-7-1984*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e Pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



# INFLAÇÃO LEGISLATIVA: (IN)VALIDADE E (IN)EFICÁCIA NORMATIVA

Frederico Davi Becker<sup>1</sup>

Leonardo Sanguanini<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo discorre sobre o fenômeno jurídico da inflação legislativa, abordando suas possíveis causas e consequências sob o prisma da (in)validade e (in)eficácia normativa. Sendo certo que, quanto mais progride uma sociedade, e com ela o direito, tanto mais se multiplica o número de leis, tal fato pode ser visto como uma consequência natural, uma vez que as relações sociais (em todos os aspectos) tornam-se cada vez mais complexas e, portanto, carecedoras de regulamentação jurídica, de modo que o direito, por sua própria razão de existir, busca manter a sociedade ordenada e pacífica. Ocorre que nos últimos anos houve um aumento considerável de atuação legislativa, e centenas de milhares de novas leis e normas positivas foram e estão sendo criadas, uma situação que foge à normalidade, dando-se a este fenômeno o nome de inflação legislativa. Sendo assim, este trabalho leva em conta esta conjuntura de fatores naturais e viciosos na criação normativa, para buscar evidenciar se de fato existe no Brasil uma situação de inflação legislativa, bem como sua inter-relação de causa e efeito com a (in)validade e (in)eficácia das normas.

**Palavras-chave:** Inflação legislativa. Análise. Causas. Consequências. Validade normativa. Eficácia normativa.

## 1 INTRODUÇÃO

Quanto mais evolui uma sociedade, e com ela o direito, tanto mais se multiplica o número de leis. Tal fato pode ser visto como uma consequência natural, uma vez que as relações sociais (econômicas, morais, éticas,

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; fredebecker@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina; leonardo.sanguanini@unoesc.edu.br

tecnológicas, etc.) tornam-se cada vez mais complexas e, portanto, carecedoras de regulamentação jurídica, de modo que o direito, por sua própria razão de existir, busca manter a sociedade ordenada e pacífica.

Para muitos, este é o tempo da “pós-modernidade” – termo popularizado pelo francês Jean-François Lyotard (1924-1998), ao considerar que é o período em que todas as grandes narrativas (visões de mundo) entram em crise e os indivíduos estão livres para criar tudo novo. Já para o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (1925-2017), a vida da sociedade/modernidade líquida apresenta mudanças e fluidez de ideias que acontecem num ritmo intenso, impossível de conservar a mesma forma por muito tempo.

O fato é que, junto à essas inevitáveis e rápidas mudanças, nasce a necessidade de exercer controle jurídico no intento de perpetuar o Estado Democrático de Direito, bem como manter a ordem, a paz social, a garantia de direitos fundamentais e o cumprimento de deveres civis.

Diante disso, nos últimos anos houve um aumento considerável de atuação legislativa, e centenas de milhares de novas leis e outras figuras legais foram e estão sendo criadas, uma situação que foge à normalidade, e que se convencionou chamar de inflação legislativa. A causa disso é multiforme, como seus efeitos, e é justamente em torno deste fenômeno sobre o qual a pesquisa e o desenvolvimento do trabalho acontecem.

A pesquisa será do tipo teórico e bibliográfico, cujo método a ser utilizado será o dedutivo, uma vez que a análise do tema se dará a partir de elementos e dados históricos, além de livros filosóficos jurídicos. Os procedimentos para a abordagem do tema partirão de uma ampla análise de livros, artigos e estudos feitos sobre o tema de inflação legislativa, bem como sobre eficácia e validade normativa. Após a análise, verificar-se-á qual a correspondência da validade e eficácia normativa frente ao fenômeno de inflação legislativa, e mais, procurar-se-á analisar se existem meios de solucionar os problemas daí advindos, neste sentido, será feito o estudo do que vem a ser a logística.

Para o sucesso do trabalho, em um primeiro momento se evidenciará a existência da inflação legislativa através de dados numéricos. Após, será feito o estudo dos conceitos de validade e eficácia normativa, e como todos estes elementos se inter-relacionam.

Por fim, depois de analisado todos os dados pertinentes ao caso, pretende-se concluir que a (in)validade e (in)eficácia normativa podem ser causa, bem como como consequências do fenômeno jurídico da inflação legislativa, e ainda, se há alternativas para frear este ímpeto legislativo inflacionário do estado brasileiro.

## 2 INFLAÇÃO LEGISLATIVA EM NÚMEROS

Preliminarmente, é importante evidenciar o ‘problema de pesquisa’ que se pretende estudar. Considerando que, para os fins deste artigo interpreta-se o termo “inflação legislativa” como o aumento geral, sistêmico e contínuo de normas, parece sensato comprovar sua existência utilizando-se de bases numéricas.

Deste modo, para ilustrar o tema, cola-se trecho da matéria do jornal O Estado de São Paulo, em editorial publicado em 20 de abril de 2002 (SANT’ANNA, 2002):

Matéria de nossa edição de domingo passado - de autoria de Lourival Sant’Anna -, com base em dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário e em depoimentos de juristas, nos fornece a precisa e espantosa dimensão dessa hipertrofia do ordenamento jurídico brasileiro, para a qual pode concorrer um complexo de causas, que vão do patrimonialismo colonial ao corporativismo, da inadequação das leis ao momento histórico em que são criadas ao puro efeito da demagogia populista, do rigor nominal das sanções e penas à plena sensação de impunidade. Para se ter uma idéia de nossa produção alucinada de regras legais, tomemos por base apenas o período iniciado com a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. Temos então, na legislação

federal: 41 emendas constitucionais (por coincidência, 41 é o número médio diário das normas legais criadas no País), 55 leis complementares, 2.738 leis ordinárias, 6.144 Medidas Provisórias, 7.181 decretos e 78.422 normas complementares (que compreendem portarias, instruções, atos normativos, ordens de serviços, pareceres normativos, etc.). Na legislação estadual temos 1.727 leis ordinárias, 3.148 decretos e 102.365 normas complementares. E nas municipais temos 77.336 leis ordinárias, 116.004 decretos e 1.392.048 normas complementares. Indaguemos agora: Como é possível, no Brasil, adotar-se o princípio jurídico, segundo o qual a falta de conhecimento da lei não desobriga ao seu cumprimento? A resposta dá o jurista e filósofo Miguel Reale, quando afirma: “É uma ficção jurídica dizer que não se pode alegar inocência por desconhecimento da lei.” E acrescenta: “O mais grave é que não é de conhecimento nem dos que deveriam conhecê-la, como os governantes e os governados mais esclarecidos, incluindo os juízes e advogados.

Complementado a informação acima, o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2017) divulgou levantamento das normas publicadas desde a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 até o ano de 2017, tendo chegado ao significativo número de 5,4 milhões de figuras normativas, promulgadas nas esferas federal, estadual e municipal, o que representa cerca de 769 normas por dia útil, entre leis, medidas provisórias, instruções normativas, emendas constitucionais, decretos, portarias, atos declaratórios, entre outras.

Para especificar ainda mais a atuação legislativa dos entes federados, o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário calculou que, no âmbito federal, foram editadas 164.639 normas desde a promulgação da Constituição Federal, 6 emendas constitucionais de revisão, 97 emendas constitucionais, 2 leis delegadas, 101 leis complementares, 5.731 leis ordinárias, 1.412 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 12.292



decretos federais e 139.506 normas complementares (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.).

Em média, foram editadas 16,11 normas federais por dia ou 23,14 normas federais por dia útil em um período de 29 anos (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2017).

Quanto aos estados, foram editadas 1.549.106 normas, sendo 355.322 leis complementares e ordinárias, 515.307 decretos e 678.477 normas complementares.

Em média foram editadas 151,58 normas por dia ou 217,76 normas por dia útil, em nível estadual. No período verificado, em média, cada Estado editou 57.374 normas, o que dá 5,61 norma/dia ou 8,07 norma/dia útil (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2017b).

Já no que diz respeito aos Municípios, foram editadas 3.965.412 normas, divididas em 679.780 leis complementares e ordinárias, 753.320 decretos, e 2.532.312 normas complementares.

Em média, os municípios brasileiros editaram 388,01 normas por dia ou 557,44 normas por dia útil. Assim, considerando que existem 5.567 municípios no Brasil, cada um deles editou, em média, 712,31 normas no período (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2017b).

Além do mais, merece ser destacado que historicamente o Estado brasileiro possui um ímpeto legislativo inflacionário, porquanto desde a proclamação da independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, já foram promulgadas 7<sup>3</sup> Constituições Federais, cada qual com um projeto de país, com princípios e valores próprios, todas elas necessitando de atos normativos complementares para garantir, ou tentar garantir, o pleno exercício dos comandos constitucionais.

---

<sup>3</sup> Constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Alguns consideram como uma oitava Constituição a Emenda nº 1, outorgada pela junta militar, à Constituição Federal de 1967, que teria sido a Constituição de 1969.

Não fosse o suficiente, a atual Constituição Federal de 1988 possui atualmente 99 emendas constitucionais ordinárias, 6 emendas constitucionais de revisão e 1 tratado internacional aprovado na forma do art. 5º, §3º<sup>4</sup> da Constituição.

Para complementar, oportunas as palavras do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2009, p. 47):

Na acidentada trajetória institucional do Estado Brasileiro, o elevado número de Constituições não diluiu sequer a quantidade de emendas e remendos, de boa e má inspiração, que buscaram adaptá-la a um figurino cada vez mais disforme. A Carta de 1967, em certa de vinte anos, viu-se esgarçada por 27 emendas.... Mas, na verdade, o pior ainda estava para vir: a Constituição de 1988, às vésperas de completar sua maioridade, já havia sofrido aproximadamente meia centena de emendas, na estatística espantosa de cerca de duas emendas e meia por ano.

Ainda, não bastando os números acima narrados, é possível relacionar a inflação legislativa ao fato da República Federativa do Brasil ter uma política de grande intervencionismo, isto é, assume a responsabilidade, por meio de suas instituições públicas, de atuar nas mais diversas áreas da sociedade.

Para se ter uma ideia, falando apenas no âmbito da União, são 29 pastas ministeriais, 149 Empresas Estatais (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO, 2017a) (sem mencionar as diversas autarquias e demais entes da administração pública direta e indireta), e ainda há as esferas do poder Legislativo e Judiciário, sendo que cada uma destas instituições necessita de regulamentação, portarias, instruções normativas, etc.

---

<sup>4</sup> Artigo 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

Nestes moldes, a gestão de uma máquina pública que apresenta tão vasta estrutura exige um sistema burocrático<sup>5</sup> de equivalente envergadura, o resultado: desde 1988 até 30/09/2017, quase 140.000,00 normas complementares foram editadas (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.) (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2017b).

Ademais, o custeio do funcionalismo público e da onipresença estatal se dá, na maioria dos casos, por meio de tributos; atualmente a carga tributária representa aproximadamente 33% do PIB do país. E sendo assim, para fazer frente às necessidades das instituições públicas, desde 05 de outubro de 1988, em matéria tributária foram editadas 377.566 normas, são mais de 1,92 normas tributárias por hora (dia útil), além da criação de inúmeros tributos, como por exemplo a CPMF, COFINS, CIDES, CIP, CSLL, PIS IMPORTAÇÃO, COFINS IMPORTAÇÃO, ISS IMPORTAÇÃO (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2017b).

De outro prisma, remetemo-nos a lição de Gustavo Binenbojm (2006):

[...] com a crise do Estado liberal-burguês e advento do Welfare State, assistiu-se a um vertiginoso processo de “inflação legislativa”. O Estado que antes se ausentava do cenário das relações econômicas e privadas, foi convocado a intervir nesta seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas com frequência cada vez maior. Uma das conseqüências desta volúpia legiferante foi exatamente a desvalorização da lei.

Diante deste quadro de hipertrofia legislativa, a dúvida que surge é como este fenômeno jurídico se inter-relaciona com os critérios de (in)validade

---

<sup>5</sup> O termo **Burocracia** é muito utilizado na sociologia das organizações para abordar estruturas de organização compostas por regras, procedimentos, divisão de responsabilidades, especialização do trabalho, hierarquia e relações impessoais. Sua própria definição do modelo de aplicação é motivo para as críticas populares, que condenam o excesso de regras, divisões e as práticas que são redundantes e apenas atrasam o funcionamento de todo o sistema.

e (in)eficácia das normas, e até que ponto estes são causa e/ou consequências daquele.

### 3 (IN)EFICÁCIA E (IN)VALIDADE NORMATIVA

Conforme exposto, diante do quadro apresentado acima no qual se buscou evidenciar a existência do fenômeno da inflação legislativa, quer-se agora investigar suas possíveis causas e consequências, bem como sua inter-relação com a (in)validade e (in)eficácia das normas.

Oportuno se faz ressaltar que o estudo do que vem a ser validade e eficácia normativa é de interesse das mais diversas áreas do saber jurídico, tais como a Sociologia do Direito, História do Direito, Axiologia Jurídica e Deontologia Jurídica. Fácil perceber que se trata de tema de enorme complexidade, ao qual não se pretende adentrar muito a fundo, sob o risco de cometer grosserias pretenciosas e acabar em desencontro com os estudos feitos por inúmeros jusfilósofos.

Ademais, o tema central de discussão reside no fenômeno da inflação legislativa, vista sob o prisma da eficácia e validade normativa; e para o êxito do estudo será utilizada a concepção feita pelo filósofo do direito Miguel Reale (2002, p. 114), que assim entende:

Validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo. A eficácia, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao reconhecimento (Anerkennung) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento.

Nos termos supra, podemos entender por validade normativa a observância dos critérios formais de elaboração do ato normativo; enquanto

eficácia normativa se mostra na *ratio legis*, isto é, na razão de ser da lei e na sua potencialidade de alcançar o resultado a que se destina.

### 3.1 (IN)VALIDADE NORMATIVA

Conforme já dito, podemos entender por validade normativa a observância dos critérios formais de tramitação do ato normativo; sua perfeita elaboração, proposta por autoridade competente, quórum de aprovação, sanção, promulgação e publicação.

Além disso, a validade também tem relação com a harmonia e respeito da lei ou ato normativo com todo o ordenamento jurídico, principalmente com os comandos de maior hierarquia, devendo, portanto, estar em sintonia lógica com todo o sistema normativo. Além disso, a norma para ser válida deve ser fundamentada sob critérios éticos, coerentes e lógicos, com observação das prerrogativas de competência e com respeito a todo o aparato normativo vigente.

Neste ponto, percebe-se que a validade se aproxima da eficácia normativa, pois o ordenamento jurídico deve a todo momento se complementar e melhorar-se, para que possa estar de acordo e ir ao encontro dos objetivos da República.

Neste sentido, observa Hans Kelsen (2000, p. 58) que “Uma norma não é válida porque eficaz; é válida se a ordem a que pertence é, no seu todo, eficaz.”

E complementa Reale (2002, p. 591):

É nessa ordem de ideias que se põem outros aspectos da validade, como, por exemplo, o problema das regras jurídicas imperfeitas, pois, a rigor, devem ser consideradas perfeitas só as normas de Direito dotadas de fundamento ético e que, originadas de um processo coerente e lógico de competências, sejam efetivamente obedecidas pelos membros de uma convivência: nelas, por conseguinte,

atende-se a exigências axiológicas, psico-sociológicas e técnico-formais.

No que se refere à validade normativa e sua inter-relação com a inflação legislativa, podemos deduzir que uma das causas é a elaboração descuidada de figuras legais, além do desconhecimento jurídico por parte daqueles que se incumbem da tarefa de criação legislativa (critérios de validade) – tomando-se como exemplo da criação, em determinado município, de atos normativos em desacordo com a Constituição Federal ou Estadual, ou além das suas competências legais – conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, artigos 22, 24 e seguintes.

Por conseguinte, tal descuido e/ou desconhecimento acarreta no aumento considerável, ano após ano, de ações diretas de inconstitucionalidade impetradas perante o Supremo Tribunal Federal; estima-se que durante 20 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais de 4 mil ações foram propostas (VASCOCELLOS, 2012). E de cada 10 leis avaliadas em ADIs pelo STF 6 são inconstitucionais (CONSULTOR JURÍDICO, 2015).

Neste sentido, a notícia divulgada no site do Supremo Tribunal Federal:

STF registra aumento de 351% no número de ADI, ADC e ADPF julgadas em 2014. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em 2014, 181 ações de controle concentrado, nas quais analisa a constitucionalidade de atos locais ou federais. O número é mais de três vezes a quantidade julgada em 2013 (51). O colegiado proferiu decisões em 166 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), 14 arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) e uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

Assim, fácil perceber que os vícios formais na elaboração de normas e o desrespeito a critérios de validade, seja no descuido na redação textual, no antagonismo com normas de maior hierarquia, na indevida supressão

de competências, ou ainda, na proliferação de legisladores desajuizados - que quando o assunto é legislar, conforme metáfora de Nelson Hungria (empregada na década de 1950 ao criticar uma nova lei de imprensa local), tem “coceira de urticária; quando mais se coça mais tem vontade de se coçar”, são todas essas causas diretas e imediatas do fenômeno de inflação legislativa.

### 3.2 (IN)EFICÁCIA NORMATIVA

Quanto à eficácia normativa, esta pode ser entendida como a real potencialidade do ato normativo alcançar o resultado que se pretende, sobretudo, de paz, justiça e ordem social.

Para tanto, é necessário muito cuidado na elaboração normativa. Primeiramente no aspecto subjetivo, pois se deve buscar sempre agir de maneira ética, com fundamento nos valores e esquemas de conduta considerados como necessários pelo corpo social; isso tudo para que a lei possa vir a corresponder aos anseios dos cidadãos e ter a devida ressonância quando adentra na sociedade.

Por isso, o ato normativo nascido puramente do arbítrio do legislador, seguindo valores aparentes, pode fazer nascer normas jurídicas imperfeitas, que não serão efetivamente obedecidas e cumpridas pelos membros da sociedade, por não reconhecerem nelas critérios suficientes que justifiquem o seu cumprimento e a razão de sua obrigatoriedade.

Neste sentido, esclarece Reale (2002, p. 594):

A regra jurídica, portanto, deve ter, em primeiro lugar, este requisito: deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida ou por ela reclamados.

Ainda, pode ocorrer que o legislador, no atuar de suas atribuições, procure alcançar e produzir certo resultado, mas quando a figura normativa criada entra no seio social se mostra insuficiente e incapaz de alcançar o alvo cominado, podendo, inclusive, realizar fins completamente diversos e imprevistos.

Neste sentido, segundo Montesquieu (2000, p. 602), há leis que o “legislador conheceu tão pouco que são contrárias ao próprio objetivo que ele se propôs.” E conclui o autor, que a existência de “leis inúteis enfraquece as leis necessárias, aquelas que se podem evitar enfraquecem a legislação. Uma lei deve ter seu efeito, e não se deve permitir que seja anulada por uma convenção particular.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 614).

As consequências deste descuido de cunho subjetivo variam muito, mas entre elas pode-se mencionar a desobediência civil, que seria, em apertada síntese, o descumprimento das leis por parte dos cidadãos por considera-las injustas, antiéticas, ou em desacordo com inclinações históricas, axiológicas e culturais da sociedade.

Nesta esteira, cita-se novamente as lições de Reale (2002, p. 611):

Neste particular, o problema da eficácia pode verificar-se em quatro hipóteses: ou a lei encontra logo correspondência na vida social, harmonizando-se vigência e eficácia; ou a lei, embora vigente e por ser vigente, deve subordinar-se a um “processo fático” para produzir todos seus feitos, ou então, pode dar-se um fenômeno delicado: - o das leis que durante um certo período, mais ou menos longo, têm eficácia e depois a perdem; e, finalmente, o caso mais delicado ainda da vigência puramente abstrata, que não prenuncia uma experiência possível, e, como tal, sem qualquer efetividade.

Aqui se faz oportuno citar os resultados obtidos no relatório de Índice de Percepção do Cumprimento da Lei (IPCL), realizado no 1º trimestre de 2015, pela FGV Direito São Paulo. O referido relatório ajuda a entender a relação entre a sociedade brasileira e as figuras normativas, e é construído



a partir de quatro indicadores, quais sejam (ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DE CUMPRIMENTO DA LEI, 2015, grifo do autor):

(i) *indicador de instrumentalidade*, que mede a percepção das perdas associadas ao descumprimento da lei – sanções; (ii) *indicador de moralidade*, que mede a percepção dos entrevistados sobre o quanto é certo ou errado realizar determinada conduta que esteja em desconformidade com a lei; (iii) *indicador de controle social*, que mede a percepção de reprovação social a determinados tipos de comportamento de descumprimento da lei; e (iv) *indicador de legitimidade*, que mede a percepção sobre a obediência à lei e às ordens de autoridades que devem fazer com que a lei seja cumprida.

Foram realizados, por meio do IPCL, diversos levantamentos de dados sobre a percepção das leis no Brasil. Entre eles, os que mais chamam atenção por terem relação com este trabalho são: para 80% dos entrevistados é fácil desobedecer à lei no Brasil; para 81% dos entrevistados sempre que possível as pessoas escolhem dar um “jeitinho” ao invés de seguir à lei; para 56% dos entrevistados existem poucas razões para uma pessoa seguir a lei no Brasil.

Os resultados acima mencionados chamam a atenção, e estão intimamente ligados à (in)eficácia das normas, pois os resultados do relatório demonstraram que (ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DE CUMPRIMENTO DA LEI, 2015):

Os resultados revelam que quanto maior a desaprovação social diante da realização de uma conduta, maior é a possibilidade de a lei ser cumprida.

Do mesmo modo, quanto maior a probabilidade de alguém ser punido por ter realizado determinada conduta, maior é a incidência de declarações de entrevistados informando que agiram em conformidade com a lei.

A possibilidade de se desrespeitar a lei é inversamente proporcional à probabilidade de ser punido, ou seja, quanto menor é a probabilidade identificada pelo entrevistado de ser punido, maior é a frequência de realização de condutas de desrespeito à lei.

Não bastando, cita-se o preâmbulo de apresentação do IPCL, pois traz reflexão consonante aos anseios deste trabalho (ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DE CUMPRIMENTO DA LEI, 2015):

A existência de regras conhecidas e universais é um dos pressupostos do Estado de direito, na medida em que tais regras organizam as sociedades e condicionam o comportamento dos atores sociais, garantindo previsibilidade. A forma como essas regras são construídas e respeitadas é parte integrante da definição de Estado de direito, assim como define o grau de sua efetividade. Dito de outra forma, o desrespeito às regras indica a fragilidade da democracia de uma forma geral. Nesse sentido, saber se as regras são cumpridas é uma das formas de avaliar a consistência do Estado de direito e das suas instituições.

É senso comum afirmar que o brasileiro não respeita as leis, ou que no Brasil muitas leis são criadas e poucos as obedecem. É fácil constatar que produzimos muitas leis: considerando o período de dez anos, de 2000 a 2010, 75.517 novas leis estaduais e federais foram aprovadas. Porém, sobre o quanto nós aderimos a essas leis, não há evidências empíricas.

Percebe-se que, paradoxalmente, o número elevado de leis que em tese daria causa a uma rigidez e engessamento das condutas sociais, acaba por gerar uma situação de anomia.<sup>6</sup>

Neste sentido, Rogério Greco (GRECO, 2003), refere-se à anomia compreendendo-a sob dois aspectos, quais sejam: em razão da pura e simples ausência de normas, ou, ainda, embora existindo essas normas a sociedade não lhes dá o devido valor, continuando a praticar as condutas por elas proibidas como se tais normas não existissem, pois que confiam na impunidade. Por mais paradoxal que possa parecer, aquilo que chamamos de inflação legislativa, ou seja, o número excessivo de normas, pode nos conduzir à sensação de anomia.

---

<sup>6</sup> Situação de anomia é aquela em que as normas são contornadas ou ignoradas pela sociedade.

Isto é, quanto mais normas, maior a sensação de ausência de leis, em face do sentimento de impunidade.

Noutro tópico, podemos imaginar um cenário de acirrada disputa política pelo poder (o que experimentamos neste momento no Brasil), onde frequentemente vemos propostas legislativas, em último caso promulgação de normas, que buscam tão somente a implantação de uma agenda política, muitas vezes inspiradas por interesses escusos e dissonantes daquilo que ressoa no seio da sociedade. Neste sentido, Roberto A. R. Aguiar (apud RODRIGUES, 2015) é preciso ao dizer:

Sendo a lei a emanção normativa de um poder e, sendo esse poder instrumento de domínio de grupos sociais sobre outros, dificilmente esses grupos iriam legislar contra si mesmos, sob pena de se constituírem, pela primeira vez na História, em detentores suicidas do poder. Por isso, os grupos detentores do poder não vão permitir uma normatividade que venha ferir seus interesses, sua ideologia, seu *modus vivendi*. Ora, uma normatividade que favoreça dados grupos ou classes, necessariamente irá ferir os interesses, a ideologia e o modo de viver de outros grupos ou classes, logo, o bem legal não pode ser comum, pois emana de grupos para incidir sobre outros grupos, o bem comum, empiricamente observável, é o bem particular dos detentores das decisões.

Vale lembrar, a este respeito, dos ensinamentos do célebre jurista austríaco Hans Kelsen, que sustentava a rígida separação entre o Direito e Política, no intento de apartar a Ciência Jurídica das demais. Neste sentido, oportuna tal reflexão, posto que parece antever a possibilidade de a atuação legislativa transformar-se em um “mero instrumento de dominação ideológica.” (GRAU apud BARROSO, 2009).

Sobre este ponto, as colocações feitas por Reale (2003):

Ora, é manifesta a diferença entre a visão do direito como projeção de um quadro de normas positivas, cujo significado cabe interpretar, e a sua compreensão quando

se trata de construir “ex novo” um sistema de normas destinado a reger determinado espaço social. Esta segunda visão é a do legislador que quer alcançar determinados objetivos culturais, sociais, científicos, artísticos, etc., agindo como o engenheiro que está construindo um prédio segundo um modelo ou projeto. Há, em suma, uma “engenharia jurídica” em todo “projeto de lei”, partindo o legislador dos mandamentos vigentes para implantar algo de novo no ordenamento jurídico.

Para ilustrar esta situação em que a criação legislativa decorre do interesse na manutenção ou adulteração do *status quo* político, cita-se o conteúdo da colaboração premiada efetuada por Antônio Palocci - ex-Ministro da Fazenda (2003 a 2006) e da Casa Civil (2011) dos governos do Partido dos Trabalhadores.

Alega o colaborador que a venda de MPs<sup>7</sup> é uma das formas de corrupção utilizadas pelos partidos para “financiamento” de suas atividades. Neste sentido, estima o ex-ministro que “das mil medidas provisórias editadas nos quatro governos do PT, em pelo menos novecentas houve tradução de emendas exóticas em propina”. Algumas medidas provisórias, inclusive, já são alvos de inquéritos na Operação Zelotes e Lava Jato.

No termo de colaboração consta:

[...] venda de emendas legislativas, sendo que a prática de venda de emendas se tornou corriqueira, particularmente na venda de emendas parlamentares para medidas provisórias vindas dos governos, casos em que algumas MPs já contam com algum tipo de vício destinado a atender financiadores específicos e saem da Congresso Nacional com a extensão do benefício ilícito a diversos outros grupos privados; QUE em outras oportunidades a MP que não possui vício algum e ao tramitar pelo Congresso Nacional é acrescida de dispositivos que visam beneficiar financiadores; (PORTO ALEGRE. TRIBUNAL

---

<sup>7</sup> Medida Provisória (MPs) é um instrumento com força de lei, adotado pelo presidente da República, em casos de relevância e urgência. Produz efeitos imediatos, mas depende da aprovação do Congresso Nacional para transformação definitiva em lei.

REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Homologação de acordo da colaboração premiada de Antonio Palocci Filho. Apelação Criminal nº 5054932-88.2016.8.04.7000. Min. Rel. João Pedro Gebran Neto. Julgado em: 26 jun. 2018).

Há ainda que se falar do aspecto objetivo da eficácia normativa, que se relaciona com a elaboração normativa sob critérios racionais e lógicos. Neste ponto, frisa-se a ideia da norma bem planejada, utilizando-se de dados, pesquisas, evidências e análises de elementos necessários.

Neste sentido, deve haver coalizão entre as instituições que se incumbirão da fiscalização e cumprimento do comando legal, para que não se produzam atos normativos que restarão prejudicados por motivos geográficos, logísticos, ou pela simples falta de comunicação entre as instituições.

Pala ilustrar as consequências do descuido destes critérios, imaginemos uma norma que estabeleça a obrigatoriedade de determinado equipamento de segurança em automóveis sob pena de multa, mas que em virtude da ausência de locais de venda destes equipamentos, as pessoas destinatárias deste comando legal não consigam adquiri-lo. Neste caso, a norma não alcançará o fim a que se propõe, carecendo, portanto, de eficácia. Neste mesmo exemplo, imaginemos agora que todos os automóveis possuam o equipamento de segurança, mas que a exigibilidade deste não foi comunicada aos órgãos de fiscalização. Neste caso, a eficácia do comando legal também restará prejudicada.

Além disso, o critério objetivo também quer dizer que o ato normativo deve guardar similitude lógica com todo o sistema jurídico, respeitando os comandos de ordem hierárquica superior, harmonizando-se com todo o apartado jurisdicional.

Vale lembrar, neste sentido, que para Hans Kelsen o que fundamenta a validade e eficácia de uma norma, ou um ordenamento jurídico, é uma norma fundamental hipotética, que deve ser fonte comum de validade e eficácia

de todas as demais, criando-se assim uma unidade normativa homogênea (KELSEN, 1999).

Neste ponto, é oportuno lembrar como o estamento burocrático (intimamente ligado à inflação legislativa) impede a efetiva realização dos preceitos da Constituição, que na pirâmide de Kelsen é a norma de maior hierarquia.

Para ilustrar essa ocorrência no estado brasileiro, tomemos como recorte o Título VII da Constituição Federal (artigos 170 e seguintes), destinado à ordem econômica e financeira, que introduz um modelo econômico que possui como um de seus princípios fundamentais o da livre de iniciativa.

Não obstante, no ranking feito pela Fundação Heritage sobre liberdade econômica, em que foram analisados 180 países, o Brasil ocupa a 153ª colocação; a fundação traz a seguinte análise:

A pontuação de liberdade econômica do Brasil é de 51,4, tornando sua economia a 153ª mais livre no Índice de 2018. Sua pontuação geral diminuiu em 1,5 pontos, com uma queda acentuada na saúde fiscal e declínios na liberdade de trabalho, liberdade de negócios, gastos do governo e integridade do governo, superando as melhorias na eficácia judicial e nos direitos de propriedade. O Brasil ocupa o 27º lugar entre os 32 países da região das Américas, e sua pontuação geral está abaixo das médias regional e mundial.

Corroborando ao acima citado, em estudos feitos pelo Banco Mundial - denominado Doing Business (fazendo negócios), onde é comparado o regulamento de negócios para empresas em 190 economias, o Brasil ocupa a 125ª posição no que diz respeito à classificação relativa à facilidade para fazer negócios, sendo que a média de tempo para se abrir uma empresa é de 176 dias (Nova Zelândia lidera a classificação – tempo médio de 1 dia).

De acordo com o estudo, uma das causas diretas deste cenário é a rigidez burocrática e a dificuldade para, por exemplo: obter alvarás de

construção, obter eletricidade, fazer registro de propriedades, obter crédito, executar contratos, resolver insolvências, etc.

Ou seja, fácil perceber que a inflação legislativa, neste caso revestida na forma do estamento burocrático, é um hiato para a efetivação de normas e princípios constitucionais.

Por fim, há ainda o problema da efetividade das normas nos tribunais. É certo que o número crescente de figuras legais, muitas delas em dissonância com outras já existentes no ordenamento jurídico, acaba por criar um verdadeiro labirinto normativo, dificultando até mesmo aos profissionais da área jurídica saberem qual lei deverá ser aplicada no caso concreto.

Neste sentido, lembra-se que para Alf Ross (2000):

[...] somente os fenômenos jurídicos no sentido mais restrito – a aplicação do direito pelos tribunais – são decisivos para determinar a vigência das normas jurídicas. (...) A efetividade que condiciona a vigência das normas só pode, portanto, ser buscada na aplicação judicial do direito.

Ou seja, a norma para ser eficaz deve ser plenamente praticável, sobretudo no âmbito dos tribunais.

Ocorre que a inflação legislativa acaba por criar uma celeuma a ser enfrentado pelos aplicadores do direito. Isso porque muitas vezes não se sabe com exatidão quais as leis estão em vigor, quais já foram revogadas, quais foram ab-rogadas ou derogadas por novas leis, além de falhas estruturais e semânticas de alguns textos normativos, gerando preceitos ininteligíveis e obscuros, fazendo com que as dúvidas sobre direitos e deveres sejam a regra. E ainda há o ativismo jurídico crescente dos últimos anos, criando como nunca antes número elevado de precedentes e conferindo-os força normativa. Este cenário cria uma situação de absoluta insegurança jurídica.

É bom lembrar aquilo que Montesquieu (2000, p. 611) há muito tempo já alertava: “O estilo das leis deve ser simples; a expressão direta é

sempre melhor compreendida do que a expressão mediada. Não há majestade nas leis do baixo império; nelas os príncipes falam como oradores. Quando o estilo das leis é empolado, olhamo-las apenas como obra de ostentação”. Afinal, quanto “mais vago, ambíguo, discursivo, prolixo e absorvente de elementos não prescritivos for o discurso jurídico, pior será a sua aptidão para ser entendido e aplicado como norma.” (MORAIS, 2007, p. 186 apud LAURENTIIS; DIAS, 2015, p.4).

Neste sentido, a problemática que aqui se faz menção é muito bem documentada por Ferreira Filho (FERREIRA, 2012. p. 35 apud CAMARGO, 2012):

Com isso, o mundo jurídico se torna uma babel. A multidão de leis afoga o jurista, esmaga o advogado, estonteia o cidadão, desnorteia o juiz. A fronteira entre o lícito e o ilícito fica incerta. A segurança das relações sociais, principal mérito do direito escrito, se evapora.

Além do mais, acrescenta-se que tudo isso constitui um princípio de injustiça, posto que não obstante a infinidade de leis, tão numerosas que se torna impossível conhecer a todas, vigora o regramento formal e legal de que a ignorância da lei não exime da obrigação de observá-la.

Do que fora dito até aqui, parece seguro afirmar que a eficácia, ou melhor a ineficácia normativa, nos termos supra apresentados, seja no seu espectro subjetivo tanto quanto objetivo, é causa, bem como consequência, do fenômeno jurídico de inflação legislativa.

#### **4 LEGÍSTICA, POLÍTICA LEGISLATIVA FEITA SOB NOVOS CRITÉRIOS**

Segundo Max Weber haveria três possíveis fundamentos para a legitimidade da dominação política: crença na tradição, fundamento carismático e fundamento racional baseado na legalidade. O último seria o



que justificaria a dominação do direito nas sociedades jurídicas modernas, pois repousa na crença da validade de um estatuto legal e na competência objetiva, assentada em regras racionalmente criadas, ou seja, disposição de obediência no cumprimento de deveres conforme as prescrições impessoais e objetivos ditados por autoridade legalmente instituída.

Quer dizer, a validade das normas necessita de uma política legiferante séria, racional e responsável.

Ocorre que as sociedades têm-se tornado cada vez mais tecnicizadas, logo, os problemas são cada vez mais técnicos, sobretudo na seara econômica e financeira. Sendo assim, segundo Drobowsky (1999, p. 2):

Nesse todo social complexo e em permanente transformação, legislar se converte, de regra, em assunto de especialistas, capacidades para equacionar o sem-número de problemas atribuídos ao Estado, no papel de “organizador geral da comunidade, que deve coordenar a atividade de todos os setores particulares no quadro de um projeto coletivo”. (LASSALE, 1974, p. 55).

Diante destas mudanças sociais, percebe-se que o Poder Legislativo entra em crise, isso porque os parlamentares mostram-se incapazes de atender as necessidades da atualidade. Entre as causas de deficiência parlamentar, Drobowsky (1999, p. 3) indica:

- a) O caráter técnico dos textos, para cuja apreciação os membros do Legislativo são incompetentes;
- b) A incapacidade da corporação legisladora em responder de pronto, com normas imperiosamente exigidas em face de alterações da conjuntura, porque deliberar exige tempo;
- c) A inconveniência do método de discussão pública, quanto a certas matérias, como a defesa do país, a política monetária e cambial.

Neste ímpeto de uma política legiferante feita sob novos critérios e ante o hiato deixado pelos parlamentares em atender com eficiência essa necessidade, surge como alternativa uma nova ciência, destinada a exercer um trabalho interdisciplinar de sistematização e uniformização dos dispositivos normativos, capaz, quem sabe, de frear a tempo os malefícios da inflação legislativa.

Esta nova ciência, chamada de Legística, tem por objetivo estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos. Desse modo, a Legística visa racionalizar a produção legislativa, melhorando a comunicação entre a realidade social e a redação propriamente dita da norma “tendo por fim a sua compreensão e a identificação de soluções que promovam e garantam a validade e a qualidade dos atos normativos.” (MORAIS apud LAUTERISS; DIAS, 2015, p. 4).

Com efeito, os caminhos para se alcançar as finalidades acima indicadas são inúmeros e tortuosos. Partem, sobretudo, na aferição do impacto da lei sobre a sociedade, o que, segundo Laurentiis e Dias (2015, p.5) “envolve desde a avaliação preliminar de eventuais vantagens e desvantagens da norma até o cálculo de sua possibilidade de sucesso em um quadro de avaliação comparativa e, por fim, a previsão de potenciais riscos decorrentes da aprovação da norma.”

Ainda, Laurentiis e Dias (2015, p. 5) explicam que:

Esses elementos compõem aquilo que a doutrina especializada denomina de Avaliação Prévia de Impacto (API) da medida legislativa. Essa ideia foi difundida na União Europeia com a aprovação do relatório do grupo de trabalho Mandelkern (GRUPO MANDELKERN, 2000), que aborda as formas de melhoria da qualidade da produção legislativa no âmbito do bloco europeu e dos Estados membros. O relatório final do grupo indica que a ausência de simplificação da legislação está diretamente relacionada ao aumento da burocracia estatal, o que, por

sua vez, é a origem de sérios entraves ao desenvolvimento econômico e industrial dos países integrantes do bloco.

Sendo assim, nessa necessidade de se fazer uma avaliação prévia dos impactos das medidas legislativas, com o fim de se buscar uma melhor qualidade e eficácia das normas, Luzius Mader (MADER, 2007 apud CARMARGO, 2012), Presidente da *International Association of Legislation* (IAL), na Conferência Internacional de Legística, realizada em 2007, dividiu a Legística em seis áreas de estudos e atuação:

A primeira delas é a metodologia legislativa, também chamada de Legística material. A metodologia legislativa trata do teor normativo da legislação ou, mais especificamente, propõe uma forma metódica de se elaborar o seu teor normativo. [...]

A segunda área de interesse é a técnica legislativa ou Legística formal stricto sensu. A técnica legislativa trata dos aspectos formais e legais da legislação: os diferentes tipos de atos normativos, as instituições jurídicas, a estrutura formal dos atos normativos e a forma por meio da qual novas leis são introduzidas ou integradas no arcabouço normativo preexistente. [...]

A terceira área é a da redação legislativa propriamente dita, ou seja, a forma de se expressar o teor normativo do conteúdo das leis, concernente, especificamente, aos aspectos linguísticos. [...]

A quarta área é aquela da comunicação, que tem relação com a redação legislativa e que inclui as diferentes formas de se publicarem oficialmente as peças legislativas, além de uma ampla gama de atividades de informação e comunicação em torno da legislação. A informação e a divulgação do conhecimento sobre a norma existente são pré-requisitos para a atuação daqueles que, entre os vários grupos de interesse, observam a legislação, seja a área administrativa, os tribunais, os indivíduos ou as empresas. [...]

A quinta área é a do procedimento legislativo. O processo de preparação, aprovação e execução de uma lei deve seguir vários níveis e regras, que podem influenciar consideravelmente na qualidade formal e material da legislação. A adoção de um ou outro procedimento pode

contribuir para aprimorar a legislação ou, ao contrário, limitar sua abrangência, reduzindo-lhe a eficácia. [...]

A sexta área de interesse é a da gestão de projetos legislativos. A preparação de legislação não é mais considerada um privilégio de advogados particularmente talentosos que redigem o texto normativo como se fossem autores a redigir seus romances ou poemas. Na maioria dos casos, a preparação de legislação é uma tarefa na qual têm participação várias pessoas, *várias unidades administrativas*.

Assim, não obstante o quadro de uma hiperinflação legislativa existente no Brasil, também há uma crescente conscientização sobre sua existência, e fruto dessa conscientização é o desenvolvimento e estudo de novas diretrizes para se ter uma política legiferante mais séria, racional e responsável.

## 5 CONCLUSÃO

Após observação de evidências empíricas, sobretudo de base numérica, parece seguro afirmar que existe atualmente no Brasil o fenômeno jurídico de inflação legislativa, sendo que suas origens são diversas e numerosas, assim como são as consequências desta hipertrofia normativa.

Ainda, feita análise dedutiva do fenômeno da inflação legislativa e sua inter-relação com os critérios de (in)validade e (in)eficácia, pode-se concluir que aquela é tanto causa como consequência destes, em um aparente ciclo vicioso, decorrente da falta de observação e cuidado com critérios objetivos e subjetivos de validade e eficácia quando na elaboração de leis e demais atos normativos.

Conforme já dito, o que se pretendeu demonstrar foi a existência do fenômeno da inflação legislativa e sua relação de causa e efeito com os critérios de (in)validade e (in)eficácia, e, sobretudo, como este quadro é capaz de gerar situações perniciosas na sociedade, tais como injustiça e insegurança

jurídica, violação de comando constitucionais, descrédito das instituições, desobediência civil, engenharia política, labirinto normativo que dificulta a aplicação das leis nos tribunais, desconhecimento dos direitos e deveres inerentes a todos os cidadãos, etc.

Por fim, vale a pena lembrar da expressão latina cunhada pelo político e historiador romano Tácito (56-117),: “*Corruptissima re publica plurimae leges*”, ou ainda “*Corruptissima republica plurimae leges*”, que traduzida na semântica de nossos dias, adverte que “*As leis são muitas quando o Estado é corrupto*”, ou, mais comumente, “*Quanto mais corrupto o Estado, maior o número de leis*”.

## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. Processo legislativo: mecanismos de aceleração e de qualificação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12591&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12591&revista_caderno=9). Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. *De cada 10 leis julgadas em ADIs pelo STF, 6 são inconstitucionais*. 13 abr. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-13/cada-10-leis-julgadas-adis-stf-sao-inconstitucionais>. Acesso em: 20 set. 2017.

DROBOWOLSKY, Sílvio. *A inflação legislativa e a jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1173-1187-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório IPCL Brasil 1º semestre/2015*. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14133/Relatorio-IPCLBrasil\\_1o\\_Sem\\_2015.pdf](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14133/Relatorio-IPCLBrasil_1o_Sem_2015.pdf). Acesso em: 28 ago. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

HUNGRIA, Nélon; DOTI, René Ariel. *Comentários ao código penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ editora, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. Boletim das Empresas Estatais Federais. *Excesso de legislação provoca conflito entre os poderes nos 29 anos da Constituição de 1988, afirma IBPT*. [S. l.]: IPBT, 05 out. 2017a. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2626/Excesso-de-legislacao-provoca-conflito-entre-os-poderes-nos-29-anos-da-Constituicao-de-1988-a-firma-IBPT>. Acesso em: 23 abr. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. Brasil edita cerca de 800 normas por dia, somando 5,4 milhões desde a Constituição de 1988. [S. l.]: IPBT, 04 jul. 2017b. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2603/Brasil-edita-cerca-de-800-normas-por-dia-somando-5-4-milhoes-desde-a-Constituicao-de-1988>. Acesso em: 23 out. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAURENTIIS, Lucas de; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no direito brasileiro: Teoria, vícios e análise do caso do RDC. *RIL*, Brasília, DF, ano 52, n. 208, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517703/001055830.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Homologação de acordo da colaboração premiada de Antonio Palocci Filho. Apelação Criminal nº 5054932-88.2016.8.04.7000. Min. Rel. João Pedro Gebran Neto. Julgado em: 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/homologacao-delacao-premiada-antonio.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

REALE. Miguel. *Engenharia Jurídica*. São Paulo: [s. n.], 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/engjur.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Brasil: Edipro, 2000.
- SANT'ANNA, Lourival. A fúria legiferante. *Jornal Estado de São Paulo*, 20 abr. 2002. p. A3.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF registra aumento de 351% no número de ADI, ADC e ADPF julgadas em 2014*. Brasília, DF: STF, 14 jan. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283422>. Acesso em: 23 out. 2017.
- THE WORLD BANK. *Doing Business*. 2017. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/rankings>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- VASCONCELLOS, Marcos de. *Ações diretas no Supremo ultrapassam 5 mil casos*. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-30/acoes-diretas-stf-sao-mil-apontam-mudanca-corte>. Acesso em: 20 set. 2017.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. 11 reimp. Tradução: José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.





# JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Carla Vogt<sup>1</sup>

Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

**Resumo:** Com a premissa de compreender o princípio da celeridade processual, o qual é regido por direito constitucional a todos os cidadãos, este artigo se impõe, analisando as formas pelas quais os Juizados Especiais Cíveis podem atuar, visto que têm como função primeira a prestação de serviços jurisdicionais e processuais a todas as pessoas que venham a necessitar da resposta célere de um processo. Salienta-se que os Juizados Especiais Cíveis foram implantados no Brasil por ocasião da lei 9.099/95, quando a sociedade brasileira, cada vez mais expressiva em população, viu-se diante de inúmeros conflitos individuais e cada vez mais eram maiores as dificuldades de ingresso em juízo, necessitando então de um atendimento judiciário que resolvesse seus conflitos, de forma célere e eficaz. No entanto, o que vem se elencando no âmago dos processos jurisdicionais é a inobservância do princípio da celeridade processual, a qual vem inviabilizando a efetiva prestação jurisdicional a toda a população. Com isso, o objetivo deste artigo é compreender a efetiva função do Juiz Leigo no Juizado Especial Cível, como estabelece o artigo 7º da referida lei, como forma de garantia da celeridade processual. Para tanto, a presente pesquisa consiste em uma abordagem dedutiva, tendo ainda um caráter qualitativo, analisando se a participação do Juiz Leigo nos casos jurisdicionais elimina ou diminui de fato, a morosidade processual e garante o acesso à justiça para os cidadãos que dela necessitam.

**Palavras-chave:** Juizado Especial Cível. Juiz leigo. Celeridade processual.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; carla.vt@bol.com.br

<sup>2</sup> Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das constantes preocupações dos cidadãos brasileiros diz respeito à morosidade em que se encontra a efetiva resolução dos processos judiciais. É importante dispor que a demanda por casos jurisdicionais e processuais vem aumentando diariamente. No entanto, os juízes e responsáveis pela resolução desses casos estão abarrotados de funções, o que torna o processo moroso, necessitando, assim, de uma nova linha de atuação.

É a partir desta premissa, que entrou em vigor a Lei n. 9.099/95, a qual busca, objetivamente, delinear a atuação dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em vista a criação de um sistema instrumental e constitucionalmente legal e obrigatório a todos os Estados, para atuação rápida dos casos de Direito. A referida lei se ampara nos termos do artigo 98 da Constituição Federal, significando um avanço legislativo bastante importante e qualitativo a todas as pessoas, em virtude da rápida resolução das demandas processuais.

Trata-se de uma instrumentalização jurisdicional que busca atender à população que, muitas vezes, não tem condições de efetivar honorários para suas demandas. E por meio de uma justiça rápida e eficiente, os Juizados Especiais Cíveis tendem a acabar com a burocracia exigida pela jurisdição e oferecer celeridade e segurança a todas as pessoas, independentemente de suas condições.

Quando se fala em rapidez judicial, isso não deve ser encarado como falta de qualidade, mas resolução de problemas com menos morosidade, visto que o artigo 2º da Lei n. 9.099/95, busca orientar para a utilização da informalidade e da oralidade como critérios essenciais de efetivação dos casos atendidos. E quando se fala em oralidade, advêm as ideias de economia processual e celeridade maior, pois se prefere a fala em relação à escrita.

E, sendo assim, os Juizados Especiais Cíveis ordenaram juridicamente o sistema brasileiro, não somente pela tutela jurisdicional, mas também pela efetivação dos direitos constitucionais, tornando o direito jurisdicional e

processual uma garantia de todos. Contudo, o que se vem percebendo, na prática do direito, atualmente, é a violação ao princípio da celeridade processual, alegando, em muitos casos, que ela não se consolida como meio e forma segura de tutela jurisdicional, ou então elencada como ineficaz no ordenamento jurídico. No entanto, sabe-se que é uma grande aliada à Justiça Comum, pois tende a desafogar os processos, libertar a litigiosidade e eliminar a morosidade processual. E isso somente se consolida pela aplicação efetiva da lei.

O que se pretende, a partir disso, é relacionar a importância dos Juizados Especiais Cíveis para o sistema jurídico, porém o princípio da celeridade que está disposto no art. 2º da Lei n. 9.099/95 não está sendo observado, em razão de não ter sido aplicado de forma efetiva o disposto na própria lei dos juizados (9.099/95), que expõe o art. 7º desta lei quando elenca a inclusão dos Juízes Leigos juntamente com os conciliadores. E é isso que a presente pesquisa busca abordar, apresentando, primeiramente, um pouco da história do Juizado Especial Cível, a finalidade e seus princípios norteadores, de modo a verificar a resposta concreta ao problema de pesquisa evidenciado.

## **2 HISTÓRIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

Conhecer a história dos Juizados Especiais Cíveis se torna preponderante quando se busca listar novas formas de trato com os processos judiciais, de modo a configurar mudanças significativas na prática do Direito.

É possível dispor, conforme dados históricos, que a Revolução Industrial de 1789 trouxe uma nova forma de socialização e de cidadania entre as pessoas, aumentando o consumismo e criando-se novas necessidades sociais. Isso, de certa forma, fez com que todos os cidadãos passassem a reivindicar direitos constitucionais, amparados por lei e com necessidade de efetivação de resoluções (POLANYI, 2000, p. 94).

A partir dessas considerações, nota-se que a preocupação residia, no entanto, em como efetivar eficientemente os processos jurisdicionais, visto que

não estavam em jogo somente os problemas de custos, mas, principalmente, como os cidadãos seriam atendidos em suas demandas.

Entre os principais obstáculos encontram-se o valor do processo, a elaboração das provas, os honorários advocatícios como peças-chave de acesso ao direito dos cidadãos. Ademais, corrobora com esses fatores a falta de informação e conhecimento por parte das pessoas, principalmente, quando se trata de leis e regras (MARINONI, 1996, p. 10).

Tais situações demonstram que não se torna possível trabalhar com uma forma de justiça excludente e seletiva, pois todo cidadão tem direitos e direito ao processo jurisdicional, mesmo que não possua condições financeiras, econômicas e culturais para contratar um advogado, por exemplo. E o que se percebe, atualmente, é que mesmo com os avanços na forma da lei, são inúmeras as dificuldades encontradas pelas pessoas no acesso à justiça.

De acordo com estudos e autores preocupados com o Direito Fundamental, pode-se dizer que o início da década de 1980 foi o marco da exigência dos direitos fundamentais e sociais, na qual foi pleiteado o acesso à justiça de forma igualitária. Nesse período, ocorreu a “libertação” dos movimentos sociais, que até o momento eram oprimidos pela ditadura. Diante disso, a criação dos Juizados se mostrou como principal fundamento, trazendo a acessibilidade à justiça (LUHMANN, 1980, p. 35).

Isso significa dizer que percebendo que os custos de processos eram muito altos, impedindo alguns cidadãos de acessarem seus direitos, eles foram atendidos pelo Direito Fundamental, por intermédio dos juizados, criados para que todos os cidadãos tivessem acesso à justiça, de maneira qualitativa e legal.

Naquela época, o estado do Rio Grande do Sul foi o pioneiro com os Conselhos de Conciliação e Arbitragem, instituídos em 23 de julho de 1982. Posteriormente, a esfera legislativa trouxe os resultados acerca das reivindicações, na Lei n. 7.019, de 31 de agosto de 1982, que tratava do arrolamento de bens nos casos de partilha amigável e na Lei n. 7.244, de 7 novembro de 1984, criando o Juizado de Pequenas Causas (PINHEIRO, 2003, p. 43).

Percebe-se que o estado do Rio Grande do Sul, ao abordar as leis que possibilitavam o acesso ao direito a todos os cidadãos, inovou as disposições de sua competência e amparou legalmente a todos os gaúchos na busca pela justiça, independentemente de suas condições.

Nesse sentido, uma das importantes conquistas a partir da criação dos Juizados Especiais Cíveis foi o acesso de todas as pessoas à prestação jurisdicional, especialmente, as pessoas que passavam por dificuldades financeiras. Além disso, outra conquista foi em relação a causas inferiores a 20 salários mínimos, nas quais a sentença poderia ser efetivada por conciliação, sem necessidade de assistência advocatícia (SILVA, 1998, p. 25).

Diante desse conjunto de inovações, conclui-se que a acessibilidade judiciária ganha cada vez mais força, pois busca atender aos conflitos de interesse individual e coletivo, revertendo, assim, a ideia de que a Justiça é lenta, cara, complexa e ineficaz, resgatando ao judiciário a confiabilidade do povo.

Foi nesse cenário, de diversos movimentos sociais, que nasceu a nova Constituição Brasileira, no ano de 1988, estabelecendo mecanismos que garantissem o acesso à justiça, mencionando, em seu artigo 24, inciso X, o Juizado de Pequenas Causas e, no artigo 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais. O referido instituto, criado pela Lei Federal n. 9.099, em 1995, em seu artigo 97, revogou expressamente, a Lei n. 7.244, de 1984, e se destacou por se aproximar do povo, além disso, em razão de sua linguagem simples detinha ao poder do povo uma justiça acessível a todos, por meio dos Juizados Especiais Cíveis. Sua concepção teve grande importância para o Poder Judiciário, não se referindo apenas a uma melhora ou mera introdução de outro tribunal, mas sim de uma Justiça Especial (BERCOVICI, 2004, p. 12).

Por esse intermédio, torna-se possível dispor que a maneira de conceber a justiça e a condução do processo de acordo com as partes gerou uma nova maneira de se conceber os Juizados Especiais, sendo que o cenário antecedente, que era de dúvida, incerteza e desconfiança da justiça brasileira, passou a se tornar mais efetivo, pelo menos de acordo com a lei.

A sociedade brasileira, diante do crescente aumento populacional, dos inúmeros conflitos individuais e atraída pelo novo sistema, alavancou assustadoramente a demanda nos Juizados Especiais em pouquíssimo tempo desde a sua criação, em busca da resolução de seus conflitos resistidos que pareciam sem solução diante da triste e nefasta realidade. Mas, o que se afirma com clareza e concisão é que foi a Constituição da República de 1988, em seu art. 98, § 1º, ao instituir os Juizados Especiais Cíveis, que efetivou o acesso ao Judiciário por parte de todos os cidadãos, principalmente, das pessoas menos favorecidas (BERCOVICI, 2004, p. 15).

Nota-se que mesmo com a ideia de favorecimento de todos os cidadãos, no acesso aos seus direitos, houve relativa demora para que a lei fosse realmente amparada constitucionalmente e pudesse se efetivar na sociedade. E, a partir disso, cresceu até hoje a demanda constante pelos Juizados Especiais.

Nesses termos, a Carta Magna de 1988 efetivou de maneira bastante qualitativa a criação dos processos de conciliação, julgamento e execução de causas menos complexas por um juiz que pode ser tanto togado quanto leigo, com funcionalidade oral e sumaríssima, sendo uma ação especialmente tomada pelos Estados e pelo Distrito Federal, mas que hoje vem se ampliando para outras esferas públicas (ESTEFAM; OLIVEIRA; VILELA, 2006, p. 1).

Assim, conclui-se que os Juizados Especiais Cíveis possuem como objetivo primeiro a conciliação e transação dos processos, pautando-se no consentimento entre as partes por meio de métodos orais, simples, informais, levando à economia processual e a celeridade. Esses elementos, aliás, são fundamentais e necessários à sociedade atual.

### **3 JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUAS ATRIBUIÇÕES**

O que se percebe a partir dos pressupostos delineados é que um dos objetivos dos Juizados Especiais Cíveis, quando da sua implementação,

foi alcançar a parcela da sociedade mais distante do acesso à justiça, a qual, muitas vezes, não buscava o Poder Judiciário em razão dos custos elevados e da demora da prestação jurisdicional.

Diante disso, ao se observar a história dos direitos fundamentais, estes influenciaram no surgimento do Estado Constitucional, pois foi a partir dessas esferas que ficou reconhecida a proteção e a dignidade do ser humano, sendo este dotado de direitos e deveres (SARLET, 1998, p. 58).

Salienta-se, conforme essa premissa, que a principal finalidade dos Juizados Especiais Cíveis é o reconhecimento e a proteção da dignidade dos seres humanos, os quais possuem direitos fundamentais que lhe são garantidos e amparados pela constituinte e que precisam ser cobrados e efetivados, independentemente das condições que o cidadão possua para ter acesso a esta justiça.

Então, esta responsabilidade é em grande parte da União e dos Estados da Federação Brasileira, sendo que estes têm papel primordial na busca pela consolidação de mecanismos que venham a atender à demanda que se insere em seus processos jurisdicionais (ESTEFAM; OLIVEIRA; VILELA, 2006, p. 3).

Isso significa dizer que quando se cria uma nova lei com a finalidade de acesso à justiça por parte de todos os cidadãos, de certa forma, amplia-se também o acesso ao Poder Judiciário.

Assim, é possível afirmar que a presente lei surge como tutela jurisdicional simples, a qual não se baseia muito em formalismos, mas atua com celeridade e baixo custo, com o objetivo principal de pacificar os conflitos jurídicos, oferecendo suporte e auxílio às classes sociais mais carentes (FIGUEIRA JUNIOR, 1996, p. 36).

Percebe-se que ela se torna um mecanismo mais plausível e de atuação célere e bastante flexível, capaz de resolver conflitos, situações e processos por meio da conversa e do diálogo entre as partes, visando à justa distribuição de processos e de causas atendidas. Outra finalidade bastante

interessante a destacar, quando se fala em Juizados Especiais Cíveis, diz respeito à conciliação, visto que ela se torna uma ferramenta de reparação sofrida por ambas as partes, como forma de pacificação social. Assim, a transação judicial acontece pela conversa e troca de ideias, especificando a premissa da pena privativa de liberdade.

Outro fim essencial do Juizado Especial Cível e de sua criação se refere ao fato de que a prestação jurisdicional foi ao longo do tempo se acumulando exageradamente e exigindo a atenção a vários processos por parte do sistema jurisdicional, o que gerou um número exacerbado de demandas. Ademais, o sistema judicial busca aplicar regras processuais que tendem a prolongar demais os processos e existem casos que podem ser resolvidos de maneira mais rápida e dialógica (FRIGINI, 2000, p. 3).

Dessa forma, conforme Frigini (2000), é possível dizer que o principal objetivo dos Juizados Especiais Cíveis é agilizar e dinamizar os processos judiciais, informalizando os atos e com menos onerosidade de todas as partes envolvidas, de modo que, ao resolver esses casos de justiça especial, busque se minimizar a demanda pela justiça comum.

Com isso, estudos acerca da legitimação dos juizados especiais marcam o aumento da demanda por parte dessas custas, já que incentiva uma massa de pessoas, desprovida de condições, a resolver seus conflitos (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1995, p. 16).

Na atualidade é crescente o número de casos atendidos pelos Juizados Especiais, especialmente, em processos de conciliação, visto que é uma metodologia judicial que se ampliou consideravelmente, em razão da necessidade de atendimento rápido, sem tanta onerosidade e com a busca dialógica entre as partes envolvidas, de modo a propiciar uma resposta mais efetiva e que busque o consenso entre as partes, mediante trocas constantes.



## 4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

São muitos os princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis, os quais têm por finalidade orientar, de maneira qualitativa, quais os objetivos e as premissas envolvidas na utilização destes na resolução de processos judiciais, configurando novas formas de aplicação e orientando a necessidade de efetivação dos juizados especiais na sociedade atual. Torna-se, assim, essencial, reconhecer quais os princípios norteadores dessa efetivação, no intuito de buscar formas diferenciadas de atuação, relacionando ideais de resolução e de análise judicial.

Princípios são normas que exigem que algo seja realizado da melhor maneira possível, diante dos fatos e das possibilidades jurídicas. Dentro do ordenamento jurídico esses princípios servem como alicerces, tornando-se normas superiores, orientadoras e informadoras do sistema que rege determinada atuação e efetivação do processo judicial (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 8).

Isso significa dizer que se pautar em princípios tende a efetivar de forma mais adequada os objetivos e as estruturas formativas do processo judicial e o acesso aos cidadãos a esses direitos, para que eles consigam delimitar quais caminhos tomar e que mecanismos se sustentam em suas instâncias, pois é preciso o acesso ao judiciário a todos os cidadãos, independentemente de suas condições.

O processo deve cumprir suas finalidades jurídicas, sociais e políticas, garantindo íntegro acesso ao judiciário, serventia dos procedimentos e efetiva busca da justiça no caso real (PORTANOVA, 1997, p. 48).

Em se tratando da atuação dos Juizados Especiais Cíveis, relaciona-se que esta se difere da forma tradicional de resolução processual, necessitando, assim, de princípios que venham a orientar e relacionar as demandas. Desse

modo, os princípios basais que regem a demanda do Juizado Especial são os da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Para sua efetivação, objetiva-se, necessariamente, a conciliação ou transação dos casos, de modo que se gere a solidez dos casos e processos atendidos. Há de se destacar que “os princípios apontam a direção que a sociedade deve seguir no sistema jurídico.” (NUNES, 2002, p. 40).

Torna-se, dessa maneira, uma ferramenta capaz de proporcionar qualidade de atendimento e garantia de que realmente existe uma transparência e uma legitimidade nos casos atendidos, apontando uma direção exata dos rumos e estruturas de configuração que podem ser seguidas e delineadas.

#### 4.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

A prática da oralidade está presente em grande parte das situações interativas vividas atualmente. As pessoas possuem grande facilidade de resolução dos problemas por intermédio da conversa, do diálogo e das interações comunicativas constantes.

Quando se fala em princípio da oralidade, este consiste em referenciar os juizados especiais e todas as ações e causas tratadas, pautados no tratamento oral, sendo uma das importantes ferramentas para agilizar a efetivação dos resultados. Ao se observar a história das civilizações, muitos foram os procedimentos orais para a resolução dos problemas sociais e políticos vividos, como a oralidade dos germanos invasores, o código napoleônico, entre outras ações que vinham a legitimar o diálogo entre as partes (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1993, p. 22).

De acordo com esses autores, significa dizer que durante muito tempo, grandes partes das ações cíveis se pautou na forma oral de resolução dos problemas, entendendo que para a época se tornaria um mecanismo mais ágil e justo (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1993, p. 22).

A Lei n. 9.099/95 concebe este princípio como norteador de todas as ações jurisdicionais e processuais, ao contrário da justiça comum, pois pelas suas características esta não consegue atingir seu cume potencial (CHIOVENDA, 1942, p. 74).

Vale destacar, a partir desta ideia, que o princípio da oralidade possui muitas vantagens, como a agilidade do procedimento, essencialidade nas audiências realizadas, além do poder das partes de argumentar perante o juiz suas impressões e ideias, as quais podem, de certa forma, influenciar nas decisões tomadas. Enfim, a oralidade tende a melhorar e qualificar a ação do judiciário frente aos cidadãos e até mesmo aos jurisdicionados.

## 4.2 PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE

Quando se fala em simplicidade, compreende-se como um mecanismo que busca tornar o processo mais simples e rápido e não no sentido de minimizar a qualidade oferecida. A simplicidade é uma estrutura que delimita rapidez no acesso à justiça, sem burocracias ou atenuantes que tornem o processo moroso.

Assim, compreende-se que a atuação simples não desmerece o procedimento, mas o torna mais célere e com justa concretização (MIRABETE, 1996, p. 8).

Em se tratando de princípio da simplicidade, salienta-se que seu fruto denota que os atos processuais relacionados pelo Juizado Especial Cível sejam presididos por conciliadores, ou então por Juízos Leigos, visto que eles se enriquecem de conhecimento e de sensibilidade para com todas as necessidades locais.

Dessa maneira, **é forçoso reconhecer que pessoas mais ingênuas sentem-se**, por vezes, inseguras perante juízes, ao passo que outras não têm assistência advocatícia para demandar seus direitos.

Importante destacar, que se torna essencial e preciso a adoção de uma nova postura frente ao judiciário, pois o Juiz Leigo não possui o mesmo conhecimento de um profissional, especificamente, no que diz respeito à ordem processual, mas buscará, por meio da conciliação, encontrar o melhor resultado entre as partes, de modo a efetivar o acesso à justiça de forma igualitária, de acordo com o que se coloca na lei.

### 4.3 PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE

Todos os atos processuais acontecem ou se concretizam quando se busca solucionar problemas que afetam os direitos das pessoas, no entanto, é essencial que os juízes que tendem a julgar estes processos, principalmente, o Juiz Leigo, ajam com informalidade, não tendo referência a um ou a outro indivíduo.

Quando se fala em princípio da informalidade, como o próprio nome sugere, este impõe de maneira acentuada a necessidade de os atos processuais serem informais, permitindo que as partes exponham suas reclamações de forma oral, sem assistência de advogado, especialmente, nas causas em que o valor não ultrapasse os 20 (vinte) salários mínimos, cabendo ao Juiz Leigo realizar o processo de conciliação no próprio cartório (CUNHA, 1999, p. 55).

Diante disso, revela-se uma nova face assingelar dos Juizados Especiais Cíveis, sem, todavia, que se prejudique o resultado da prestação jurisdicional, mas que reúna apenas as matérias necessárias ao andamento do processo.

Certamente, trata-se de uma versão simplificada do processo comum, mas que busca solucionar o litígio, oferecendo suporte e resolução rápida e que favoreça todas as partes envolvidas no acesso aos direitos de cada pessoa (CUNHA, 1999, p. 58).

Subentende-se, a partir das palavras de Cunha (1999), que a informalidade tende a ser utilizada quando existem formas de trabalho e de

resolução das causas por meios orais e conciliatórios, principalmente, quando a presença de um advogado não exista para nenhuma das partes.

#### 4.4 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

A economia processual tende a efetivar, de maneira qualitativa, a resolução dos processos judiciais, sem demandar muito custos e a burocracia na resolução dos problemas, instaurando certa relação harmoniosa entre o custo e o benefício dos processos em sua ordem e jurisprudência.

Esse princípio desmistifica a ideia de que os processos judiciais necessitam de muitas atividades processuais. Interessante destacar que num processo jurisdicional é preciso que sempre haja certa relação e proporção entre fins e meios, de modo que sempre exista um equilíbrio entre as ações de custo/benefício (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1993, p. 26).

E, dessa maneira, a Lei n. 9.099/95, em suas entrelinhas, dispõe que aos Juizados Especiais Cíveis cabe somente o recurso inominado e os embargos declaratórios, atentando para que quando aconteça de os meios e fins não serem equilibrados na ideia do custo/benefício, os processos sejam encaminhados à justiça comum.

#### 4.5 PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Por fim, o princípio da celeridade tende a permitir que todos os processos, efeitos e decisões tomadas decorram de forma rápida, procurando fazer a justiça com economia de custos, brevidade e eficiência nas ações do judiciário, economizando, inclusive, os atos processuais.

Nessa premissa, salienta-se que a lei e a norma determinam que a conciliação deva ser determinada de imediato ou num prazo máximo de quinze dias. Entretanto, esse prazo é bastante longo para quem tem pressa do acesso ao direito (FIGUEIRA JUNIOR; LOPES, 1995, p. 25). Isso demonstra que essas questões precisam, no entanto, serem seguidas à regra pelo Juiz

Leigo ou conciliador que conduza as ações, para que este consiga, realmente, delimitar de forma célere seu processo jurisdicional.

## **5 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Todo o histórico das Constituições brasileiras delimita, em suas premissas, o ideal de controle e liberdade de atuação das pessoas frente ao progresso e à democracia social. Em todas as leis instauradas no país, estas tinham como objetivo primordial elencar e manter a ordem, vista como essencial ao progresso da nação.

No entanto, a primeira e única constituinte, entendida e nomeada como cidadã, foi a Constituição de 1988, a qual, na sua base de ação, propunha a consideração dos direitos fundamentais do ser humano, devendo a sociedade, independentemente de seu meio de atuação ou interesse, preservar e fazer valer as condições de direitos e deveres humanos (BERCOVICI, 2004, p. 19).

Salienta-se, de acordo com Bercovici (2004), que foi uma Constituição que demorou muito para ser elaborada e aprovada, em virtude da extensividade de seu processo, porém apresenta, em suas laudas, os direitos fundamentais e os difusos, buscando sempre ouvir a população, favorecendo a plena cidadania. Por isso, quando se fala em direitos fundamentais na realidade atual, o documento norteador de ações está pautado na Constituição de 1988.

Todas as normas e regras expostas pela Carta Magna tendem a formar os princípios que a regem, configurados, aqui, como preceitos que devem ser seguidos rigidamente para que a mudança e o progresso aconteçam harmoniosamente. Por isso, todos os princípios, independentemente de qual ramo ou campo se instauram, possuem como desígnio a estruturação de um sistema de ideias, as quais norteiam e derivam outras normas, outras ideias (ESPÍNDOLA, 1999, p. 44).

Então, conforme destaca Espíndola (1999), esses princípios foram criados para nortear o Estado de Direito, ou seja, onde a lei e seus princípios conduzem a vida social e também regem o Estado.

E se aplica até na atualidade. Apesar das inúmeras evoluções dos direitos, os princípios constitucionais passaram a tomar corpo e forma imperativa e fundamental, a qual serve como alicerce e referência para a aplicação do Direito. E esta é tão importante que violar um princípio constitucional, na atualidade, é mais grave que transgredir qualquer norma (MELLO, 2008, p. 66).

Quando se fala em direitos fundamentais, é preciso ter claro que eles se compreendem de essencial importância dentro da Constituinte, de modo que elencam com clareza quais os deveres e direitos do cidadão, promovendo o progresso e a harmonia entre as pessoas.

Em suma, os princípios, dentro do ordenamento jurídico, servem para regular um caso, além de instrumento técnico de ordenamento a ser efetivado. É em razão disso que Rothenburg (2003, p. 45) relaciona que o princípio:

[...] ajuda o intérprete a orientar-se na interpretação correta, adequando-a aos valores fundamentais; constituem lineamentos básicos que permitem estabelecer um limite, do mesmo modo que os valores, às bruscas oscilações das regras; um valor para fundar internamente ao ordenamento e dar lugar a criações pretorianas.

Assim, nas palavras de Rothenburg (2003), os princípios são limitadores da ação dos juriconsultos, bem como exercem a função de limitar a pretensão subjetiva do intérprete.

Nesse tópico procura-se abordar o princípio da duração razoável do processo, entendido neste estudo como celeridade processual. Este se encontra expresso na Constituição da República de 1988, por intermédio da Emenda à Constituição n. 45, de 8 de dezembro de 2004, em seu art. 5º, inciso

LXXVIII, quando coloca que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (REINALDO FILHO, 1999, p. 5).

Isso denota que quando se buscou a ideia de constitucionalizar o princípio da celeridade processual, propunha-se garantir ainda mais aos indivíduos o acesso a seus direitos fundamentais, buscando acionar a ideia do direito democrático, de modo a angariar mais uma salvaguarda às partes litigantes, existentes nos processos judiciais, o que significa dizer que não basta somente que a pessoa acesse o seu direito de ingresso ao juízo, mas que tenha condições e seja orientada de que forma pode consolidar efetivamente seus direitos. E a rapidez ou não com que isso acontece, é essencial e determinante para que consiga exercer sua cidadania plenamente.

É nessa perspectiva que Marinoni e Arenhart (2004, p. 121) dispõem que “o direito de acesso à justiça exige que o Estado preste a adequada tutela jurisdicional que, para esses autores, significa, também, a tutela estatal tempestiva e efetiva.” Sendo assim, a duração excessiva de qualquer processo judicial pode provocar descrédito e descomprometimento da pacificação social tão almejada.

Portanto, a celeridade processual constitui-se em parte essencial do acesso aos direitos fundamentais, por isso, deve ser efetivada no ordenamento jurídico atual como princípio maior de economia e eficiência processual, alicerces embaixadores da duração razoável do processo, exposto pela constituinte.

Quando se fala em economia processual, esta subentende todas as atividades jurisdicionais prestadas à população que visam produzir resultados com poucos esforços, evitando gasto com tempo, pessoas e dinheiro. Gonçalves (2009, p. 26) aduz que ela “deve [...] buscar os melhores resultados possíveis com o menor dispêndio de recursos e esforços.”

Relacionar esse princípio na sociedade moderna, amplamente marcada por crises em todos os setores sociais, torna-se fundamental, de modo



que todas as pessoas tenham acesso a seus direitos, sem causar prejuízos em sua situação econômica e social, acelerando os processos e minimizando a morosidade da resolução dos processos.

Junto com o princípio da celeridade vem a ideia da eficiência processual, a qual é vista e delineada por Theodoro Júnior (2010, p. 39), como “o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários [que] gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional.”

É preciso que amplamente sejam colocados à disposição das pessoas meios eficazes e concretos, que façam com que as normas sejam efetivadas, de modo a reduzir o prazo de duração entre o ajuizamento do pedido e a prestação jurisdicional almejada. Dessa forma, conforme Watanabe et al. (1985, p. 109), a celeridade:

[...] a celeridade é indispensável para o eficaz cumprimento da missão pacificadora do Poder Judiciário e do escopo de dirimir litígios, que justifica a própria jurisdição em mãos do Estado. Importa eliminar com a maior rapidez possível os conflitos envolvendo pessoas na sociedade, que constituem fermento de insatisfação individual e instabilidade social.

Destarte, é possível dispor que a essência da duração razoável de qualquer processo baseia-se na ideia de proporcionar prepostos do processo de ampla defesa e de concretude do contraditório, de modo que o juiz, dentro de um período cabível, analise as provas e tenha convicção da sentença, objetivando não somente economia e eficiência, mas, sobretudo, qualidade de julgamento e acesso à justiça social.

Não é simplesmente diminuir o tempo de análise dos processos de modo a gerar economia processual, mas garantir direitos com qualidade, visando à justiça e a harmonia entre todos os envolvidos, de modo normativo e legal.

## 6 A FUNÇÃO DOS JUÍZES LEIGOS E UMA POSSÍVEL FORMA DE GARANTIR O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA CELERIDADE

Quando se fala em reforma processual, aplicação do princípio da celeridade processual nos casos e processos jurisdicionais nota-se que há uma preocupação por parte do judiciário de se adaptar às novas demandas sociais e buscar novas práticas de julgamento e acesso à justiça.

É preciso atentar, no entanto, que apesar de todas as normas precisarem adequar-se à realidade, elas precisam relacionar paradigmas, conforme dispõe Passos (1999, p. 102), “a reflexão centrada estritamente no jurídico é sempre estéril. O direito marcha na direção em que a sociedade caminha, e anda com ela, e não à frente dela. A par disso, o Direito não é raiz [...]”

Durante muito tempo, a aplicação do direito era estritamente delegada a juízes, os quais não tinham como premissa a celeridade processual, sendo que todo processo era escrito e se desenrolava em fases predeterminadas pela atuação do juiz, sendo este o detentor das ordenações jurídicas.

E nessa burocratização dos atos de processo, toda pessoa que buscasse acessar seus direitos e quisesse se rebelar contra a ordem judicial acarretava mais danos e premissas aos processos, sofrendo acusação na totalidade do processo.

A partir do Código do Processo Civil, instaurado em 1939, alguns resquícios da celeridade processual foram se instaurando nas legislações vigentes, mas poucas ações se efetivavam na prática jurídica. Entretanto, esse código durou pouco tempo e rendeu inúmeros estudos para a instauração do Código de 1973, o qual não procedeu uma simples reforma da legislação formal brasileira, operando sim uma grande atualização, criando-se, realmente, um código novo e assinalando uma nova etapa na evolução do direito processual (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 14).

Certamente, a reforma processual deve ir além das mudanças da lei, precisa alcançar a alma, o coração de quem irá julgar. Diante de tudo isso

se requer a aplicação de juízes leigos como possível forma de garantir, na concretude, a efetivação da celeridade processual.

Salienta-se que o atual Código Civil, datado de 2002, busca, na sua essencialidade, a aplicação da celeridade processual como forma de garantir o acesso à justiça de forma mais rápida e redução de custos burocráticos para a aplicação do direito. E, nessa abordagem, um importante princípio nesse código diz respeito aos atos conciliatórios, vistos serem ferramentas dialógicas e de rápida solução de problemas (CHIOVENDA, 1942, p. 76).

De acordo com o autor, ao aplicar esta ferramenta, buscando a realização de audiências de conciliação, aposta-se na possibilidade de a justiça comum, seja estadual, seja federal, gerir e compor os Juizados Especiais Cíveis como mecanismo de celeridade processual. Essa premissa, na opinião da pesquisadora, garante maior celeridade, harmonização no judiciário, efetividade de julgamento dos processos, gerando, assim, a segurança jurídica.

Na Carta Magna, dentre outros assuntos, criou-se a figura dos Juízes Leigos, os quais tendem a atuar especialmente nos juizados especiais, conforme estabelece o art. 98, inciso I. No mesmo sentido, a Lei n. 9.099/95 estabelece, em seu art. 7º, os juízes leigos como auxiliares da justiça. Entre as principais funções do Juiz Leigo, apresenta-se a movimentação dos atos processuais e criminais junto com o juiz, na forma de participação popular no acesso à justiça, amenizando a rigidez jurisdicional (BRASIL, 1995).

Isso concerne à ideia de que o Juiz Leigo tem a finalidade de resolver de forma mais rápida e democrática as demandas jurisdicionais expostas no direito, de modo a observar a premissa da celeridade processual na Lei n. 9.099, de 1995, oportunizando e oferecendo respostas aos litigantes.

Ao observar historicamente a instauração do Juizado Especial, destaca-se que ele surge como forma mais efetiva e rápida de atendimento judiciário a uma população cada vez mais imensa e com maiores problemas jurídicos.

E em razão dos inúmeros processos, fazia-se necessário resgatar a imagem de um Judiciário mais eficiente, o qual almejasse a resolução dos

conflitos de forma mais célere, visto esse problema resolvido na construção de Juizados Especiais, com a atuação de Juízes Leigos e conciliadores. Assim, os atos dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, com sua simplicidade e os sujeitos do processo com liberdades, representa uma grande evolução nas formas de conceber o direito processual brasileiro (FIGUEIRA JÚNIOR, 2000, p. 29).

E, nesse contexto, a atuação do Juiz Leigo no Juizado Especial visa a atribuir uma justiça mais humana, uma vez que ele intenta fazer uma ligação entre os litigantes, de modo a buscar o equilíbrio, a harmonia e a paz social, tão requeridos. Na solução dos conflitos, tanto o Juiz Leigo quanto o conciliador efetivam a ideia de solução dos litígios por meio da autocomposição, mediante concessões mútuas e diálogo exposto.

Com essa abordagem, cumpre-se eficazmente a função do Poder Judiciário em meio à sociedade, que é extinguir litígios, de modo que a prestação jurisdicional é resolvida com rapidez e celeridade, além de presteza sem, no entanto, perder o objetivo principal do judiciário, que é a segurança, a justiça social e jurídica.

Salienta-se que o artigo 7º da Lei n. 9.099/95 estabelece, de forma bastante planejada e pensada, a função do Juiz Leigo no momento em que este atua frente aos juizados especiais. A referida lei destaca que “os juízes leigos são auxiliares da justiça, recrutados, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.” (BRASIL, 1995). No entanto, o mesmo artigo destaca que os Juízes Leigos são impedidos de exercer a advocacia enquanto estiverem no desempenho de suas funções.

Outrossim, que todos os Juízes Leigos não ocupam cargo público e, por isso, não prestam concurso público para exercerem a função, mas são indicados por juiz próprio do juizado especial e designados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que atuam. Destaca-se que não possuem estabilidade e podem ser desligados do cargo, seja por vontade sua, seja por ato de autoridade que o nomeou (CARNELUTTI, 2005, p. 49).

Isso significa delinear que o Juiz Leigo, ao atuar dentro do juizado especial, simboliza concretamente a participação popular no acesso da administração jurídica, amenizando a rigidez em que se encontra o órgão jurisdicional tradicional brasileiro. E, entre suas ações, destacam-se características de instrumentalidade, independência, imparcialidade, além da ideia do juiz natural.

Desde a fase contenciosa até a emissão da sentença, o Juiz Leigo atua como um árbitro, que busca a resolução dos conflitos instalados pela autodefesa dos direitos subjetivos do homem, sem, no entanto, fazer justiça com as próprias mãos. Assim, o instrumento de atuação do Juiz Leigo é o próprio processo, entendendo que a finalidade do ato processual é muito mais importante que a forma com que será conduzido. E sua decisão, depois de referendada pelo juiz togado, é imutável, com caráter definitivo, não podendo ser revisada ou reanalisada (CARNELUTTI, 2005, p. 50).

Assim, presidir as audiências nos processos, atuando com composição amigável, julgar os pedidos de produção de provas e determinar as diligências essenciais e fundamentais ao processo, além de proferir a sentença do processo, submetendo-a para homologação do juiz togado (PARZZIANELLO; ROSA, 2014, p. 14), tornam-se as principais atuações do Juiz Leigo.

O Juiz Leigo é peça fundamental na celeridade processual, sendo que sua atuação deve pautar-se nos princípios supramencionados, zelando sempre pelo desempenho de qualidade diante de todos os processos, atentando aos direitos fundamentais do ser humano, sem, no entanto, minimizar a qualidade nos atendimentos.

Conclui-se, dessa forma, que o Juiz Leigo se torna essencial na aplicação da celeridade processual. Ele, como colaborador da justiça, é um pacificador social e, desse modo, deve buscar sempre a solução amigável dos conflitos, medida esta que, além de atender aos princípios da celeridade e da

economia processuais, preserva o relacionamento pessoal entre os litigantes (PARZZIANELLO; ROSA, 2014, p. 15).

Em suma, percebe-se que a sociedade atual vem exigindo do Poder Judiciário o acesso cada vez mais rápido à justiça, porém, o que se mostra é que a lei denota muitas formas de aplicação dessa solicitação, no entanto, o que se tem observado, acerca da atuação dos magistrados nos Juizados Especiais, é que, apesar de conhecerem a lei, não admitem a contratação de Juízes Leigos para atuarem frente aos processos, deixando de fazer do princípio da celeridade processual a possibilidade de reencontrar no Poder Judiciário a confiabilidade perante a sociedade.

## 7 CONCLUSÃO

Diante desse contexto, os direitos fundamentais são fundamentais na sociedade atual, uma vez que constituem a base jurídica da vida humana, pois tratam de direitos e deveres que os indivíduos possuem e devem respeitar para viverem em harmonia, de modo que tenham na dignidade, o nível mais alto dos direitos. Quando as pessoas não conseguem viver e conviver com dignidade, é possível relacionar violações e a não consagração desses direitos pelo ser humano.

Assim, todos esses direitos estão amplamente expostos e efetivados na Constituição de qualquer nação, pois é nesse documento primordial para qualquer nação, que estão dispostos, com legalidade e justiça, todos os direitos fundamentais dos cidadãos. E é em virtude da busca pela consolidação dos Direitos Fundamentais que foram criados os Juizados Especiais Cíveis, para atuação com celeridade e com trocas constantes entre as partes.

Por isso, interessante apresentar como considerações deste estudo, que os Juizados Especiais Cíveis são importantes mecanismos de conciliação encontrados pelo sistema judiciário, na tentativa de minimizar a grande

demanda de processos jurisdicionais que adentram esse poder e que precisam ser resolvidos com a maior brevidade possível, evitando morosidade.

De fato, importante salientar que o Juiz Leigo atua como um conciliador, o qual busca intrinsecamente, entre as determinações de suas funções, atuar como pacificador social, pois busca resolver os conflitos dos envolvidos, seja do autor, seja do réu, pelo diálogo e justa concordância entre as partes. Sendo assim, de suma importância a presença do Juiz Leigo nessa premissa, já que, dentre outras atribuições, tem a função de mediar a resolução entre as partes de forma amigável, bem como perceber se essa conciliação foi justa para ambos.

No entanto, todo processo realizado pelo Juiz Leigo, tanto de mediação quanto de audiência, de julgamento e de sentença, perpassam pelo juiz togado para que este possa homologar a sentença, pois tem conhecimentos legais e permissivos para decidir se a sentença foi correta ou não, de acordo com as questões levantadas.

O que se percebe, ao trabalhar com um juiz especial no sistema judiciário, é que os processos tendem a se resolver de forma mais rápida e ainda mais justa, visto que existe um acordo e não uma imposição entre as partes envolvidas. O que se nota é que, muitas vezes, esse princípio da celeridade processual acaba por ser violado, pois existe uma resistência injustificável na atuação do Juiz Leigo nos Juizados Especiais Cíveis, o que faz com que todos os processos que adentrem o judiciário, por mais ínfimos que sejam, sejam sentenciados pela atuação de um juiz togado.

Dessa maneira, o ideal de eficiência e aumento da produtividade na resolução de processos judiciais acaba por se tornar obsoleto, porque existe uma administração judiciária enraizada em formalidade e conservadora ao extremo, que requer que todas as gestões administrativas e judiciárias sejam realizadas por juízes togados.

Desde que a Lei n. 9.099/95 introduziu e criou a figura do Juiz Leigo no Poder Judiciário, o que se tem visto é que houve um aumento expressivo

na resolução de processos cíveis, nas pequenas causas, exatamente porque esse profissional emprestava serviço expressivo aos juízes togados, de modo a alavancar crescimentos e diminuição das demandas no sistema.

Importante frisar, não adianta simplesmente nomear um Juiz Leigo, fazendo-o trabalhar como conciliador, se este não estiver preparado para a sua função, estudando casos concretos, buscando atualização continuada e constante, elencando novas técnicas de sentenças e conhecendo a moderna doutrina jurisdicional, é preciso realmente que o papel do Juiz Leigo se efetive não somente na teoria, mas também na prática.

Isso significa dizer, que o Juiz Leigo, justamente por estar continuamente se aperfeiçoando e estudando, possui conhecimento jurídico para presidir audiências, realizar instrução e julgamento, bem como acordos entre as partes.

Assim, é questionada a atuação do juiz togado, que possui todo um embasamento técnico dos processos legais, mas que, em razão da grande demanda não pode observar as peculiaridades de cada parte. Há muito disso nos processos conciliatórios, em que o caso concreto é vivido e tratado com concessões recíprocas, acertando justamente a sentença, e não somente analisando fatos, provas e testemunhas. Isso não significa dizer que a atuação do juiz togado deva ser extinta ou se faz de menor importância. O que se pretende elencar é que o Juiz Leigo realmente faça todo o processo de instrução, julgamento e sentença, o qual é de sua atuação, e o juiz togado, de forma impostergável, mantenha constante acompanhamento e coordene as ações. Que o Juiz Leigo seja um auxiliar do juiz togado, para que o princípio da celeridade processual, tão necessário no mundo atual, seja efetivado na prática.

Ainda, a atuação efetiva dos Juizados Especiais tende a maximizar a diluição dos conflitos, sendo que, mais importante que resolver e sentenciar processos, é que as pessoas troquem ideias e opiniões, de modo que consigam



resolver seus conflitos pelo diálogo, evitando o julgamento, que é um dos grandes responsáveis pela lentidão da justiça atual.

Conclui-se desta forma, que os Juizados Especiais Cíveis tendem a possibilitar de forma concreta e constitucional o ideal da celeridade processual, evocando o diálogo e as trocas constantes entre as partes, além de impulsionador de concessões justas e acordadas entre ambos. Porém, para que isso se concretize de forma qualitativa, é essencial a efetiva aplicação do artigo 7º, a qual engloba a atuação do Juiz Leigo, pois a justiça não se trata de um compromisso individual, mas sim coletivo, onde a sociedade clama por uma justiça mais célere e efetivamente eficiente a todos que dela buscam.

## REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)] *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. Lei n. 8.569, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Cível Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1973.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 set. 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. 3. ed. Tradução: Hebe Caletti Marenco. Sorocaba: Minelli, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor*: tutela individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. Apresentação: Prof. J.J. Gomes Canotilho. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1999.

ESTEFAM, André; OLIVEIRA, Allan Helber; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Da competência nos juizados especiais cíveis*. São Paulo: RT, 1996. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 36).

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: RT, 1995.

FRIGINI Ronaldo. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: JHM, 2000.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

LIMA, Manuel Hermes de. Quosque Tandem Abutere Iustitia Patientia Nostra: Até Quando, Justiça, Abusará de Nossa Paciência. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, v. 11, n. 76, p. 117-131, mar./abr. 2012.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição. Brasília, DF: UNB, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados especiais criminais: princípios e critérios. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 68, nov. 1996.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PARZZIANELLO, Marco Aurelio; ROSA, Everton Giovani da. *A criação da função de juiz leigo nos juizados especiais cíveis do Estado de Santa Catarina como forma de garantia da celeridade processual*. São Miguel do Oeste: Unoesc, 2014. Disponível em: [http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/04/marco\\_aurelio\\_parzzianello.pdf](http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/04/marco_aurelio_parzzianello.pdf). Acesso em: 12 nov. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar (org.). Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados. *Texto para discussão*, Rio de Janeiro, n. 966, jul. 2003.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*: as origens da nossa época. Tradução: Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000. p. 94-95.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis*: comentários à Lei n. 9.099/95. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SILVA, Luiz Cláudio. *Os juizados especiais cíveis na doutrina e na prática forense*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano 6, n. 36, jul./ago. 2005.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei nº 9.099/95*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo et al. *Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

# LEI DO FEMINICÍDIO: A NOVA FORMA DE COMPREENDER O HOMICÍDIO PASSIONAL

Julia Schneider Mayer<sup>1</sup>

Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

**Resumo:** Ao longo da história de submissão, esquecimento e impunidade, a mulher de *res* passou a sujeito de direitos. O movimento feminista, aliado ao punitivismo, atualmente culminou na Lei do Femicídio, uma forma de alertar e divulgar a violência de gênero, não deixando mais que a impunidade do “homicídio passional” ganhe espaço nos tribunais e no meio social. Embora hoje existam diversos instrumentos de proteção e punição voltados, especialmente, ao enfrentamento à violência contra a mulher, de acordo com o último Mapa da Violência, publicado em 2015, apenas pautado em questões de gênero, o Brasil apresenta o 5º maior índice de assassinatos contra a mulher, por razões de condição do sexo feminino. E, para entender o objetivo da referida Lei, é necessário analisar como o passado de impunidade trouxe consequências. Assim, o presente artigo propõe abordar as principais teses, personalidade do agente desse termo que, atualmente, soa impróprio, como ocorreu a emancipação da mulher, com a inserção de leis, convenções e tantas outras medidas, dando maior efetividade à mulher no Brasil, além de uma análise da justificação empregada para a criação desse tipo penal e sua real necessidade e efetividade. O método utilizado neste trabalho foi o dedutivo e histórico, contendo como fontes as abordagens doutrinárias, jurisprudenciais, com a utilização de artigos científicos disponíveis on-line.

**Palavras-chave:** Homicídio. Passional. Femicídio. Gênero. Simbolismo penal.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; j.schneidermayer@gmail.com

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

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem, como objetivo, apresentar um breve contexto histórico e cultural do homicídio passional, que hoje se compreende no feminicídio íntimo, um dos diversos tipos de feminicídio, pois o Estado brasileiro, por muitos anos, legitimou a violência de gênero, expondo o perfil e locais que o feminicídio íntimo se perpetua, além da apresentação da tese defensiva utilizada ainda hoje. Atualmente, percebe-se o Estado, como legitimador, e foi, por muito tempo, omissor na busca do combate contra a violência de gênero, causando diversos prejuízos. Ademais, mesmo após a emancipação feminina e a criação de diversas políticas sociais, o Brasil ainda ocupa o 5º lugar, em nível mundial, com o maior índice de feminicídios, perdendo apenas para El Salvador, Guatemala, Rússia, Colômbia e Belize.

Como estratégia de enfrentamento à violência, em 2015 houve a inserção da figura do feminicídio, enquanto qualificadora do delito do art. 121, do Código Penal, porém tal qualificadora não difere das outras qualificadoras genéricas (motivo torpe, fútil), que, geralmente, são aplicadas ao “homicídio passional”, cuja pena permanece nos limites de reclusão, de 12 a 30 anos.

Diante disso, para um melhor entendimento, o trabalho se organiza em três partes. Primeiramente, apresentam-se as principais teses do homicídio passional, a personalidade do agente e a tese que ainda vige para desqualificar o crime qualificado. Posteriormente, a ocorrência da emancipação da mulher, criação de leis preventivas, como a “Lei Maria da Penha” e a punitiva “Feminicídio” e alguns dados relativos à incidência desse crime. E, por fim, analisam-se as justificativas, sob o entendimento penal simbólico e sua efetividade.

## 2 HOMICÍDIO PASSIONAL

*A priori*, o homicídio passional trata-se de um homicídio doloso, ou seja, o ato intencional de matar. Já o termo passional deriva do latim *passionalis*, de *passio* “paixão”, é como juridicamente tem se designado os crimes cometidos por paixão ou amor, em razão de relacionamento sexual ou amoroso.

Eluf (2002, p. 111) salienta que todo o crime, de alguma maneira, é passional, pois o termo paixão apresenta um sentido amplo, apesar disso, em linhas gerais, entende-se o homicídio passional ou uxoricídio no campo doutrinário como o homicídio praticado pelo namorado, companheiro, cônjuge (ou ex), no qual acredita ter a posse da mulher, impulsionado pelos diversos sentimentos provocados pela paixão e pelo inconformismo pelo simples rompimento da relação, o desprezo da amásia ou a (suposta) traição.

Por muito tempo, o conceito do crime era tido como se a motivação decorresse de sentimentos nobres, porém, o termo paixão, nesse caso, deve ser compreendido como um sentimento negativo, pois, ainda seguindo os ensinamentos de Eluf (2002, p. 111): “A paixão que move a conduta criminoso não resulta do amor, mas sim do ódio, da possessividade, do ciúme ignóbil, da busca da vingança, do sentimento de frustração aliado à prepotência, da mistura de desejo sexual frustrado com rancor.”

Após o exposto, a legislação atual, em seu art. 28 esclarece que tanto a emoção (uma manifestação do psiquismo ou da consciência humana mais fugaz e passageira) quanto a paixão (mais duradoura e prolongada) não excluem a imputabilidade do agente (LEAL, 2005, p. 88).

Ainda, é necessário elucidar que o homicídio não tem um sujeito ativo ou passivo especial, portanto, trata-se de um crime comum. Assim, qualquer pessoa pode cometer ou ser vítima de tal delito. Entretanto, a maior vitimada do crime passional é a mulher, diante da banalização como o assunto foi tratado pelas normas, visão social e nas mais diversas formas

de arte (cinematográfica, literária, dramaturgia, musical, etc.). Assim, faz-se necessário abordar como as normas e a sociedade julgou esse delito.

## 2.1 PRINCIPAIS TESES E NORMAS APLICADAS, CONFORME OS COSTUMES E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No período Brasil-colônia, quando não havia um ordenamento próprio, aplicavam-se os dispositivos da lei portuguesa. Conforme o livro V das Ordenações Filipinas, a relação sexual da mulher, fora do casamento, constituía adultério, o que permitia ao marido traído “fazer justiça” com as próprias mãos, matando sua mulher e o amante, porém essa regra era aplicada apenas ao homem traído, logo, não se aproveitava para a mulher que fosse traída. Vale observar, que se o marido mantivesse relações com outras mulheres, essa situação não se caracterizava adultério e sim concubinato. A referida lei vigorou até 1830, quando se constituiu o primeiro Código Penal, o qual pôs fim a essa norma (ELUF, 2002, p. 162).

Posteriormente, o Código de 1890, em seu art. 27, § 4º, trouxe a figura da excludente de ilicitude, desclassificado como crime o homicídio que fosse praticado *sob um estado de total perturbação dos sentidos e da inteligência*, como se, momentaneamente, o passional, com a descoberta do adultério, perdesse a capacidade de entender o caráter ilícito do ato, dessa maneira, tornava-se isentado da condenação criminal.

Por fim, no Código Penal, promulgado em 1940, ainda em vigor, a figura da excludente contida no Código de 1890 foi invalidada, substituída por uma nova categoria de crime: o “homicídio privilegiado”. Tal modalidade não deixa mais impune o assassino passional, porém atribui uma pena menor que o homicídio simples. Tal situação foi um avanço à época, resultado do esforço de movimentos por uma parcela da sociedade, inconformada com a tolerância e banalização com que eram julgados determinados passionais,



porém a visão social permanecia que o homem traído ou abandonado tinha o direito de assassinar a mulher (ELUF, 2002, p. 162).

Essa nova atenuante não foi bem aceita pelos advogados de defesa da época, os quais buscavam a absolvição do agente ou uma pena mais favorável do que a contida no homicídio privilegiado. Assim, como um artifício criado pelos próprios advogados da época, surge a tese da *legítima defesa da honra e da dignidade*, equivalendo à pena do homicídio culposo, tese que possuía grande receptividade pelos jurados, mesmo com a exclusão da ilicitude, contida no art. 28 do novo Código, pois durante muitos anos o conselho de sentença foi composto por homens e o local público não era um espaço para a figura feminina (ELUF, 2002, p. 163).

Portanto, é inconstitucional a menção da tese da legítima defesa da honra em plenário do Júri atualmente. No mesmo liame, Eluf (2002, p. 165) declara que “está clara que a mera menção à tese da legítima defesa da honra ofende a todas as mulheres, por tratá-las como ‘objetos de uso’ masculino.” Do mesmo modo, declara Mirabete (2014, p. 170), que a honra é um patrimônio pessoal ou personalíssimo, não se transferindo para o corpo de terceiro, mesmo sendo a esposa ou o marido adúltero.

## 2.2 PERFIL DO AGENTE, INCIDÊNCIA, PRINCIPAIS MEIOS, MODOS E LOCAIS QUE O CRIME SE CONSUMA

Para caracterizar a imagem do delito cometido no “calor da dor”, eram admitidos dois critérios no julgamento do passional: sua personalidade/vida anterior ao cometimento do delito e a qualidade dos motivos que o levaram à consumação do ato delituoso. A violência na execução do delito perdia sua importância diante da consideração da índole do passional, da sua vida pregressa honesta e da qualidade moral e social de seus motivos, como se o ato fosse apenas um lamentável acontecimento na vida de um homem de bem (SÁ, 2005, p. 48-49).

Todavia, os homens que praticam o homicídio passional, qualificado pelo feminicídio, possuem características bem particulares, raramente o passional se arrepende, pois se encontra convicto que tenha agido conforme seu direito, além disso, é inseguro e imaturo afetivamente, sendo que, geralmente, não reincide. Em suma:

A verdade é que, em regra, esses assassinos são péssimos indivíduos: maus esposos e piores pais. Vivem a sua vida sem a menor preocupação para com aqueles que deviam zelar, descaram de tudo, e um dia, quando descobrem que a sua companheira cedeu a outrem, arvoram-se em juízes e executores. A verdade é que não os impele qualquer sentimento elevado ou nobre. Não. É o despeito de se ver preterido por outro. É o medo do *ridículo* – eis a verdadeira mola do crime. (NORONHA, 2000, p. 24).

A principal característica desse crime é o modo de execução, ocorrendo com frequência de forma odiosa e repugnante, seja pela tortura, desfiguração do corpo. Como se pode verificar no Mapa da Violência de 2015 (WAISELFISZ, 2015), os principais meios e instrumentos utilizados são a arma de fogo, que lidera em 48,8% dos casos e, ao mesmo tempo, o aumento de modos e meios que indicam a presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis/banais, como o estrangulamento/sufocação; e a utilização de objetos cortantes, penetrante, contundentes (WAISELFISZ, 2015, p. 41).

Além disso, é necessário esclarecer que os assassinos passionais realizam seus atos para sua autoafirmação, querendo expor que têm uma posição mais elevada e o comando no relacionamento, em suma, vivem uma história de amor totalmente egocêntrica. Se não ocorresse a ruptura, rejeição, a revolta, e, ocasionalmente, a traição da mulher, não haveria a eliminação do ser desejado (ELUF, 2002, p. 117).

Além disso, outro ponto a ser refletido é o local mais frequente que o crime se consuma. Segundo o Mapa da Violência, em 27,1% dos casos os homicídios de mulheres ocorrem dentro de suas casas (WAISELFISZ, 2015, p. 41).

Do mesmo modo, assinala o Mapa da Violência que a normalidade nesse tipo de violência encontra justificativa em um horizonte cultural do patriarcalismo, o qual autoriza ao homem a prática dessa violência, com o fim de penalizar e corrigir aquela que transgredir o papel esperado de mãe, de esposa e de dona de casa (WASELFSZ, 2015, p. 77).

Por fim, o passional vê, com a morte da “amada”, uma possibilidade de esta ser eternamente sua, já que não poderá ser de outro. Prefere a destruição do objeto de desejo do que a perda.

### 2.3 HOMICÍDIO PASSIONAL PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI

Segundo o art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o § 1º do art. 74, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o Tribunal do Júri terá a competência para o julgamento quando ocorrer os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados. Portanto, o homicídio passional será uma categoria de crime que não obedece à regra geral de julgamento por juízes togados, ou seja, o julgamento caberá a 7 (sete) jurados leigos, que decidirão conforme seus valores, consciência e não com base no texto expresso de lei.

No “homicídio passional”, ao longo dos anos, foram várias as teses defensivas apresentadas perante o Tribunal do Júri para eximir a culpa do autor do delito, e, conforme passavam os anos, a cultura da sociedade transformava-se, evoluindo, e, como efeito, modificando o Código Penal e eliminando as teses absurdas.

Atualmente, ainda é recorrente a defesa sustentar teses defendendo o homicídio privilegiado. Todavia, a tolerância com os passionais está diminuindo e não é mais tão comum a tese ser aceita pelo Conselho de Sentença. Isso fica claro quando, ao examinar acórdãos recentes e anteriores à inclusão da qualificadora do feminicídio, torna-se possível verificar que a conclusão

nos homicídios passionais tem sido a qualificação do delito, por motivo fútil, motivo torpe, entre outros (ANDRADE; KAZMIERCZAK, 2017, p. 200).

### 2.3.1 Homicídio Qualificado

Comumente, o passional pratica o homicídio por motivos, meios e formas ignóbeis, e, para punir o passional, representando os interesses indisponíveis, cabe ao Ministério Público o papel de acusador, promovendo a acusação criminal para assegurar a defesa dos interesses da sociedade. A acusação consiste no enquadramento do indivíduo no artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940), com uma ou mais qualificadoras, as quais serão detalhadas na presente subseção.

As hipóteses de homicídio qualificado encontram-se previstas no art. 121, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940). Importante ressaltar, que o homicídio qualificado é definido como hediondo, conforme Lei n. 8.072 (BRASIL, 1990). Portanto, sujeita-se a todas as restrições dos crimes hediondos, como a inafiançabilidade, cumprimento de pena em regime inicialmente fechado, insuscetibilidade de graça, anistia e indulto, etc.

### 2.3.2 Tese Defensiva: Do Privilégio da Violenta Emoção

*A priori*, o homicídio privilegiado é exposto pelo legislador com um tratamento excepcional diante das outras modalidades de homicídio. Essa diminuição de pena acontece na terceira fase da dosimetria da pena e utiliza-se a pena do homicídio simples, com uma redução de 1/6 a 1/3. Os motivos presentes nessa modalidade são dois: motivo de relevante valor moral ou social e domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. Portanto, o homicídio privilegiado não deixa de ser a figura prevista no *caput*, porém, diante de tais motivações, o legislador cuidou de atenuar a pena diante da menor reprovação social da conduta (CAPEZ, 2016, p. 49).

Para Pimentel e Pandjarian (2000), a tese da violenta emoção é a tese sucessora e sob uma nova rubrica da desprestigiada tese defensiva da legítima defesa da honra. É utilizada por ter maior aceitação perante o júri, como subterfúgio de conceder o privilégio à conduta homicida.

Na sistemática penal vigente, o homicídio passional não merece, por si só, qualquer contemplação, mas pode envolver-se das características do crime privilegiado, desde que presentes todos os requisitos estabelecidos, ou seja, sob o domínio, violenta emoção, o curto lapso temporal entre a provocação e a reação e a provocação injusta da vítima e desde que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença não seja manifestadamente contrária às provas dos autos (CAPEZ, 2016, p. 57).

O art. 121, § 1º, do Código Penal (BRASIL, 1940), possui mais de uma circunstância que privilegia o autor do homicídio, porém a terceira causa de diminuição de pena é o real foco de estudo da presente seção, sendo ela o homicídio privilegiado. Sobre a diferença de emoção e paixão, Alves (1984, p. 32), a partir da filosofia kantiana, leciona:

A melhor distinção ainda continua sendo a fundamentada no grau de sua intensidade, considerando-se psicologicamente a emoção como uma fase ou estado agudo, de alta intensidade – o denominado “raptus emotivo” – porém transitório, momentâneo enquanto o estado passional é de índole mais profunda, permanente, duradoura, crônica, mais dominadora da personalidade.

Para Nucci (2016), caracteriza-se o privilégio “quando o sujeito está dominado pela excitação dos seus sentimentos (ódio, desejo, vingança, amor exarcebado, ciúme intenso).” Além disso, para conseguir o benefício, o agente deve agir logo em seguida à injusta provocação da vítima, sem intervalo temporal. Portanto, complementa que a ação deve ser imediata, instantânea. Embora admita o decurso de alguns minutos, não se estende a horas ou dias. Se ocorrer de o agente reagir com um maior espaço de tempo da injusta

provocação, não será aplicada a qualificadora, e sim a atenuante genérica, disposta no artigo 65, III, c, última parte do Código Penal (NUCCI, 2016, p. 726-727).

Ainda, na visão de Bitencourt (2014, p. 79), é fundamental que a provocação tenha partido da própria vítima e seja injusta, ou seja, não justificada, não autorizada, o que não significa, necessariamente, antijurídica. Entretanto, não haverá a provocação da vítima se esta quer apenas o rompimento do relacionamento, o que não é um motivo razoável para o agente receber a atenuante.

Nas palavras de Eluf (2002, p. 159), “mesmo havendo a provocação da vítima, se o agente já comparece ao local do crime armado, demonstrando estar preparado para matar, não se pode reconhecer o privilégio”, ou seja, é incompatível a premeditação com a violenta emoção.

Por fim, se o Conselho de Sentença entender que é a causa de sua aplicação, essa será aplicada, pois conforme o art. 5º, XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal, é assegurado ao instituto do júri a soberania dos veredictos (BRASIL, 1988), e segundo o artigo 483, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a quesitação é realizada de forma que se questiona antes as causas de diminuição de pena e, em seguida, a(s) qualificadora(s), que não seja(m) inconciliável(is) com os motivos do § 1º, do art. 121. Portanto, quando reconhecida pelo Tribunal do Júri a privilegiadora da violenta emoção, automaticamente, a tese do feminicídio restará prejudicada, pois tal qualificadora tem a natureza subjetiva.

### **3 EMANCIPAÇÃO DA MULHER**

Após anos de uma história das mulheres de esquecimento e impunidade, a partir do século XX a figura da mulher começou a ganhar maior visibilidade na sociedade e, tudo isso, deve-se a movimentos de

emancipação, o que trouxe à mulher uma vida mais efetiva no campo social, político, econômico e cultural (SOARES, 1978, p. 11).

A presente seção inicia-se com um direito que configura uma das maiores expressões de cidadania e democracia, em virtude da reforma do Código Eleitoral Brasileiro, tal direito somente passou a ser garantido à mulher em 1932, há pouco mais de 80 (oitenta) anos (OLIVEIRA, 2015, p. 71)

Depois disso, em virtude do advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962), em 1962, a mulher passou a ser plenamente capaz de responder pelos próprios atos, sem a necessidade da autorização do marido, pois de acordo com o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) a mulher era considerada incapaz do ponto de vista civil, comparada aos então nominados pródigos, silvícolas e aos menores impúberes.

Para a promoção dos direitos de igualdade de gênero e a repreensão de qualquer discriminação contra as mulheres nos Estados-parte, em 1984 surge um marco histórico, com o primeiro tratado ratificado pelo Brasil, o qual dispõe a ampliação dos Direitos Humanos das mulheres, a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher “Convenção da Mulher”, assumindo o compromisso de, progressivamente, extinguir todo o tipo de discriminação, com o objetivo de proporcionar a efetiva igualdade de gênero. Porém, a Convenção foi falha no aspecto de não haver a aplicação de qualquer sanção contra os governos que não cumpriam os compromissos assumidos (PIMENTEL; PANDJIARJIAN, 2000).

Como já mencionado, a Constituição da República de 1988 foi uma conquista para as mulheres e homens, pois se antes as mulheres eram consideradas sujeitos de menor direito, agora, declaradamente, passam a ter plena isonomia com os homens (art. 5º, I), além da garantia de que não haveria práticas discriminatórias laborais (art. 7º, XXX), promovendo a inclusão em espaços públicos e legitimando-as em igualdade nos espaços privados (CAMBI; DENORA, 2017, p. 225).

Em 1996, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará (BRASIL, 1996), reconhecendo que a violência contra as mulheres alcançou um elevado número, tornando-se um fenômeno generalizado, que alcança todas as mulheres, independentemente de raça, classe e religião.

Apesar de ocorrer todo o avanço na mudança de perspectiva, antes um Estado legitimador da violência de gênero e agora atuando no combate, a mulher brasileira ainda não havia experimentado uma mudança social, pois não existiam políticas públicas que culminassem na disseminação dos novos conceitos de igualdade e dignidade, tão proclamados pela Constituição de 1988 (ROCHA; CARDOSO, 2016, p. 5).

Como um meio de mitigar, chamar a atenção e reconhecer a existência das diversas formas de violência de gênero, e seguindo as determinações contidas nas Convenções, das quais o Brasil é signatário, em 2006, ocorreu a criação da Lei n. 11.340. A lei, conhecida popularmente como “Lei Maria da Penha”, foi intitulada com esse nome diante da história da cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de duas tentativas de homicídio, cometidas por seu esposo, à época, as quais a deixaram paraplégica aos 38 (trinta e oito) anos e, principalmente, em razão da negligência e omissão do Estado brasileiro na solução definitiva do caso, pois, apesar de condenado pela justiça local, o réu, após quinze anos, ainda permanecia em liberdade, diante dos inúmeros instrumentos recursais (PIOVESAN, 2013, p. 335).

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) procura atuar na ordem simbólica para a redefinição das relações de poder, prevendo mecanismos especiais de proteção, como a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, além do atendimento policial especializado para as mulheres, nas Delegacias das Mulheres, e quando os direitos previstos na Lei Maria da Penha forem ameaçados ou violados, ela possa se valer das medidas protetivas de urgência (CAMBI; DENORA, 2017, p. 237).



Do mesmo modo, nove anos após ser sancionada a “Lei Maria da Penha”, oriunda da CPMI de Violência contra a mulher no Brasil e do Projeto de Lei do Senado n. 292, de 2013, entrou em vigência a Lei do Feminicídio (Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015), visando combater a expressão máxima da violência contra o gênero feminino, a morte, além do objetivo de fortalecer as políticas públicas de combate à violência contra a mulher, com base na efetivação do papel assumido pelo Estado. Todavia, essa violência de gênero será tratada, de forma mais detalhada, no tópico que segue.

Por fim, uma alteração recente foi a vigência da Lei n. 13.641/2018, alterando dispositivos da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), tipificando o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, impostas em razão da violência contra a mulher. De acordo com a modificação, em caso de descumprimento das medidas, será aplicada pena de três meses a dois anos de detenção e, ainda, em casos de prisão em flagrante, somente a autoridade judicial poderá conceder o direito à fiança (BRASIL, 2018).

Colocar a perspectiva de gênero no sistema jurídico brasileiro é um desafio na mudança de paradigmas. Essa dificuldade somente aponta à necessidade de se internalizar novos valores e visão de direito (PIOVESAN, 2013, p. 358).

### 3.1 FEMINICÍDIO

Com o advento da Lei n. 13.104/2015 (BRASIL, 2015), no dia 10 de março de 2015, o art. 121 do Código Penal (BRASIL, 1940) foi contemplado com mais uma circunstância qualificadora do crime de homicídio: a figura denominada feminicídio. Introduzido ao seu § 2º, o inciso VI, criado o novo § 2º-A, além da criação das causas de aumento específicas à nova qualificadora, expostas no § 7º. Em consequência, alterou o art. 1º da Lei n. 8.072/90, incluindo o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Hodiernamente, ressalta-se que

16 (dezesseis) países latinos tipificam o feminicídio e o Brasil foi o último a tornar lei tal figura (SOUZA, 2017, p. 83).

Para que reste caracterizada a qualificadora, nos termos do § 2º, inciso VI do art. 121 do Código Penal, o crime deverá ser praticado “contra a mulher por razões de condição de sexo feminino”, ou seja, a morte de mulheres pelo fato de serem mulheres, e a pena prevista não diverge das demais circunstâncias do homicídio qualificado, permanecendo nos limites da reclusão, que varia de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940).

Outrossim, aditou-se ao referido art. 121, § 2º-A, considerando haver razões de condição do sexo feminino, quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher ou situação de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

Para conceituar a situação de violência doméstica e familiar contra a mulher é necessário buscar a Lei “Maria da Penha”, cujo artigo 5º disciplina a questão:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, **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: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Nos casos de homicídio passional, o crime muitas vezes é cometido em relacionamento sexual ou amoroso, no qual não houve a coabitação,

assim, corroborando com o inciso III do art. 5º da Lei 11.340, a Súmula n. 600, do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre o autor e a vítima.” (BRASIL, 2017).

Referente à circunstância que integra o inciso II do novel § 2º-A, por menosprezo ou discriminação à condição de mulher, menosprezo passa a ser entendida como desprezo, aversão, repulsa a uma pessoa do sexo feminino e a discriminação se caracteriza no tratamento de forma diferente, distinguir, excluir ou restringir pelo simples fato da condição de mulher da vítima (GRECO, 2016, p. 41).

Nota-se que o legislador não trouxe uma qualificadora para a morte de mulheres, tal circunstância não se refere a uma questão de sexo (categoria que pertence à biologia), pois se fosse o caso, teria transcrito “se o crime é cometido contra a mulher”, mas sim a uma questão de gênero (referente à sociologia, padrões sociais do papel que cada sexo desempenha) (BIANCHINI; GOMES, 2015).

Concluindo, o termo não se trata de feminicídio, que é uma sinonímia de homicídio, o simples fato de ser mulher o sujeito passivo do crime de homicídio, mas feminicídio apresenta uma carga simbólica para o delito em questão, cujo sujeito passivo será a mulher e essa morte ocorre segundo as condições dispostas no § 2º- A do art. 121 do Código Penal (BIANCHINI; GOMES, 2015).

Nesse sentido, Cabette (2015, p. 33) conclui que o feminicídio acontecerá “em situações em que o agressor mate a mulher em uma atitude de exercício de um suposto ‘direito de posse’ ou de ‘domínio pleno’ sobre a vítima.”

E continua, afirmando que a qualificadora do feminicídio não é de natureza objetiva, como pode aparentar em uma análise perfunctória, não bastando que a vítima seja mulher, mas deve-se aliar a isso o dolo específico, qual seja, a violência doméstica ou familiar, ou, ainda, o menosprezo ou a

discriminação à condição de mulher. Dessa forma, a qualificadora é de natureza subjetiva, logo, incompatível com o homicídio privilegiado. Portanto, não é possível o reconhecimento do chamado “homicídio privilegiado-qualificado”, mas tão somente do homicídio qualificado (CABETTE, 2015, p. 33).

Por fim, Pereira (2015), em seus apontamentos sobre a referida lei, disserta a respeito dos possíveis tipos de feminicídio. A doutrina divide o feminicídio em íntimo, cometido por homens com quem a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins; o feminicídio não íntimo, quando a vítima não tinha nenhuma relação íntima, familiar ou de convivência com o feminicida; e, ainda, o feminicídio por conexão, ou seja, aquele que a mulher assassinada estava na “linha de tiro” de um homem que tentava matar outra mulher.

Ademais, sobre o novo parágrafo (§ 7º), incluído pela referida lei, ao art. 121 do Código Penal, expõe causas específicas de aumento de pena ao feminicídio, incidindo o aumento de 1/3 até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; contra a pessoa menor de quatorze anos, maior de sessenta anos ou com deficiência ou na presença de ascendente ou descendente da vítima (BRASIL, 2015). Porém, para incidir qualquer uma das causas de aumento de pena, o feminicida deve ter conhecimento de tais circunstâncias, ou seja, seu desconhecimento caracteriza erro do tipo, o que afastará a sua aplicação (BIANCHINI; GOMES, 2015, p. 15).

### 3.2 FEMINICÍDIO NO BRASIL: DADOS RELATIVOS À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Antes de abordar o tema da presente seção é necessário lembrar que, assim como em diversos crimes, os dados e estatísticas restam prejudicados diante do fenômeno da cifra negra que, segundo Farias Júnior (2008, p. 79), “é a criminalidade desconhecida, não registrada pela polícia, não elucidada, não

punida e não mantida nas prisões.” ou seja, aquela que oculta a real situação de violência de gênero vivenciada pelas vítimas. Ainda, segundo o autor, a estatística criminal não revela a criminalidade real, que é aquela praticada pelos delinquentes, mas apenas aquela criminalidade revelada, isto é, a que chegou ao conhecimento das autoridades (FARIAS JÚNIOR, 2008).

Mesmo com o avanço das leis e políticas de prevenção, garantindo à mulher os mesmos direitos, ademais da visão social, condenando os autores de forma mais efetiva, ainda não é o suficiente para extinguir esse tipo de crime e, conforme os dados do Mapa da Violência, as estatísticas não melhoram. Como exemplo, apenas nas questões de gênero, o Brasil, entre 83 países analisados, passou de 7º para o 5º lugar com o maior índice de feminicídios (WAISELFISZ, 2015).

Sobre os dados relativos à violência de gênero, o último Mapa da Violência divulgou que entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, ou seja, mais de 21% na década. Essas 4.762 representam 13 homicídios femininos diários, os quais 50,3% foram cometidos por familiares, sendo que 33,2% dos homicídios, nessas situações foram cometidos pelo seu ex-parceiro (WAISELFISZ, 2015).

Outra informação relevante do referido Mapa é que o número de homicídios de mulheres brancas representou uma baixa de 9,8% no total de homicídios, no período de 2003 e 2013, e o número de homicídios de mulheres negras aumentou 54,2% no mesmo período (WAISELFISZ, 2015, p. 30).

Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado pelo Fórum Brasil de Segurança Pública (2017, p. 2), em 2016, 4.657 mulheres foram mortas, entretanto, apenas 585 casos foram registrados como feminicídio pela polícia, o que representa apenas 12% do total de ocorrências. Apesar de nem todas as mortes de mulheres serem caracterizados como feminicídio, o número indica que há uma subnotificação dos casos (BANDEIRA, 2017).

Nesse mesmo sentido, um levantamento sobre os assassinatos das mulheres, em 2017, realizado pela equipe do G1, concluiu que houve

um aumento do número de vítimas de feminicídio, porém seguem sendo pouco notificados. Ainda, segundo o estudo, no ano da sanção da Lei, 11 (onze) estados não registraram casos de feminicídio e, em 2017, 2 (dois) anos depois da sanção da Lei de Feminicídio, 3 (três) estados não tinham casos contabilizados (SILVESTRE; NATAL, 2018).

Por outro lado, segundo dados levantados de um projeto estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem como objetivo reduzir efetivamente o número de inquéritos de feminicídio, entre março de 2016 e março de 2017 foram abertos 2.925 inquéritos de feminicídio no Brasil, sendo metade desses inquéritos o Ministério Público apresentou denúncia formal à Justiça. Assim, de acordo com o coordenador da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública e o conselheiro do CNMP, a baixa de 56,85% dos feminicídios, registrados entre os anos de 2016/2017 apresenta um avanço em comparação com os 8%, em média, da baixa dos casos de homicídio em geral (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017).

#### **4 LEI DO FEMINICÍDIO: A NOVA FORMA DE COMPREENDER O HOMICÍDIO PASSIONAL**

O termo feminicídio é encarado como a última instância do controle da vida e morte da mulher por parte do homem (parceiro ou ex-parceiro). Ele acredita ter a posse da intimidade e sexualidade da mulher e, para isso, tortura-a ou trata-lhe cruelmente, envolvendo a violência sexual atrelada ao assassinato, com a mutilação ou desfiguração de seu corpo, como forma de desonrar a dignidade e identidade da mulher (SENADO FEDERAL, 2013, p. 1004).

O feminicídio é uma continuidade da tutela especial, em conjunto com outras normas que foram editadas ao longo do tempo “com o exclusivo objetivo de conferir maior proteção à mulher, em face da nítida opressão enfrentada quando em convívio com alguém do sexo masculino, em regra.” (NUCCI, 2016, p. 742).

Nesse mesmo sentido, a Apelação Criminal n. 34734-2/213, tendo por Relatora a Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo, afirma que a qualificadora do Feminicídio terá incidência se “o caso de violência de gênero, for caracterizada pela ação ou omissão que revele uma concepção de dominação, de poder ou submissão do sujeito ativo contra a mulher.” (GOIÁS, 2009).

No seguimento, a CPMI sobre a violência contra as mulheres declara, em sua justificação, a importância em tipificar o feminicídio, como um meio de proteger e efetivar os direitos das mulheres:

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. (SENADO FEDERAL, 2013, p. 1005, grifo nosso).

Pelo exposto, a importância do feminicídio se justificaria pelo histórico de impunidade no julgamento em casos de morte de mulheres, nos quais, muitas vezes, a motivação do crime, violência de gênero, é substituída por teses, como a do crime passional, ciúmes ou legítima defesa da honra. A mudança nominal e topográfica a essa violência de gênero visa dar visibilidade do fato social à sociedade, para que o Tribunal do Júri identifique a motivação de gênero, evitando, desse modo, impunidades (SOUZA, 2015, p. 10).

Com isso, a via do direito penal tem se mostrado mais sensível, ao notar as demandas femininas, que antes eram simplesmente ignoradas e invisíveis. Nela se identifica que existe uma violência institucionalizada,

a qual não deve ser ignorada ou tolerada juridicamente (ANDRADE; KAZMIERCZAK, 2017, p. 292).

Para Scholottfeldt (2017, p. 11), a criação da lei, sob o nome de feminicídio, serve a razões muito mais fundamentais do que a possível punição. É o reconhecimento de uma realidade pelo Direito, como instituição, que, muitas vezes, não é reconhecida pelo próprio meio social. Estabelece um avanço na compreensão política da violência estrutural e sistemática, da negação da autonomia, do fator de discriminação e subordinação da mulher, bem como da ausência de políticas de prevenção e erradicação desse tipo de crime.

#### 4.1 FEMINICÍDIO: DIREITO PENAL SIMBÓLICO?

Antes de adentrar no tema do simbolismo penal, é necessário abordar o que é Direito penal, para que os termos não se confundam. Assim, conforme Cunha (2016, p. 18), o direito penal é o sistema de leis e normas que visa proteger os bens jurídicos que consideram mais relevantes de uma sociedade, nos quais o Estado possui o poder-dever de impor a sanção criminal àquele que cometer a prática delitiva (CUNHA, 2016, p. 18).

Já o direito penal simbólico surge do sentimento de urgência, é a resposta deferida pelo Estado, com a edição de normas penais em face do clamor social. É uma deturpação do Direito Penal, ou seja, é uma dogmática penal negativa, que se materializa em ações meramente retóricas do Estado, como a edição de leis sem um critério rigoroso que garanta a efetiva e coerente aplicação (JESUS; GRAZZIOTIN, [20--]).

Nesse aspecto, para Moron e Mattosinho (2015, p. 238), o direito penal simbólico aplica-se à qualificadora do feminicídio, trazendo essa falsa percepção, qual seja, de que antes da referida alteração, o homicídio de mulheres por questões de gênero não possuía uma legislação que a protegesse, o que não é realidade. O legislador fez questão de rotular expressamente, com um fim de criar uma sensação de proteção à mulher de eventual crime.



De um modo ou de outro, o simbolismo penal cumpre o objetivo ao qual se propõe, isso porque visa tranquilizar a sociedade e não trazer a solução do problema (JESUS; GRAZZIOTIN, [20--], p. 3). Ademais:

Digo simbólico porque a mim me parece claro que o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranquilizadora de um legislador atento decidido. (QUEIROZ, 1999, p. 9).

Nota-se que as alterações realizadas no Código Penal, pela Lei do Feminicídio, não promoveram a modificação estrutural na substância e as consequências penais ao feminicida. O que se percebe é que a alteração reforça ainda mais o caráter simbólico, uma vez que não apresentou nenhuma política pública preventiva capaz de alterar o pensamento da sociedade acerca da igualdade de gênero e um meio capaz de solucionar o problema da violência de gênero no país (FEIDEN, 2016, p. 59).

Posicionando-se contrariamente, Cunha (2016, p. 19) alega que a tipificação do feminicídio não se realizou sob o prisma do caráter simbólico, visto que não se vê uma sociedade tranquila e a alegação que pauta o documento justificativo da referida Lei não usa citações de casos midiáticos, como ocorreu com a alteração da lei de crimes hediondos, e sim a morte de inúmeras mulheres que sofrem a violência de gênero; Ademais do procedimento de aprovação, que não se realizou de uma forma apressada, se comparada à lei de crimes hediondos, sendo que do projeto à publicação passaram-se mais de 2 (dois) anos, e, na lei de crimes hediondos, o processo e aprovação ocorreu em, praticamente, 2 (dois) meses (CUNHA, 2016, p. 19).

De maneira oposta, se por um lado o legislador não foi eficiente em suprir as necessidades da sociedade, com a edição da referida Lei,

quando analisada e efetivada em relação à Constituição e às Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, das quais o Brasil é signatário, são válidas e convergentes (MORON; MATTOSINHO, 2015, p. 240).

Nesse sentido, o art. 7º, da Convenção de Belém do Pará (BRASIL, 1996), em suas alíneas, expõe as medidas que os Estados-parte se comprometem a adotar para a prevenção, punição e eliminação de tal violência, empenhando-se em: “Artigo 7 - [...] b) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis.” (BRASIL, 1996).

Assim, se analisado sob o prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a aludida criminalização revela que atende aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e acaba compatibilizando com a preocupação da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana sobre o tema (MORON; MATTOSINHO, 2015, p. 247).

As demandas femininas são um grito na busca pelo sistema de justiça criminal, para que se promova uma ação imediata diante do alto índice de morte pela violência de gênero, mesmo que existam várias críticas e não seja a forma mais adequada para a solução desse fenômeno, porém não deixa de ser um modo para que o tema se difunda na sociedade, passando a conhecer e entender esse crime.

É importante que se realize a denúncia da violência de gênero, pois segundo o documento *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do feminicídio/femicídio*, ajuda a alterar a mentalidade patriarcal de alguns juízes(as), já que os obriga a motivar as decisões conforme a descrição do delito e desestimula a impunidade (COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER, 2013, p. 83).

E ainda, sobre a efetividade da lei do feminicídio no combate à violência de gênero:

Tampouco a tipificação da violência doméstica, nem do roubo, nem do homicídio tem sido medidas efetivas para reduzir estes delitos. Como sabemos que não é uma medida efetiva se não o tipificamos primeiro? A sanção serve para dissuadir as pessoas a cometer o delito e no caso do feminicídio, para chamar a atenção sobre a existência da violência contra as mulheres como resultado dos mandatos do patriarcado, mas a tipificação de qualquer delito não é garantia de que vá reduzi-los. Certos delitos vão em aumento e surgem delitos novos que nunca haviam existido antes. É um dever do Estado manter-se em dia com as mudanças que se produzem no contexto de nossa realidade. (COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER, 2013, p. 84).

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo demonstrar que desde os primórdios da formação do atual Estado do Brasil, a mulher vem enfrentando constantemente lutas de gênero, tentando obter direitos de modo isonômico, e que, apesar dessas lutas, na maioria das vezes, acaba com seus direitos ceifados, o que fica claramente demonstrado por todo o trâmite legislativo na obtenção da devida proteção e inclusão de garantias na Magna Carta, chegando ao extremo de precisar ter sua proteção pelo Código Penal.

O delito classificado como crime passional, no decorrer da história, passou por diversas alterações na forma de seu julgamento e concepção. A maior vitimada desse delito foi e ainda é a mulher, em razão dos papéis sociais que foram atribuídos a homens e mulheres, criando as condições para que o homem se sinta legitimado a usar a violência. Atualmente, o descabido termo se perfaz pela nomenclatura do feminicídio íntimo, uma das diversas formas da violência misógina, tornando o que era entendido como uma conduta nobre na forma de violência mais drástica contra a mulher.

A necessidade de incluir uma qualificadora específica para a mulher tem o objetivo do combate à impunidade e abarcar questões que não eram supridas pelas qualificadoras genéricas (motivo torpe/fútil), assim, a inserção da Lei advém de uma série de omissões e discriminação ao gênero, não apenas no Brasil, e sim em todos os demais países da América Latina e do mundo. Nota-se que, atualmente, há uma preocupação jurídica em atender as demandas femininas, que antes eram simplesmente esquecidas e ignoradas. Porém, mesmo com o advento da inclusão da referida qualificadora no Código Penal, esta não difere das outras qualificadoras genéricas, que poderiam ser aplicadas no entendido homicídio cometido por uma paixão/emoção incontrolável, como o motivo torpe ou fútil, cuja pena permanece nos limites de 12 a 30 anos.

Mesmo possuindo um caráter simbólico, emergencial, que trata as consequências e não as causas, na qual a violência de gênero já era suprida pelas qualificadoras genéricas, não se deve tirar o mérito da *novatio legis* que, de certa forma, é uma conquista e uma medida necessária, sendo um marco que visa alterar a mentalidade e erradicar as teses segundo o termo “delito passionai”, posto que é fruto de um sistema misógino e de impunidade. É reconhecer, dar visibilidade e abrir o debate, mesmo que não seja pelo modo mais adequado, que mulheres são cotidianamente mortas pela razão de serem mulheres, o que evidencia que a sociedade brasileira ainda é desigual e machista.

Considerando a intenção do legislador, com a Lei n. 13.104/15, em evitar interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis nas decisões, não se deve esquecer que ainda existe a possibilidade de o feminicida ter afastada a qualificadora quando reconhecido o privilégio exposto no art. 121, da violenta emoção, pelo Tribunal do Júri, pois tanto o privilégio quanto a qualificadora são circunstâncias subjetivas e, portanto, incompatíveis, assim o jurado, que muitas vezes não tem o conhecimento do afastamento automático por conta da referida incompatibilidade, realiza o ato sem saber as reais consequências.

Por fim, cabe ressaltar que os números obtidos ao longo do trabalho mostram dados que chegam às Centrais de Polícia e Delegacias e nem sempre são os que auferem a real criminalidade, denotando que existem cifras negras, portanto, está longe de expressar, verdadeiramente, os reais dados sobre as violências e mortes que acontecem cotidianamente contra as mulheres.

Obviamente, que se deve aprimorar não somente a lei, como também o próprio Estado, ao investir em políticas de educação e segurança, juntamente com outras medidas de prevenção à mulher, para que haja uma mudança significativa na sociedade. É verdade que a Lei não resolveria o problema social, que é a violência de gênero, pois não há lei que repare as consequências dos danos causados por anos de omissão e impunidade, entretanto, nenhum tipo penal tem sido medida efetiva para a diminuição dos índices da criminalidade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andressa Paula de; KAZMIERCAK, Luiz Fernando. As sufragistas, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 25, v. 138, p. 187-211, dez. 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da Violência na era da Globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVES, Roque de Brito. *Ciúme de Crime*. Recife: FASA, 1984.

BANDEIRA, Luiza. O que os números dizem sobre a aplicação da lei do feminicídio. *Nexo*, 16 nov. 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/11/16/O-que-os-números-dizem-sobre-a-aplicação-da-lei-do-femicídio>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BIANCHINI, Bianca; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: Entenda as Questões Controvertidas da Lei nº 13.104/2015. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 9-22, abr./maio 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

BRASIL. Decreto n. 1.973, de 9 de junho de 1994. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 ago. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei “Maria da Penha”. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm). Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018. Altera a Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Brasil, 3 abr. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13641.htm). Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 600*. Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. Relator: Felix Fischer Brasília, 27 de novembro de 2017. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula+adj1+'600'\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula+adj1+'600').sub.#TIT1TEMA0). Acesso em: 24 abr. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Femicídio: Mais Um Capítulo Do Direito Penal Simbólico Agora Mesclado Com O Politicamente Correto*. *Revista síntese direito penal e processal penal*, Porto Alegre: Síntese, ano 16, v. 16, n. 91, p. 31-57, abr./maio 2015.

CAMBI, Eduardo; DENORA, Emmanuella Magro. *Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 25, v. 133, p. 219-255, jul. 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). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do feminicídio/femicídio*. 2012. Disponível em: [http://www.compromisso-eatitude.org.br/wpcontent/uploads/2013/10/CLADEM\\_TipificacaoFemicidio2012.pdf](http://www.compromisso-eatitude.org.br/wpcontent/uploads/2013/10/CLADEM_TipificacaoFemicidio2012.pdf). Acesso em: 11 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO *Femicídio é tema de evento organizado pela Enasp no Ceará*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10287-femicidio-e-tema-de-evento-organizado-pela-ensap-no-ceara?highlight=WyIyLjkyNSIsImlucXV-cdTAWZTlIyaXRvcyIsIjluOTI1IGlucXVcdTAWZTlIyaXRvcyJd>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CUNHA, Sarah Lopes da. *A desnecessidade de tipificação do feminicídio*. Brasília: IDP/EDB, 2016. 29 f. Artigo (Graduação em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2016. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2116/Artigo\\_Sarah\\_Lopes\\_da\\_Cunha.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2116/Artigo_Sarah_Lopes_da_Cunha.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 11 abr. 2018.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de criminologia*. 4. ed. Curitiba: Juruá. 2008.

FEIDEN, Bruna Caroline. *A nova lei do feminicídio e o uso simbólico do direito penal: considerações sobre as possibilidades e os limites do direito penal como instrumento para o enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil*. 2016. 69 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2016. Disponível em: [http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3704/Trabalho de Conclusão de Curso.pdf?sequence=1](http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3704/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso.pdf?sequence=1). Acesso em: 24 abr. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Segurança Pública em números 2017*. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/10/infografico2017-vs8-FINAL-.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

GARCIA, Leila Posenato et al. *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. Brasília, DF: IPEA, 2013. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_femicidio\\_leilagarcia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf). Acesso em: 24 abr. 2018.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal Nº 34734-2/213. Relatora: Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo. *Diário da Justiça*, 14 abr. 2009. Disponível em: [http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?%20nmfile=TJ\\_347342213\\_20090414\\_20090506\\_093032.PDF](http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?%20nmfile=TJ_347342213_20090414_20090506_093032.PDF). Acesso em: 11 mar. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Mauricio Neves de; GRAZZIOTIN, Paula Clarice Santos. *Direito Penal Simbólico: o anti-Direito Penal*. [20--]. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

LEAL, João José. Cruzada doutrinária contra o homicídio passional: análise do pensamento de Leon Rabinowicz e de Nelson Hungria. *Revista Jurídica: Notadez*, Porto Alegre, v. 53, n. 335, p. 87-94, set. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual do direito penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.



MORENO, Renan de Marchi. *Eficácia da Lei Maria da Penha*. 2014. 12 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Unicas-telo, Fernandópolis, 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj050615.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

MORON, Eduardo Daniel Lazarte; MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri. A Lei n. 13.104/2015 (feminicídio): Simbolismo penal ou uma questão de direitos humanos? *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 228-251, jul./dez. 2015. Disponível em: [indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/download/843/838](http://indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/download/843/838). Acesso em: 24 abr. 2018.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 16. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A Nova Lei de Feminicídio em Face do Princípio Constitucional da Isonomia: Avanço ou Retrocesso? *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano 16, v. 16, n. 91, p. 69-75, abr./maio 2015.

PANDJIARJIAN, Valéria; PIMENTEL, Silva. Direitos Humanos a partir de uma perspectiva de gênero. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 53, p. 107-139, jun. 2000.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Breves apontamentos sobre a Lei nº 3.104/2015, que cria de crime feminicídio no Ordenamento jurídico brasileiro. *JusBrasil*, mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-feminicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 24 mar. 2018.

PIMENTEL, Silvia. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Cedaw, 1979. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/11/SPM2006\\_CEDAW\\_portugues.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf). Acesso em: 24 abr. 2018.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria. **Defesa da honra**: tese superada? *Folha de São Paulo*, 12 set. 2000. Opinião. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1209200009.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

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

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 74, p. 9, jan. 1999.

SÁ, Samantha Duburgras. Crime passional: um tipo de comportamento violento. *Perspectiva*, Erechim, v. 29, n. 107, p. 45-57, set. 2005.

SCHOLOTTFELDT, Shana. Feminismo, feminicídio e o entendimento dos operadores do direito brasileiro ao tratar a morte de mulheres em razão de gênero. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 295, p. 11, 2017.

SILVESTRE, Giane; NATAL, Ariadne. Investigação lenta e falta de prioridade levam a subnotificação de feminicídios. *G1*, 8 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/investigacao-lenta-e-falta-de-prioridade-levam-a-subnotificacao-de-feminicidios.ghtml>. Acesso em: 8 mar. 2018.

SOARES, Orlando. *A evolução do status jurídico-social da mulher*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978.

SOUZA, Fagner Gonzaga de. *O Feminicídio e o privilégio do domínio de violenta emoção frente à ordem de quesitação do Júri*. 2015. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2015. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2143/Monografia\\_Fagner\\_Gonzaga\\_de\\_Souza.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2143/Monografia_Fagner_Gonzaga_de_Souza.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 11 abr. 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Feminicídio: Uma qualificadora de Natureza Dúplice? *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, p. 82-93, v. 18, n. 105, ago./set. 2017.

ROCHA, Claudine Rodembusch; CARDOSO, Taís Prass. *Políticas Públicas de Gênero e o Feminicídio: uma análise sobre a (in)eficácia da lei criada para combater o assassinato de mulheres em razão do gênero*. 2016. 17 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Feevale, Nova Hamburgo, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14594/3312>. Acesso em: 24 abr. 2018.

ROVINSKI, Sônia Liane Reichert. *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lumen, 2004.

SENADO FEDERAL. *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório Final*. Brasília, DF: Coceti, 2013. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI\\_RelatorioFinal\\_julho2013.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf). Acesso em: 24 abr. 2018.

TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Monica. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. *La controversial tipificación del femicidio/feminicidio. Algunas consideraciones penales y de derechos humanos*. 2015. Observatorio de Violencia Social y de género. Disponível em: [http://ovsyg.ujed.mx/docs/bibliotecavirtual/La\\_controversial\\_tipificacion\\_del\\_femicidio.pdf](http://ovsyg.ujed.mx/docs/bibliotecavirtual/La_controversial_tipificacion_del_femicidio.pdf). Acesso em: 24 abr. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 11 mar. 2018.



# O ACESSO À JUSTIÇA PELOS HIPOSSUFICIENTES ECONOMICAMENTE COMO GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Patricia Schmitz<sup>1</sup>

Rafaella Zanatta Caon Kravetz<sup>2</sup>

**Resumo:** Diante de um cenário cada vez mais litigante, o acesso à Justiça deve ser efetivo e democrático, fazendo com que as partes sejam tratadas de forma igual e disponham das mesmas oportunidades. O acesso à Justiça é garantia constitucional, com previsão no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, determinando que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Ocorre que, em alguns casos, dada a condição financeira, social ou cultural da pessoa, esta pode ser prejudicada em determinadas demandas. Entretanto, é fato que os excluídos também têm seus direitos a reclamar ou fatos a se defender. Por esse motivo, a principal ideia deste trabalho é abordar o acesso à Justiça para as camadas populacionais mais vulneráveis da sociedade, a falta de informação a essas pessoas e como isso afeta o Estado Democrático de Direito, ademais, averiguar se existem aspectos que dificultam a efetivação desse direito, tornando-o mero dispositivo inacessível. O método a ser seguido será o dedutivo, partindo de premissas básicas ao efetivo acesso à Justiça. Ainda, com caráter qualitativo, uma vez que será necessário o conhecimento de diversas realidades. O método de procedimento, entretanto é o dedutivo, vez que a pesquisa está focada em verificar alguns motivos que levam ao cerceamento desse direito das camadas populacionais mais vulneráveis. Por fim, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Hipossuficiência. Estado Democrático de Direito.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; pati\_schmitz@hotmail.com

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

## 1 INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça é uma garantia prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura que a lei não excluirá do Poder Judiciário qualquer tipo de lesão ou ameaça de direito. Trata-se de um direito fundamental e tal dispositivo expressa que toda tutela jurisdicional postulada no Poder Judiciário não será passível de nenhum tipo de discriminação. A Justiça é o único caminho que o cidadão tem para fazer valer seus direitos, mesmo com o aumento da conciliação. Para compreender o acesso à Justiça como direito fundamental, será necessário aprofundar o estudo referente aos direitos fundamentais e seu conceito. O que se pleiteia é uma efetivação desse direito, a fim de que o acesso à Justiça seja sinônimo de Justiça, já que, mesmo com embasamento constitucional, inúmeras pessoas são lesadas.

A função social do Poder Judiciário é garantir a todos o alcance da Justiça, sendo necessário simplificar sua forma, para então apresentar-se de modo democrático. Por essa razão, o trabalho está dividido em três seções. Na primeira seção apresenta um enfoque para os direitos fundamentais, seus conceitos e sua associação com o acesso à Justiça. Igualmente, abrange o Poder Judiciário e sua função social com maior profundidade. Na segunda seção, o estudo trata do conceito de hipossuficiência e de que forma a assistência jurídica é prestada aos mais necessitados economicamente, segundo a legislação atual. Por fim, na última seção, o estudo baseia-se nos empecilhos que a camada populacional mais vulnerável enfrenta ao buscar o Poder Judiciário, especialmente, no que se refere às vestimentas.

## 2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O acesso à Justiça é garantia constitucional, a qual prevê que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito.” (BRASIL, [2016]). Diversas vezes, essa garantia constitucional encontra

empecilhos e não consegue ser efetiva. Um dos motivos é a diferença econômica existente na sociedade. Tal situação acaba por afetar de forma desfavorável as relações processuais.

Em sentido amplo, falar em acesso à Justiça significa dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A principal função dessa garantia é a de que o Direito Processual seja aplicado igualmente às partes litigantes. Ocorre que, em alguns casos, dada a condição financeira, social ou cultural da pessoa, esta pode ser prejudicada em determinadas demandas.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de “Constituição Cidadã”, teve por propósito mudar valores, além de anunciar uma maior Justiça à sociedade na defesa das suas liberdades. O tratamento que é assegurado a todos é um tratamento isonômico, haja vista o artigo 5º. Entretanto, a Justiça, que deveria ser vista efetiva e de forma igualitária, tornou-se, em determinadas vezes, desigual e injusta, dando a algumas partes essa aparência, em virtude das restrições de seus direitos.

Para garantir um acesso igualitário a todas as pessoas e fazer com que elas pleiteiem seus direitos perante o Poder Judiciário, é necessário que as camadas populacionais mais vulneráveis da sociedade não sofram nenhum tipo de discriminação socioeconômica. Porém, garantir isso em um país com tanta diversidade cultural nem sempre é possível.

Ao se pensar em Justiça, em primeiro plano já se associa a palavra com a legislação, entretanto, a Justiça não está somente ligada às leis. Vários outros fatores estão ligados ao termo, tornando-a ampla.

Em conformidade com essa questão, Silva (2010, p. 136) dispõe que “A partir da perspectiva institucional, direitos fundamentais, dentre outras consequências, deixam de ser apenas direitos individuais de liberdade. Mais importante que a liberdade do indivíduo é a liberdade de todos.”

Como se pode extrair, trata-se de uma virtude de convivência humana e para que de fato ocorra essa convivência humana, é necessária uma efetivação

no acesso à Justiça. Todas as camadas populacionais, independentemente de situação econômica, devem ser tratadas com respeito e de forma igual perante a legislação, sem que ninguém sofra qualquer discriminação.

A dignidade humana está intimamente ligada ao acesso à Justiça, uma vez que não deve ser tratada, simplesmente, como previsão constitucional, e sim como condição de valor constitucional, um princípio intimamente ligado às ações do Estado, e, principalmente, na proteção dos direitos fundamentais.

Conforme explica Sarlet (2006, p. 255), na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana passou a ter maior importância, tanto na esfera quantitativa quanto qualitativa. E, foi nesse mesmo momento, que houve um grande aumento em evidenciar a junção entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais são aqueles consagrados e positivados na Carta Magna, serviços essenciais à existência e desenvolvimento da pessoa humana.

Sarlet (2006, p. 297) compreende que os direitos fundamentais são também, de certa forma, direitos humanos, no sentido de que o seu titular será sempre o ser humano, mesmo que representado por grupos. Por “direito fundamental” se entende aqueles atribuídos à pessoa, reconhecidos e positivados, por outro viés, “direitos humanos” guardam a relação com os documentos de direitos internacionais, por se referirem àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal.”

Em um primeiro momento, a Constituição Federal, conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 296), foi a primeira a utilizar a expressão Direitos e Garantias Fundamentais, desse modo englobando diversas espécies de direitos, os chamados direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.

A Constituição de 1988 ofertou muitos direitos aos cidadãos, contudo, nem todos conseguem ser efetivamente cumpridos, como o acesso à Justiça, cerceado, em alguns casos, em razão da situação econômica da parte,



ou então, quando o cidadão é restrito de frequentar o fórum com o uso de determinadas vestimentas.

O Estado, como ente responsável pela administração da Justiça, deve guardar para si a jurisdição e solucionar conflitos. Com esse poder nas mãos do Estado, o indivíduo passa a ter direito de exigir dele uma resposta à sua demanda, que será remetida a uma apreciação do Poder Judiciário.

De acordo com Moraes (2011, p. 20), os direitos e garantias têm por finalidade básica o respeito à dignidade, por meio de proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e da personalidade humana, esse conjunto pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Assim, o acesso à Justiça encontra-se intimamente ligado à materialização do Estado Democrático de Direito, pois se trata de um direito fundamental. O propósito do cidadão não é somente levar a demanda ao Judiciário, busca-se uma eficácia do acesso à Justiça.

O indivíduo vê o Poder Judiciário como uma forma de reinserção da paz social, tendo o poder de concretizar os direitos não cumpridos. Fato é que a jurisdição assume um papel social perante a coletividade. Assim, depois de exercido o direito de ação perante o Poder Judiciário, é inadiável uma prestação jurisdicional efetiva.

De acordo com Sarlet (2006, p. 198-199), os direitos fundamentais concentram um duplo aspecto de “fundamentalidade”: formal e material. A fundamentalidade formal refere-se à posição reservada aos direitos fundamentais na estrutura do ordenamento jurídico, vinculado à legislação e aos Poderes Executivo e Judiciário. Já a fundamentalidade material diz respeito à sustentação e apoio para o reconhecimento e a constituição de outros direitos também fundamentais, porém formalmente não constitucionalizados.

Ainda para o autor:

Os Direitos Fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, dos sistemas de

governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. Assim, acompanhando as palavras de K. Stern, podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente. (SARLET, 1998, p. 59-60).<sup>3</sup>

Conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 789), o direito fundamental à assistência jurídica é considerado multifuncional. Tal direito tem por objetivo promover a igualdade, no intuito de promover uma sociedade livre, justa e solidária, além de reduzir as desigualdades sociais. Ainda, proporciona um efetivo acesso por meio da organização de um processo justo, que considere as diferenças sociais existentes entre as pessoas. Além de responsabilizar-se pela prestação estatal, responsabiliza-se pela sua não discriminação.

Nesse sentido, explica Sarlet (1998, p. 234), os direitos fundamentais, em decorrência de sua multifuncionalidade, podem ser divididos em dois grupos. Um primeiro, que são considerados os direitos de defesa (direitos de liberdade, igualdade, garantias, bem como os direitos sociais ou liberdades sociais e políticas). Em um segundo grupo estão as prestações (direitos a prestação em sentido amplo, que podem ser definidas como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, bem como direitos a prestações em sentido estrito, nesse grupo encontram-se os direitos sociais de natureza prestacional).

Pertinente se faz o entendimento de Pereira (2006, p. 77, grifo nosso), quando coloca que “Os direitos fundamentais, sendo normas jurídicas, podem

---

<sup>3</sup> Para melhor compreensão e ampliação do conteúdo, ver a obra de Stern (1988).

também ser analisados a partir de um enfoque *funcional* e de uma perspectiva *estrutural*.”

Complementando o entendimento supraexposto, e em conformidade com Pereira (2006, p. 77), de acordo com o ponto de vista funcional, a ideia de que os direitos fundamentais assumem um duplo caráter ou então dupla função constitucional, é amplamente aceita. Observando de outro ponto de vista, no plano subjetivo funcionam como garantidores da liberdade individual, hoje, a esse papel acrescentam-se os aspectos sociais e coletivos da subjetividade. Além disso, esses direitos possuem uma função objetiva, que ocorre pelo fato da sua normatividade superar a aplicação subjetivo-individual.

Complementando o entendimento, para Pereira (2006, p. 77-78), se for observar pelo enfoque estrutural tal fato, assume relevo a apreciação morfológica das normas que veiculam os direitos fundamentais. Nesse aspecto, cabe verificar se determinadas normas são entendidas como regras propriamente ditas, ou, então, como princípios, ou seja, se o sistema de direitos fundamentais é entendido como um conjunto por normas-regras, ou, então, apenas como normas-princípios, ou pelas duas.

Partindo dessa premissa, faz-se necessário o entendimento de Steinmetz (2004, p. 80), conforme o princípio da constitucionalidade condicionado à validade, seja ela formal, seja material, os atos do poder público e a sua associação com a conformidade normativa entre tais atos e, por conseguinte, as normas constitucionais, tanto as escritas quanto as não escritas.

Nesse mesmo sentido, conforme Steinmetz (2004, p. 80):

A Constituição é o fundamento jurídico último de validade de todas as normas do ordenamento jurídico. Ela é a norma *normarum*. Imediata ou imediatamente, direta ou indiretamente, todos os atos dos poderes públicos devem ser conformes à Constituição ou com ela não contraditórios.

Assim, a fim de uma melhor compreensão a respeito dos conflitos fundamentais, é importante o entendimento de Pereira (2006, p. 223), sobre os conflitos de direitos fundamentais, que são espécies de contradições entre as normas existentes, ou seja, há divergência entre elas quando aplicadas a uma mesma situação fática, ou seja, para um mesmo problema há no ordenamento diferentes soluções e que não podem ser efetivadas ao mesmo tempo.

## 2.1 O SENTIDO AMPLO DA JUSTIÇA

Falar de Justiça significa dizer que os direitos são iguais para todos, assim, para haver Justiça, há também de se ter a imparcialidade. Desse modo, percebe-se que a Justiça não pode ser analisada separadamente em nenhum caso, devendo sempre ser ponderada com os demais ditames pertinentes à convivência em coletividade.

Conforme Kelsen (2011, p. 41): “a Justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da Justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a Justiça pertence ao domínio da moral.” Segue afirmando, porém, tratar-se de uma qualidade humana, a qual consiste no tratamento com as demais pessoas. Para saber se uma conduta é justa ou injusta, é necessária uma valoração dela, pois pode ser entendida como um fato da ordem do ser existente no tempo e espaço (KELSEN, 2011, p. 42).

Nesse mesmo sentido:

O acesso à Justiça também pode ser dicotomizado nas vertentes formal e material. Na primeira pode-se considerar apenas a possibilidade de as pessoas, os cidadãos, socorrerem-se do sistema formal de Justiça. Dito de outra forma, a possibilidade de as pessoas ingressarem com uma ação judicial no Poder Judiciário. Só isto não basta para garantir plena cidadania. Para almejar sua concretização, há a necessidade de um conceito material de acesso à Justiça, ou seja, além dos cidadãos terem condições de utilizar o sistema judicial, é necessário que este tenha condições de garantir o respeito

à cidadania e a sua concretização em seu conceito mais amplo. (PRUDÊNCIO; FARIA; IJURIS, 2003, p. 79).

Como a sociedade sempre está em constante evolução, torna-se difícil a sua compreensão e aplicação, dado o grande número de desigualdades econômicas que existem. A promoção e a aplicação da Justiça são observadas de diferentes formas: seja pela morosidade, impunidade, seja pela inversão de valores no Poder Judiciário. E, quando isso acontece, há uma sensação de impunidade na sociedade.

O Estado é o responsável pela administração da Justiça, porém deve resolver essas questões com base no bem de toda uma coletividade. Assim, para que ocorra um pleno acesso ao Judiciário, é fundamental a aplicação aos preceitos básicos da Justiça.

Partindo dessa direção, é compreensível que não é necessário somente o direito de peticionar, o acesso à Justiça deve ser entendido de forma mais ampla. A partir do momento em que o indivíduo tem o seu direito lesado, o que ele espera do Poder Judiciário é uma resposta conveniente, tanto para ele quanto para a sociedade em geral.

Pertinente é o entendimento de Kelsen (2011, p. 78), quando coloca que “A Justiça, diferentemente do direito positivo, deve apresentar uma ordem mais alta e permanece em absoluta validade [...]”

O Estado deve proporcionar à sociedade meios eficazes ao acesso à Justiça, e, para que isso se concretize, a inclusão deve ser para todos, sem qualquer distinção, e, ainda, ignorando as barreiras econômicas e culturais.

Deve-se analisar, que o simples acesso ao Poder Judiciário, sem nenhuma solução efetiva, também deve ser considerado impróprio. Desta feita, importante se faz uma combinação entre o livre acesso e uma solução efetiva para o conflito discutido no Judiciário.

Para Rawls (2003, p. 43), uma sociedade bem ordenada é uma sociedade efetivamente regida por uma concepção pública de Justiça. Assim,

como pode se extrair, Rawls (2003) acredita que a sociedade somente será justa se for uma sociedade organizada.

As pessoas que possuem um maior grau de informação e melhor situação econômica tendem a procurar seus direitos com mais facilidade. Todavia, grande parte da população brasileira encontra-se desamparada quando se trata de buscar seus direitos.

Conforme Faria (1989, p. 45), após a Constituição Federal de 1988, foram consagrados novos direitos sociais, e, ligado a isso, o Estado de bem-estar. Tal fato transformou o acesso à Justiça num direito difuso, dessa forma, negar-se a tal direito é opor-se a todos os demais.

De acordo com Faria (1989, p. 48),

a distância dos cidadãos em relação à administração da Justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos relacionados com as desigualdades econômicas.

O acesso efetivo à Justiça, conforme Capelletti e Garth (1988, p. 15), vem sendo crescentemente reconhecido como um direito social básico nas grandes sociedades. A “efetividade” perfeita pode ser considerada como uma “igualdade de armas”, uma garantia de que o resultado final depende de méritos jurídicos.

Fato é que, segundo Capelletti e Garth (1988, p. 15), as diferenças entre as partes não conseguem ser eliminadas totalmente. Entretanto, o que deve ser observado é quais são os obstáculos, e, posteriormente, o que pode ser feito para solucionar tal problema.

Ainda sobre isso:

Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária.

Como consequências, as barreiras ao acesso à Justiça começaram a ceder. Os pobres estão obtendo assistência judiciária em número cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de esperar que as atuais experiências sirvam para eliminar essas barreiras. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 47).

Por esse aspecto, percebe-se que o acesso à Justiça teve vantagens após algumas facilidades ao sistema de assistência judiciária. Porém, a diferença econômica que pode existir entre as partes limita o acesso justo e efetivo.

Cappelletti e Garth (1988, p. 32) entendem que proporcionar ao pobre serviços jurídicos de qualidade é essencial, haja vista a necessidade de entender as leis cada vez mais complicadas e procedimentos complexos. Desse modo, tal assistência é essencial.

Além da necessidade de prestar um acesso à Justiça de qualidade, há a necessidade que esse acesso seja célere, já que formalismos excessivos podem prejudicar uma demanda imparcial.

### 2.3 FUNÇÃO SOCIAL DO PODER JUDICIÁRIO

Conforme Faria (1989, p. 71), existe uma grande ligação entre o Estado e o poder Judiciário. O aparelho Judicial faz parte do próprio Estado, trata-se, no entanto, de uma instituição específica para a continuação de alguma atividade que esteja inserida em ações que o Estado representa, além daquelas em que se materializa.

De acordo com o entendimento de Faria (1989, p. 135-136), o poder Judiciário tem uma função política, trata-se de uma função legitimadora e controladora dos poderes do Estado. Uma função considerada política é um mecanismo de legitimação. Desse modo, os tribunais inibem que um conflito perdure por tempo indefinido.

No mesmo sentido, Faria (1989, p. 142) entende que a função política do Judiciário se origina da sua inserção no Estado. Para organizar a Justiça, são necessárias condições materiais, fazendo com que todos os serviços devidos aos cidadãos sejam prestados de forma apropriada, principalmente, às classes populares com menor renda.

O Estado é estruturado sobre os três poderes. Em um primeiro lugar, o nível de desenvolvimento tanto econômico quanto social interfere na atividade jurisdicional, ou então, tem grande pressão sobre ela. Tal fato decorre da litigiosidade social, intimamente ligada à litigiosidade judicial (PRUDÊNCIO; FARIA; IJURIS, 2003, p. 19).

Nesse mesmo aspecto, e em segundo lugar, o nível de desenvolvimento político envolve-se na prestação jurisdicional. Quanto mais sólidos e democráticos forem os governos, menores serão os conflitos sociais, haja vista que, se trabalharem dentro da legalidade, haverá uma redução da demanda por Justiça (PRUDÊNCIO; FARIA; IJURIS, 2003, p. 19).

Como terceiro ponto, o Poder Judiciário atua em dois níveis de litigiosidade. Em um primeiro ponto, encontra-se a microlitigiosidade interindividual, porém não se afasta da macrolitigiosidade social, esta resultante dos conflitos sociais (PRUDÊNCIO; FARIA; IJURIS, 2003, p. 19).

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário, entre suas funções, tem a de garantir um Estado Democrático de Direito, ou seja, fazer cumprir o Direito Positivo, de forma efetiva, segundo os interesses da sociedade, tendo como ideia inicial o respeito à Constituição Federal. Tal fato resulta em um Poder que conduz à execução de Direitos e não desabrigar os cidadãos (PRUDÊNCIO; FARIA; IJURIS, 2003, p. 32).

Percebe-se, entretanto, que o Poder Judiciário vem, ao longo do tempo, buscando alternativas para a melhoria do processo, fazendo com que o cidadão sinta cada vez mais confiança em buscar o Poder Judiciário para a solução das demandas.



No Brasil, o número de pessoas que são suprimidas da Justiça passa de milhões. Essa exclusão acontece tanto em demandas interpessoais, ou seja, duas ou mais pessoas, quanto em demandas coletivas, aquelas que agrupam várias pessoas. Tal situação ocasiona com que essas pessoas, que não participam do sistema Judiciário, passem a não acreditar nele (PRUDÊNCIO; FARIA; IJURIS, 2003, p. 78). Conforme pode se extrair, ainda há uma elevada gama de pessoas que sofre com um efetivo acesso e tal fato decorre de inúmeras maneiras. Além de não conseguirem resolver suas demandas, passam a ter um descrédito em relação ao Poder Judiciário, de forma a se tornar necessária a humanização do poder Judiciário, fator fundamental para reverter o quadro, modernizando e democratizando aquele poder novamente (PRUDÊNCIO; FARIA; IJURIS, 2003, p. 90).

### 3 IDENTIFICAÇÃO E CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA

Para distinguir o conceito de hipossuficiência, é importante ressaltar que mais do que um conceito jurídico, trata-se de um conceito fático. Contudo, em conformidade com a Constituição Federal, esta prevê que: “O Estado, deverá prestar assistência jurídica aqueles que comprovem não ter recursos para tal.” (BRASIL, [2016]).

Desse viés, e em consonância com a legislação pertinente, aquele que não possuir recursos para arcar com as despesas judiciais, terão elas custeadas pelo Estado, em sua integralidade.

Conforme Gonçalves (2016, p. 210-211), antes da promulgação do Novo Código de Processo Civil, a gratuidade da Justiça era regulada pela Lei n. 1.060/1950, entretanto, tal legislação foi praticamente toda revogada com a promulgação do Novo Código Civil, lei 13.105/2015. Especificamente, o artigo 1.072, III, do CPC, revogou os arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei 1.060/50, os demais artigos permaneceram inalteráveis.

O artigo 98 do Código Civil, apresenta que:

Tanto a pessoa natural ou jurídica, que não tenha recursos necessários para pagar as custas judiciais, aqui compreendendo, as despesas processuais bem como os honorários advocatícios, terá direito à gratuidade da Justiça, na forma em que a legislação dispuser. (BRASIL, 2015).

Nesse mesmo enfoque, o parágrafo primeiro do artigo citado enumera o que compreende a gratuidade da Justiça, que tem em seu rol desde a gratuidade das taxas e custas processuais, até a gratuidade com emolumentos devidos no processo judicial.

Quando se fala em assistência judiciária gratuita, não há como não mencionar o papel que a Defensoria Pública exerce na sociedade atual. Conforme Alves (2006, p. 234), mesmo que o Brasil tenha expressado, em seu texto Constitucional, um dos sistemas mais desenvolvidos, no que se refere à garantia de igualdades às pessoas que não possuem condições de arcar com tais despesas de acesso à Justiça, englobando tanto a representação em juízo propriamente dita quanto isenções de todas as despesas e custas processuais que dela sucederem, possuindo orientações e aconselhamentos jurídicos preventivos, a realidade é diferente do que na prática, na maioria das vezes.

O entendimento de Gonçalves (2010, p. 20), é de que a assistência judiciária, desde as Revoluções do século XVIII, é reconhecida como direito humano. O acesso à Justiça era entendido como um direito que dispensava a atuação política do estado.

Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988, p. 11-12) entendem que o direito a um efetivo acesso tem sido gradativamente reconhecido como um novo direito, tanto individual quanto social, visto que sua titularidade é desprovida de sentido, na falta de mecanismos para sua reivindicação.

Por fim, Cappelletti e Garth (1988, p. 13) dispõem que o “acesso”, não pode ser considerado um direito fundamental social, é, necessariamente,

também, o ponto central do sistema processual. Seu estudo indica um aumento e aprofundamento dos propósitos e mérito da moderna ciência jurídica.

Conforme as lições de Gonçalves (2010, p. 27), a relação entre os direitos humanos e o homem é inseparável, pois o homem é visto como um possuidor e até mesmo depositário de determinadas prerrogativas, das quais o Estado não pode intervir.

### 3.1 HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E SOCIOCULTURAL

Em conformidade com o Dicionário de Português, a condição da pessoa hipossuficiente é aquela que não dispõe dos recursos financeiros ou econômicos para sozinha se manter (DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS, 2018).

Trazendo isso para o meio jurídico, significa dizer que a pessoa hipossuficiente juridicamente é aquela que não consegue arcar com as despesas que um processo judicial oferece, não somente as despesas com a contratação de advogado, mas as despesas com custas processuais e demais gastos advindos do processo.

Nesse mesmo sentido, é importante explanar o significado de pobreza, e que muito tem relacionado com a hipossuficiência. O Dicionário conceitua pobreza como um Estado de pessoa pobre, que tem carência do mínimo necessário à sobrevivência (DICIONÁRIO ON-LINE DE PORTUGUÊS, 2018).

Partindo dessa premissa, pode-se fazer uma vinculação entre os conceitos supracitados. Conforme exemplificado, se a hipossuficiência está intimamente ligada à escassez de recursos financeiros para a sobrevivência básica, não tem condições de o cidadão conseguir arcar com as custas processuais que um processo judicial requer.

De acordo com Alves (2006, p. 264-265), a incumbência que é dada pela Carta Magna aos poderes públicos, aqui especificamente à União e aos

Estados, no que se refere à prestação de assistência jurídica integral e gratuita, é considerada diferente do que acontece com os demais serviços públicos, que têm caráter universal, quais sejam: educação, saúde, segurança, ou seja, o destinatário final é a população brasileira. Porém, no que diz respeito à assistência judiciária gratuita, os titulares desse direito são somente aquelas pessoas que se encontram em uma situação de hipossuficiência, e que tal fato prejudique ou até mesmo as impeçam de ter acesso a esse direito.

Tal benefício, conforme Alves (2006, p. 265), é concedido às pessoas que estejam em situação de carência econômica, e que isso as impossibilite de arcar com as despesas que um processo judicial requer, para, assim, ter um efetivo acesso à Justiça.

É de suma importância compreender o entendimento de Alves (2006, p. 266), quando coloca que para a caracterização da condição de necessitado, a ideia que está impregnada no ordenamento jurídico brasileiro é de que a assistência jurídica prestada pelo Estado àqueles beneficiados deve ser compreendida como um auxílio ao efetivo acesso à Justiça; tal fato não se baseia em padrões de rendimentos auferidos pelo cidadão.

Ainda, nesse sentido, Castro (1987, p. 91) entende que o necessitado, para os fins legais, é aquele cidadão cuja situação econômica não permita pagar custas, sem prejuízo próprio ou da sua família.

Para o referido autor (CASTRO, 1987, p. 93), alguns compreendem que a situação econômica da parte que almeja a assistência judiciária gratuita é vinculada ao seu patrimônio, ou seja, o que ela possui de bem móveis e bens imóveis. Já outros entendem que a situação econômica é a situação financeira propriamente dita.

Porém, ainda de acordo com Castro (1987, p. 93), se para os que entendem que a situação econômica está interligada com o patrimônio, a mesma estaria cerceada aos que nada possuem. Em outras palavras, entende-se que se a pessoa não possuir dinheiro, mas possuir patrimônio, pode vender o patrimônio e assim terá dinheiro para custear a ação. De outro viés, aos

que entendem que a situação econômica está intimamente ligada à situação financeira, é necessário apenas que a parte não possua dinheiro para as despesas legais. Esse último, portanto, é o entendimento do autor, já que é incoerente vender patrimônio para custear as despesas processuais.

Já o entendimento de Alves (2006, p. 267) é de que não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma vedação que diga respeito à assistência jurídica gratuita às pessoas que possuam bens patrimoniais, principalmente, no que se refere a bens improdutivos. Ademais, tal fato não significa dizer que, ao ser analisada a concessão dessa gratuidade, não será observado um conjunto, para, desse modo, configurar a condição de hipossuficiente.

Após essa análise, pode-se perceber que alguns critérios são necessários para que se faça jus ao benefício da gratuidade da Justiça, e, ainda, alguns critérios devem ser observados para o combate ao desrespeito ao Poder Público.

Assim, segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 21), tanto as pessoas naturais quanto as organizações que possuam uma melhor condição financeira, têm vantagens ao propor ou defender-se de alguma demanda. De início, elas podem pagar para pleitear a demanda, além disso, podem suportar longas demandas. Desse modo, qualquer uma das partes, seja aquela que inicia a demanda, seja aquela que precisa se defender dela, tem em mãos um grande benefício, assim, a parte que apresentar gastos maiores que a outra poderá apresentar seus argumentos de maneira eficiente.

Vale observar o entendimento de Cappelletti e Garth (1988, p. 22), de que a capacidade jurídica é pessoal, entretanto, relaciona-se com algumas vantagens, como: diferença do meio social, diferença de educação, entre outras. Tal fato é fundamental para a determinação da acessibilidade da Justiça. As barreiras devem ser superadas, antes que um direito seja reivindicado no Poder Judiciário.

Também, conforme Alves (2006, p. 269), não se pode ter nenhum tipo de restrições para a assistência jurídica, em relação à natureza da causa que se pleiteia. Em outras palavras, mesmo que a causa seja uma ação de cobrança, de uma grande quantia de dinheiro, se o autor da ação não dispuser de recursos para arcar com a ação, não poderá ter a assistência gratuita negada em decorrência de tal fato.

Conforme explica Alves (2006, p. 273), a amplitude do direito de assistência judiciária é grande. A ideia é de fato dar efetividade ao princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal, com o intuito de que não existam desigualdades, sejam elas sociais ou econômicas, assim, desse modo, dando efetividade aos direitos assegurados no ordenamento jurídico a toda a sociedade.

De acordo com Gonçalves (2010, p. 57), a assistência jurídica pública passou a ser realmente percebida como um direito com o fim da 2ª Guerra Mundial. Nessa época se consolidou a segunda geração dos direitos humanos, que, a partir desse momento, envolvem também os direitos sociais. Os serviços públicos, tanto de defesa quanto de orientação jurídica eram compreendidos como uma concessão do Estado para manter a normalidade processual.

Entretanto, no Brasil, conforme Gonçalves (2010, p. 57), foi em 1934 que a Constituição Federal inseriu em seu rol a assistência judiciária pública, passando, então, a fazer parte dos Direitos e Garantias Individuais, previstos no artigo 113 § 32.

Nos dias atuais, segundo Gonçalves (2010, p. 57), a assistência jurídica pública, em conformidade com os ditames Constitucionais, é um direito de todo cidadão. Entretanto, essa afirmação é um pouco vaga, pois não se consegue ter dimensão desses serviços, visto que os direitos têm natureza diversa, isto é, alguns se efetivam pela intervenção do Estado, por exemplo: inviolabilidade de correspondência, e outros, por sua vez, estão intimamente ligados ao Poder Público.

Na legislação atual, conforme Gonçalves (2010, p. 58), a assistência jurídica pública, prevista na Constituição Federal, além de um direito fundamental é uma política social, oportunidade que o Estado garantirá esse direito, intervindo diretamente no caso, por intermédio das prestações desses serviços de defesa e orientação jurídica à população que não puder arcar com o ônus.

### 3.2 ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS POBRES/HIPOSSUFICIENTES

Nesse contexto, é importante o entendimento de Capelletti e Garth (1988, p. 67) sobre o tema da assistência jurídica aos pobres/hipossuficientes, o melhoramento da assistência jurídica, e, conseqüentemente, dos mecanismos para representação dos interesses públicos, considerados primordiais para um efetivo acesso à Justiça. Tais melhoramentos são essenciais, visto que o objetivo é a proteção judicial aos desamparados judicialmente. Essas reformas, também, estão tornando acessíveis advogados àqueles que não podem arcar com seus serviços, tornando, assim, as pessoas cada vez mais conscientes de seus direitos.

De acordo com Alves (2006, p. 274-275), a gratuidade da Justiça e a assistência judiciária, que são abrangidas pelas despesas do processo e, também, honorários advocatícios, tiveram um grande aumento com a Constituição Federal de 1988. A Carta Magna, em seu novo regime, passa a abranger também consultoria, orientação jurídica, além disso, programas de educação e cidadania, que lutam pelo melhoramento do sistema jurídico, isso voltado ao avanço da condição de vida das pessoas hipossuficientes.

Conforme o autor (ALVES, 2006, p. 277-278), o procedimento para conseguir o direito de assistência jurídica e judiciária aos pobres é simples. Isso decorre do fato que a legislação não estabelece um limite de rendimentos, nem mesmo da quantidade patrimonial, para a concessão do benefício. Além disso, não exige procedimentos formais, o que se pede, basicamente, é apenas uma afirmação da pessoa que não tenha condições de arcar com os encargos judiciais.

Em conformidade com Castro (1987, p. 117), a assistência judiciária não é um direito absoluto, ou seja, qualquer mudança na situação financeira da pessoa que foi beneficiada poderá ser reexaminada. Com essa revisão, poderá ocorrer revogação do benefício da assistência, que poderá ser requerida pela outra parte, ou até mesmo de ofício pelo juiz da causa.

Explicam Cappelletti e Garth (1988, p. 92), que as pessoas consideradas comuns têm dificuldades de fazer valer ao nível individual. Desse modo, as barreiras que são enfrentadas por essas pessoas, consideradas relativamente fracas com as causas pequenas contra litigantes com um poder maior, prejudicam o direito a novos direitos.

Outro ponto importante a ser explanado, de acordo com Cappelletti e Garth (1988, p. 147), é de que os planos de desenvolvimento de assistência jurídica, sejam eles por convênio ou em grupo, são situações que nos recentes anos começaram a ser discutidas. Nesse contexto, estão as propostas de tornar o acesso aos advogados mais fácil, para o indivíduo da classe média ou baixa.

Conforme Alves (2006, p. 295), o entendimento que predomina é que a desobrigação em pagar as custas não é um direito absoluto, tampouco definitivo. Tal fato pode ser associado como uma exclusão do dever de pagamento. Assim, tais isenções têm caráter passageiro, e, desse modo, perduram enquanto durar a situação de hipossuficiência.

Completando o entendimento, Alves (2006, p. 295-296), coloca que, caso a parte que estiver gozando do benefício da gratuidade da Justiça, por alguma razão, melhore sua situação financeira, o benefício será interrompido, e, então, a partir desse momento passará a arcar com as despesas que o processo terá.

#### **4 A EXCLUSÃO DO HIPOSSUFICIENTE NO PODER JUDICIÁRIO**

De acordo com o entendimento de Cichocki Neto (2001, p. 35), o papel que o Poder Judiciário tem nos dias atuais é amplo, haja vista que ele



não pode mais simplesmente ser um simples agente incumbido de interpretar e aplicar a legislação ao caso concreto, ou, até mesmo, pautar sua atividade somente sob o individualismo. A sociedade espera do Poder Judiciário uma nova postura diante das soluções de conflitos, não admitindo, portanto, um Judiciário parado nas mudanças sociopolíticas.

Desse modo, e em conformidade com Cichocki Neto (2001, p. 37), a função do Poder Judiciário não está apenas voltada a si mesmo, sua atividade deve estar direcionada ao bem comum da população em geral. Fato é que, assim, tem-se um Poder mais eficiente e também adequado à sociedade. Entende-se, dessa maneira, não estar apenas embasado no Direito, na legislação, propriamente dita, mas também na democracia social.

Ainda, conforme Cichocki Neto (2001, p. 37), essa concepção está intimamente interligada ao acesso à Justiça, não apenas como a disponibilização dos benefícios jurídicos, mas também como aos resultados sociais e políticos.

Em conformidade com Caovilha (2003, p. 29), a assistência judiciária obteve inúmeras melhorias, as quais tornaram o acesso à Justiça da população com menos recurso financeiro mais fácil. Entretanto, ela não deve ser entendida como o único recurso do acesso. Para que de fato o sistema de assistência jurídica seja realmente eficiente, há algumas necessidades, como, por exemplo: ter um grande número de advogados para a procura, além disso, os profissionais devem estar livres para atender à população que não pode pagar pelo serviço.

Faz-se pertinente o entendimento de Roxo (2003, p. 31), a respeito da diferença entre Justiça gratuita e assistência judiciária gratuita. O benefício da Justiça gratuita trata da desobrigação de despesas da relação jurídica pessoal, trata-se, porém, de direito pré-processual. Ainda, a assistência judiciária gratuita pode ser entendida como a organização que tem por objetivo a indicação de advogado, é, entretanto, instituto de direito administrativo.

No entendimento de Cichocki Neto (2001, p. 37), o Estado democrático atual requer um Judiciário mais avançado, ou seja, que dê respostas tanto às

questões sociais quanto às políticas. A tutela jurisdicional não deve ser vista como uma função separada das outras funções do Estado. Desse modo, ela é benéfica ao indivíduo, na mesma dimensão em que lhe assegura a garantia das suas liberdades, em especial, aquelas previstas na Carta Magna. Além disso, a realização dos direitos com Justiça. Tal fato não interessa somente a um grupo social, e sim para toda a sociedade, uma vez que assegura não somente o desenvolvimento, mas também a vivência pacífica entre eles.

Completando o entendimento, Cichocki Neto (2001, p. 38) entende que as funções políticas do Judiciário são baseadas, principalmente, na sua capacidade de decisão, no valor da liberdade, bem como propiciar a participação dos cidadãos no processo. Assim, parte-se do entendimento que o processo é um objeto de participação política, em que o Juiz e também as partes constituem a mudança da sociedade.

Percebe-se, assim, a função do Poder Judiciário no atual meio social brasileiro, entretanto, determinadas vezes, essa atividade por ele exercida acaba se desviando da sua real intenção. A lei é para todos, porém, como se vive em um país que possui inúmeras diferenças econômicas, a população de menor renda acaba algumas vezes sendo lesada.

#### 4.1 EMPECILHOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

No entendimento de Cesar (2002, p. 46), um efetivo acesso à Justiça também é um Direito Humano, além disso, trata-se de um elemento essencial da cidadania, pois o acesso à tutela jurisdicional não deve ser restrito somente ao acesso ao Poder Judiciário.

De acordo com Caovilla (2003, p. 37), há uma ligação entre Justiça social e acesso à Justiça. De um lado é a ideia de Justiça ideal, e, de outro, é o ideal de Justiça das classes oprimidas e dominadas. Ainda, falar do acesso à Justiça é expressar a imensa gama de garantias que estão à disposição dos

cidadãos. Contudo, a população carece de informação e de conhecimento desses direitos, além do caminho para se chegar até eles.

Ainda, para Caovilla (2003, p. 38), a educação brasileira é deficiente, principalmente aquela voltada à cidadania. Ainda para Caovilla (2003, p. 38): “A assistência jurídica, compreendendo a informação e assistência para a população, praticamente não existe. Portanto, o cidadão brasileiro é privado do exercício de suas garantias constitucionais.”

Conforme o entendimento de Cesar (2002, p. 51), “[...] o acesso à Justiça, dentro de uma mais ampla perspectiva, deve também ser visto como instrumento político, como movimento transformador; e mais, como uma nova forma de conceber o jurídico.”

Na concepção de Cichocki Neto (2001, p. 39), o Poder Judiciário possui também uma função política, ou seja, proteção dos direitos sociais e também econômicos, que passam a fazer partes dos direitos da cidadania. É, portanto, pela perspectiva e pela aplicabilidade desses direitos que se efetiva sua intervenção nos rumos sociais.

Completando o entendimento, de acordo com o mesmo autor (CICHOCKI NETO, 2001, p. 40), é no exercício de sua atividade política que o Poder Judiciário tenta mecanismos a fim de assegurar maior efetividade e rapidez nos serviços. Nesse aspecto, também se incluem a indução às formas alternativas para a solução dos conflitos, aqui também inseridas as criações de órgãos com pouco formalismo, conseqüentemente, aproximando a população do Poder Judiciário.

Pertinente é o entendimento de Cichocki Neto (2001, p. 40):

Embora tenham sido alargadas as perspectivas de atuação do Judiciário, distendendo-as ao nível social e político, é no exercício de sua função jurídica que se manifesta, de forma mais aparente, a expressão do poder jurisdicional. Suas decisões definitivas adquirem força de lei e a todos obrigam; suas determinações devem e são cumpridas até, se preciso, mediante vis compulsiva.

Analisando os entendimentos supracitados, percebe-se a amplitude do Poder Judiciário para com a sociedade de forma geral. É por ele que a população busca amparo para a solução de seus direitos, e ainda acredita que essas soluções serão esclarecidas de forma rápida e efetiva, sem nenhum tipo de empecilho ou discriminação.

Para Caovilla (2003, p. 56): “O Poder Judiciário carrega ainda sozinho a responsabilidade de proclamar a Justiça à população, porém, está cansado, quase inoperante, frente às demandas cada vez maiores.”

Nesse mesmo sentido, Caovilla (2003, p. 56) compreende que os anseios da população cresceram, porém, de outro viés, a lentidão e os trâmites do Poder Judiciário permanecem inalterados. Entretanto, quanto ao acesso à Justiça, é o Estado incumbido de oferecer proteção a toda a população, independentemente da situação social que cada qual se encontre.

#### **4.1.1 Discriminações em relação às vestimentas**

O acesso à Justiça como forma de entrada no Poder Judiciário é um fato que gera inúmeras contradições. Muito se fala em Justiça, entretanto, seu conceito é bem mais amplo que o explicado no presente trabalho. Para uma compreensão a respeito do assunto, é importante a análise do Pedido de Providência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. REQUERIMENTO DE CRIAÇÃO DE NORMA GERAL QUANTO AOS TRAJES DE ACESSO AOS DIVERSOS TRIBUNAIS DO PAÍS PARA AGREGAR RESPEITO AOS COSTUMES E TRADIÇÕES LOCAIS. ENVIO DE RECOMENDAÇÃO AOS TRIBUNAIS. PEDIDO DE PROVIDÊNCIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Trata-se de pedido de providências proposto pelo Requerente em epígrafe com a finalidade de criação de ato normativo regulando os trajes para acesso aos Tribunais do país com respeito aos costumes e tradições locais,

bem como de comunidades específicas que pretendem o acesso à Justiça.

2. Informa que tal pedido de providências decorreu de sua tese de mestrado “O Poder Judiciário e as Normas Restritivas às suas Instalações: Análise da (In)Efetividade do Direito Fundamental de acesso à Justiça”.

3. Expedição de recomendação aos Tribunais para que, na elaboração e aplicação de normas relativas às vestimentas, que julgam adequadas para acesso a fóruns e tribunais, observem costumes e tradições locais.

4. Pedido de Providencia Parcialmente Procedente. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Conforme se pode observar, o CNJ quer, com esse Pedido de Providência, uma regulamentação em relação à situação das vestimentas para a população comparecer ao Fórum. Estaria, assim, normalizando tal situação em todos os tribunais, e, ainda, cada tribunal poderia se adequar aos costumes de sua localidade, escolhendo portando o traje que considerar adequado para o acesso ao fórum.

Fato é que, no Brasil, inúmeras ainda são as pessoas que vivem de forma simples, ou seja, pessoas com pouca escolaridade, bem como com uma renda baixa. Essas pessoas, quando precisam de ajuda do Poder Judiciário para resolver seus conflitos, usam roupas simples, porém, tal fato não é uma afronta ao Judiciário, trata-se somente do jeito que aquela classe populacional vive.

Contudo, o uso de determinadas roupas não fere o decoro do Judiciário, mas sim o livre acesso à Justiça das pessoas menos favorecidas economicamente, criando constrangimentos. Essas pessoas não têm o intuito de ofender a dignidade da Justiça, pois se trata das roupas usadas em suas rotinas diárias, desse modo, restringir esse direito é excluir o pobre do livre acesso ao judiciário.

Impedir uma parte de comparecer a uma audiência pelo fato de estar de calção e chinelo, por exemplo, é fato inconcebível e fere o livre acesso à Justiça, que é a garantia constitucional. Assim, não se pode falar em livre acesso à Justiça se uma roupa pode afetar uma relação processual saudável.

Determinadas situações acabam por afastar a população com menos condições econômicas do Poder Judiciário, passando a impressão à população de um ideal de Justiça inacessível a esta camada populacional. Se a pessoa é simples e se somente possui aquela roupa, considerada “inadequada”, para ir a uma audiência, ela não deve ser barrada, pois se caracteriza uma total violação a preceitos fundamentais.

O que deve prevalecer é o bom senso, tanto da parte litigante quando do magistrado. O fato é que se uma das partes quiser comparecer à audiência com biquíni, sunga, ou somente com roupas íntimas, será somente para causar alvoroço, de outro modo, se uma das partes veste-se de calção, regata ou chinelo, não tem a intenção de ferir o Poder Judiciário, pois tal costume faz parte de sua personalidade.

Impor aos cidadãos o uso de roupas “adequadas” deve ser considerado um retrocesso. E, sem dúvida, é uma afronta ao princípio constitucional. O que deve prevalecer, além do bom senso, é a razoabilidade não somente do Poder Judiciário, mas da parte. Ademais, impor um traje adequado, em um país multicultural, é fato extremado.

#### 4.2 SOLUÇÕES PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme já explanado, é fato que há alguns problemas quando o assunto é o amplo acesso à Justiça, ou seja, para todas as camadas populacionais. Entretanto, trata-se de um problema que não é de tão fácil compreensão e solução, uma vez que envolve um grande número de pessoas para a sua efetivação.

No entendimento de Cappelletti e Garth (1988, p. 143), a assistência jurídica não pode ser resumida apenas como o simples acesso aos tribunais, além disso, significa ajudar os cidadãos a se tornarem mais ativos nas decisões, que de uma forma ou outra influenciam suas vidas.

Nesse mesmo sentido, para Cappelletti e Garth (1988, p. 161), o acesso à Justiça passou a ser discutido com mais vigor, haja vista a obrigação em atender às necessidades das pessoas que por um período de tempo não tiveram oportunidade de buscar seus direitos no Poder Judiciário.

Ainda completando o entendimento, Cappelletti e Garth (1988, p. 161) colocam que é fato que inúmeras mudanças já foram feitas e realizadas, mesmo assim, trata-se de um trabalho árduo e que ainda está no início. Desse modo, há muito que ser melhorado, para que então os direitos dos cidadãos comuns sejam efetivamente respeitados.

Entretanto, para Caovilla (2003, p. 59), os cidadãos que carecem de recursos financeiros vivem longe da justiça. Considerando que a Justiça tem como objetivo a ordem social, se ela não for justa, deverá ser alterada, a fim de que possa ser aperfeiçoada. Conclui o mesmo autor (CAOVILLA, 2003, p. 61), que toda a população brasileira carente de recursos financeiros, ou seja, que tem pouca renda, acaba sofrendo em materializar o seu acesso à Justiça.

Aduz Caovilla (2003, p. 62):

O jurisdicionado vive distante da realidade socioeconômica do juiz e não encontra sintonia com o procedimento do julgador, muito distante de sua realidade social. As palavras difíceis, a forma aperfeiçoada, a elegância na maneira de se pronunciar e vestir são fatores que inibem a própria desenvoltura do chamado cidadão de direitos.

Nesse mesmo sentido, de acordo com Caovilla (2003, p. 89), a Constituição deu ao cidadão brasileiro uma legislação que de fato se preocupa com a questão social, tal fato dá desenvolvimento à democracia, pois garante aos carentes de recursos, assistência jurídica gratuita.

Desse modo, percebe-se que de fato o cidadão, em determinados momentos, sente o Poder Judiciário um pouco distante para solucionar suas demandas. Esse fato faz com que a população tenha um descrédito da máquina judiciária, ocasionando seu afastamento.

Assim, após a presente explanação, percebe-se que é incumbência do Estado fornecer à sociedade um amplo acesso à Justiça àquele que não possuir condições de arcar com a demanda, sendo ela custeada pelo Estado. Esse fato é fundamental ao efetivo Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

Dado o exposto e após análise do presente artigo, compreende-se que o acesso à Justiça é garantia prevista na Constituição Federal. O cidadão busca ajuda desse poder, quando precisa resolver seus problemas. Assim, se tal direito for restringido, entende-se que o acesso à Justiça não é de fato amplo a toda população.

Buscou-se compreender o acesso à Justiça como um direito fundamental e de que modo eles estão interligados, haja vista que o Estado é o responsável por proporcionar Justiça à população. Também, foi compreendido que a Justiça é compreendida como um ideal de equilíbrio social, em que as partes são tratadas da mesma forma, independentemente de condições financeiras. Ainda, o Poder Judiciário é o ente responsável por materializar a Justiça, ou seja, é aquele incumbido de oferecer a todos a tutela de seus direitos.

Entende-se, também, que há diferentes tipos de hipossuficiência no meio social, seja ela econômica, pela falta de recursos, ou a hipossuficiência cultural, aquela que o cidadão sofre em decorrência da falta de informação, o que ocasiona, muitas vezes, o afastamento da população em relação ao Poder Judiciário.

O Estado é o responsável em dar assistência jurídica aos necessitados. Essa assistência, porém, não é somente fornecer ao cidadão um advogado custeado pelo Estado. A assistência diz respeito ainda aos honorários advocatícios, bem como as despesas processuais que uma demanda detém.

Ainda, inúmeras são as tentativas do Poder Público em tornar esse acesso efetivo a todas as camadas populacionais. De outro viés, é importante



ressaltar que a vulnerabilidade ainda é crescente na sociedade, haja vista que são inúmeras as pessoas que vivem em situação de hipossuficiência na coletividade brasileira.

Ademais, inúmeros são os fatores que fazem com que o acesso à Justiça seja vulnerável. Conforme visto, o acesso à Justiça é uma garantia fundamental e para que ocorra não basta somente uma apreciação do Poder Judiciário, é necessário que o cidadão, em um primeiro momento, consiga ter quem defenda sua demanda, caso não possua condições de arcar com os gastos, e, por fim, que a solução do litígio produza uma decisão eficaz a ambas as partes.

Entretanto, se por algum motivo, o cidadão tem o seu direito cerceado, tal fato fere intimamente a Constituição Federal, também denominada “Constituição Cidadã”, e sua ideia de Justiça Comum.

Desse modo, é fato que o Poder Judiciário avançou muito no que diz respeito ao efetivo acesso à Justiça, inúmeras são as tratativas a fim de torná-lo mais célere e menos traumático às partes envolvidas, porém, trata-se de um direito fundamental em constante evolução. E, faz-se necessário consolidar o acesso à Justiça a todos aqueles que dela necessitam.

Ainda, partindo da premissa que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, tanto as normas quanto os princípios devem ser garantidos a todos os cidadãos, independentemente da condição financeira. Trata-se, portanto, de um direito fundamental que deve ser respeitado.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 maio 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. Chapecó: Argos, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, José Roberto de. *Manual de Assistência Judiciária: Teoria, Prática e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

CESAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: Edufmt, 2002.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de Providências – Conselheiro – 0004431-53.2013.2.00.0000*. Relator: Rogério Nascimento, julgado em 05 jul. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. 2018. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/hipossuficiencia/.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Assistência Jurídica Pública: Direitos Humanos e Políticas Sociais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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.

PRUDÊNCIO, Carlos; FARIA, José Eduardo; IJURIS, Lédio Rosa de Andrade. *Modernização do poder judiciário: a justiça do futuro*. Tubarão: Editorial Studium, 2003.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROXO, J. F. Centeno. *Defenda-se: justiça ao alcance de todos*. São Paulo: Know-how Editorial, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988. v. 3.



# O DIREITO À ALTERAÇÃO DO NOME SEM A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Alana Lemos<sup>1</sup>  
Roni Edson Fabro<sup>2</sup>

**Resumo:** Este trabalho analisa o princípio da dignidade da pessoa humana concernente à transgenitalização, o atual entendimento dos tribunais superiores sobre o tema e quais pontos ainda merecem evolução do direito no trato da matéria. Considerando que os transexuais sofrem preconceitos diante da sociedade e se sentem excluídos, é necessário que seja reformulada a maneira de pensar, embasando-se no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual consta na Constituição Federal do Brasil, para que, assim, sejam efetivadas as regras e que essas possam vigorar com amplitude a todos, evitando, que tais pessoas sejam alvo de discriminação e exclusão social unicamente em razão de sua orientação sexual. É notório que a transexualidade, além de outras orientações sexuais existentes, não enfrentam apenas barreiras jurídicas para serem regularmente aceitas na sociedade, porém, importante ressaltar a importância de amparo e resposta jurídica suficiente para que, unida à conscientização geral, possam essas pessoas exercer direitos sem qualquer discriminação. A análise dos panoramas do assunto trás o entendimento sobre em que situação se encontra, as dificuldades encontradas pela minoria vulnerável, bem como seus desdobramentos. Principalmente no cenário jurídico pertinente, a pesquisa trata da construção da matéria, incongruências e pontos que merecem ser mais bem debatidos para o regular exercício de direitos fundamentais por essa parcela da população. Do ponto de vista doutrinário apresentam-se conceituações básicas a respeito do assunto, bem como construção doutrinária internacional, mais especificamente, referente aos princípios de Yogiakarta. A análise da construção jurisprudencial

---

<sup>1</sup> Graduada no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; alana\_lemos@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Doutorando em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor e Pesquisador no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

permeia o debate para até o ponto de vista constitucional, com a análise do ordenamento jurídico nacional à luz da interpretação do Supremo Tribunal do Federal, visto como uma das formas de resolução do problema da pesquisa.

**Palavras-chave:** Dignidade Humana. Transexualidade. Constituição Federal. Discriminação.

## 1 INTRODUÇÃO

Falar sobre temas correlatos à sexualidade, liberdade sexual e de expressão, é tratar sobre preconceito, intolerância e outras tantas celeumas históricas da humanidade. Para tanto, é necessário realizar uma digressão histórica do Direito das pessoas que se encontram nessa posição social. Mais do que isso, é indispensável falar, ao menos que brevemente, a respeito do reflexo social das medidas supracitadas. Nesse contexto, o presente artigo trará, logo em suas primeiras linhas, uma contextualização histórica do problema da sexualidade, tanto jurídica quanto social.

Passado o breve relato e reflexão, a principal matéria do trabalho é tratar da problemática da sexualidade na atualidade, conforme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores. O problema de pesquisa é se existe a possibilidade legal da mudança de nome do transexual sem a cirurgia da troca de sexo e, em caso positivo, sob quais condições. Para tanto, a principal fonte de pesquisa do presente artigo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, recente julgado da corte máxima jurisdicional do país sobre a matéria em questão.

Correlato a isso, busca-se tratar do entendimento doutrinário referente aos principais pontos dos votos dos Ministros, bem como a perspectiva de mudança que o entendimento, ainda recente ou pouco consolidado, pode trazer ao cidadão comum que deseja alterar o seu nome, mesmo que sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

Como estão presentes atos normativos recém-criados ao redor do mundo, também foram consultados, para o enriquecimento do tema,

principalmente na seara do direito internacional, os principais diplomas e tratados que versam sobre a matéria e seus principais reflexos no país. Dito isso, o trabalho tem seu término com a apresentação das perspectivas que culminam com toda a análise realizada.

## 2 TRANSEXUALIDADE

Tratar sobre a história dos desencontros quanto à identidade de gênero não é tarefa fácil. A dificuldade com que as pessoas não identificadas com seu gênero sempre tiveram em aceitar sua condição, serem aceitas socialmente e terem garantidos direitos básicos relacionados a seu registro civil, fez com que a maioria dos indivíduos que se encontrassem nessa posição não assumisse sua condição. Nesse contexto, qualquer tentativa de precisar o termo inicial da caminhada pelo reconhecimento do indivíduo transgênero<sup>3</sup> no Brasil carece de amparo histórico e científico.

Neste artigo, em específico, a exposição do tema está amparada em uma breve reconstrução histórica do reconhecimento dos direitos ligados à identidade de gênero pelo Poder Judiciário nacional. É importante admitir que a aprovação do Poder Judiciário resultou de uma tentativa de reconhecimento de um Direito por um indivíduo transgênero. Contudo, a perspectiva judicial da conquista desses direitos não representa toda a iniciativa de um indivíduo em busca do reconhecimento desses mesmos Direitos. As iniciativas de sensibilização do Poder Legislativo, por exemplo, demonstram outra grande contribuição de pessoas e grupos em prol da consagração de alguns dos direitos ligados à identidade de gênero.

Os primeiros relatos da utilização da palavra transgenitalização foram elaborados pelo médico alemão Harry Benjamin, no ano de 1952, o qual atendeu um ex-soldado de guerra que possuía identidade feminina de gênero. Posteriormente, Benjamin especializou-se no tema, tornando-se precursor no

---

<sup>3</sup> Assim como pela autoaceitação das pessoas nessa condição.

assunto. Para ele, a transgenitalização ultrapassa as dimensões psicológicas, atingindo elementos internos da pessoa humana (BENJAMIN, 2001).

A transexualidade trata de um desejo de viver e ser aceito na condição de pessoa do sexo oposto, que, em geral, vem acompanhada de um mal-estar ou de sentimento de inadaptação por referência ao seu próximo sexo anatômico. Não é mero fato social, é condição reconhecida pela Psiquiatria e passível de diagnóstico médico. Além da constatação sociológica de que existem indivíduos que de fato se identificam e se portam como membros de sexo oposto ao de seus corpos, existe, portanto, a confirmação dessa condição pela medicina. Não se sustenta, então, que o sexo biológico seja correspondente ao gênero em todos os seres humanos (DSM-IV, 2001).

Apesar de haver o interesse de todos os gêneros quanto ao assunto elencado, faz-se necessária uma diferenciação conceitual de transgêneros, travestis e transexuais. Travesti pode ser homem ou mulher, sendo que o ponto de partida é uma não-identificação com o seu sexo biológico, e em geral nem mesmo com o oposto, apesar de algumas ações serem similares ao gênero feminino. O transgênero tem um sexo, mas se identifica com o sexo oposto e espera ser reconhecido e aceito como tal. Já o transexual é aquele que deseja alterar sua constituição biológica e fazer a mudança de sexo, sendo a cirurgia a única forma de se sentirem totalmente identificados e correspondidos na identidade de gênero que sentem pertencer, mas que não foi biologicamente atribuída (MUNDO PSICÓLOGOS, 2018).

Segundo Dias (2011), “a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas sim a um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais.” A estrutura social divide a sexualidade apenas em homem e mulher. No entanto, há uma grande diversidade quanto a esse assunto (BENTO, 2008).

Tribunais do mundo ocidental têm autorizado a adequação de nome e sexo dos transexuais, transgêneros ou neurodiscordantes de gênero,



baseando-se no livre desenvolvimento da personalidade e consequente direito à identidade (VIEIRA, 2008).

No ano de 2007, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região deferiu uma antecipação de tutela, pleiteada pelo Ministério Público Federal, determinando, com base em preceitos fundamentais, a inclusão da cirurgia de mudança de sexo na lista de procedimentos custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, 2007).

Desde as últimas décadas o sexo psicológico é definido como uma característica de reação do indivíduo frente a determinados estímulos, tendo o prazer como elemento determinante do comportamento sexual (OLIVEIRA, 2003).

A sexualidade é um direito, ocupa a esfera das políticas públicas como um direito à saúde e também se relaciona com a não discriminação e o direito de autodeterminação, abrangendo o livre desenvolvimento da personalidade, por meio do respeito a diferentes práticas e identidades intrínsecas ao ser humano. O Estado tem o dever de promover um ambiente adequado para o desenvolvimento do indivíduo em sua totalidade, conforme o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, primazia básica do ordenamento jurídico nacional (OLIVEIRA, 2003).

O que deveria ser considerado um simples procedimento de adequação do registro de nascimento à realidade fática da pessoa transexual, infelizmente, acabou se tornando uma complicada e, muitas vezes, constrangedora batalha diante do Poder (BRASIL, 2018).

Em 2009, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer o direito de alteração do prenome e do gênero pelas pessoas que realizassem a cirurgia de transgenitalização. Para tanto, o Superior Tribunal de Justiça utilizou da interpretação da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.016/73). Até então, a matéria não havia sido tratada constitucionalmente, porém, é importante reconhecer, que um indivíduo poderia se utilizar do

Sistema Único de Saúde para a realização da cirurgia de transgenitalização (mesmo que judicialmente) e após isso realizar a alteração do prenome e do gênero (salienta-se, ainda judicialmente) (BRASIL, 2009).

Sem adentrar no tema, pois a Lei de Registros Públicos será tratada mais adiante, o Superior Tribunal de Justiça sustentou seu posicionamento nos artigos 55<sup>4</sup> e 58<sup>5</sup> da Lei. O artigo 55 é responsável por descrever tudo que constará no registro civil (dentre os requisitos o prenome e o gênero), enquanto o artigo 58 dispõe sobre a possibilidade de alteração judicial dos dados constantes no registro, desde que motivadamente e após a oitiva do Ministério Público. Nesse contexto, negar a alteração do prenome e do gênero após a realização da cirurgia de alteração de sexo seria negar sua própria natureza. A justificativa legal suficiente para a alteração dos dados, sem dúvida, era a realização da própria cirurgia.

O Recurso Extraordinário n. 670.422, para o qual é destinado capítulo próprio, demonstrará como o Supremo Tribunal Federal foi além do que os demais órgãos até então tinham reconhecido. Para o Supremo Tribunal Federal, a partir de então, a mudança do registro civil não depende da cirurgia de alteração de sexo, bem como de ação judicial.

## 2.1 CONSTRANGIMENTOS ATUAIS

O Centro de Referência da Diversidade em São Paulo, *Amicus curiae*, na ADI 4.275, trouxe as seguintes transcrições de áudios em entrevistas, que

---

<sup>4</sup> Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente (BRASIL, 1973).

<sup>5</sup> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público (BRASIL, 1973).

demonstram o constrangimento enfrentado pelos transexuais que possuem seus prenomes de nascimento:

Tempo 00:00:44 - Áudio 01

Eu era oprimida dentro da sala de aula, tanto na hora da chamada - já que naquela época eu não me preocupava com o nome (por)que naquela época eu ainda era uma adolescente.

Tempo 00:07: 15 - Áudio 02

Quando você começa a aceitar a travestilidade você faz essa opção de mudar o nome, pra se identificar. Isso foi aos 15, 16 anos. Na maioria das vezes, você faz um nome que tem a ver com o prenome. Então, por exemplo, você chama Renato e busca Renata.

Tempo 00:00:55 - Áudio 03

Ainda hoje tenho dificuldades. As dificuldades menores que você imaginar eu tenho. Às vezes nem é presencial. Eu pego o telefone pra resolver uma questão de cartão:

- 'Aí, tô ligando porque eu queria ver minha fatura tal';

- 'Tio, você pode falar seu CPF?';

- 'Aí eu falo o CPF';

- 'Tá, mas eu preciso falar com o titular da conta';

A pessoa não tá me vendo, ela tá filiando. Ela ouve uma voz que ela identifica, ela acha que é de uma senhora.

'Então, senhora, eu preciso falar com o titular da conta';

'O titular da conta sou eu';

'Ah, então vou precisar que você me confirme vários dados';

Dai, vou ter que confirmar todos os meus dados. E se, de repente, tem alguma coisa que eu não lembro que eu botei lá, que ficou diferente do que ela perguntar, aí eu já não vou receber atendimento. Às vezes eu quero fazer um atendimento e eu não consigo porque, às vezes, por exemplo, se ela perguntar meu endereço, eu não sei, quando eu abri a conta. o endereço que eu coloquei. Hoje eu tô morando no Largo do Arouch. 109, mas já fiz várias mudanças de endereço. Eu não sei qual endereço consta lá. Daí eu já não consigo atendimento, por quê? Por conta de um nome, de um CPF, que não bate, uma voz que ela identifica no telefone e não bate. (BRASIL, 2018).

Para que se tenha a noção de quão necessário é o tema e ainda envolto por tantos preconceitos, somente no presente ano a transexualidade saiu da categoria de transtornos mentais da OMS (O GLOBO, 2018). As evidências se tornaram claras para a OMS que a transexualidade não se trata de um transtorno mental. Esse reconhecimento anterior estigmatizava os transgêneros, prejudicando seu cotidiano.

Entretanto, a transgenitalização permanece codificada, por reconhecerem que isso resulta em facilidades e embasamento no atendimento a esta minoria social.

## 2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana;<sup>6</sup> constante no art 1º inciso III da Constituição Federal é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito. No caso dos transexuais, esse princípio é ainda mais valorativo, haja vista a situação de vulnerabilidade desta minoria.

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente podem ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, sem, contudo, menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2002).

---

<sup>6</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, [2016]).

Possui uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa a defesa não somente contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, mas ainda a garantia das condições existenciais mínimas para uma vida saudável, propiciando e promovendo sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007).

Dessa forma, quanto às condições existenciais mínimas, direitos dos transgêneros englobam-se nos da dignidade humana, tendo o direito à mudança do nome, intrínseco em sua dignidade. Não há como não assistir uma minoria que possui um reconhecimento do gênero distinto do biológico, sob pena de romper com sua dignidade.

### 3 A PROBLEMÁTICA SOB O TRATAMENTO DOUTRINÁRIO

A melhor doutrina entende o nome como sendo a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa se identifica no seio da família e da sociedade (GONÇALVES, 2013). É considerado como a expressão mais característica da sociedade, um elemento de individualidade da pessoa (MONTEIRO, 2001).

O nome atribuído à pessoa é um dos principais direitos incluídos na categoria de direitos personalíssimos ou da personalidade. A importância do nome para a pessoa natural situa-se no mesmo plano de seu estado, da sua capacidade civil e dos demais direitos inerentes à personalidade (VENOSA, 2002).

De maneira filosófica, Taylor (1997, p. 26) traz o seguinte pensamento:

Meu nome é aquilo de que sou “chamado”. Um ser humano tem de possuir um nome, porque é preciso que ele seja chamado, isto é, que a palavra seja dirigida a ele. Ser chamado a entrar numa conversação é precondição do desenvolvimento de uma identidade humana, razão pela

qual meu nome é (normalmente) dado a mim por meus primeiros interlocutores. Cenários de pesadelo na ficção científica, em que, por exemplo, pessoas confinadas em acampamentos já não têm nomes mas apenas números extraem sua força desse fato. Os números etiquetam as pessoas para referência rápida, mas o que usamos para nos dirigir a uma pessoa é seu nome. Seres que são apenas referentes e não também destinatários são classificados *ipso facto* como não-humanos, sem identidade. Não causa surpresa que, em muitas culturas, acredite-se que o nome de alguma forma capta, até constitui, a essência ou força da pessoa.

O nome é, portanto, uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há a exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades, etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue das demais, juntamente com os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade (VENOSA, 2002).

Já no que se refere à transexualidade, esta é entendida como a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto (DINIZ, 2008).

O transexual reprova veementemente seus órgãos externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Costuma-se dizer que o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem, pois suas reações são próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. A transexualidade

é resultante de uma alteração genética no componente cerebral, combinado com alteração hormonal e fator social (VIEIRA, 2008).

De maneira geral, possuem a sensação de pertencerem ao sexo oposto e um desejo irresistível de obter a modificação física de seu corpo para o que lhes parece seu verdadeiro sexo. É por isso que o dilema vivido pelos transexuais é descrito em muitos casos como uma “alma que se encontra em um corpo errôneo.” (PERES, 2001).

Eventual incoincidência entre o sexo aparente e o psicológico gera problemas de diversas ordens. Além de um severo conflito individual, há repercussões nas áreas médica e jurídica, pois o transexual tem a sensação de que a biologia se equivocou com ele. Ainda que o transexual reúna em seu corpo todos os atributos físicos de um dos sexos, seu psiquismo pende, irresistivelmente, ao sexo oposto. Mesmo sendo biologicamente normal, nutre um profundo inconformismo com o sexo anatômico e intenso desejo de modificá-lo, o que o leva à busca de adequação da externalidade de seu corpo à sua alma (DIAS, 2018).

Em situações em que envolvam a transexualidade, o que realmente importa ao operador do direito é a busca por soluções que privilegiem o ser humano, garantindo-lhe a dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade e, conseqüentemente, da construção de sua própria identidade sexual (SÁ apud CRUZ, 2005).

A cirurgia de transgenitalização é problematizada como solução não consensual entre as diferentes pessoas transexuais. Existindo realidades distintas, há também necessidades distintas quanto à característica das intervenções somáticas que seriam satisfatórias para cada indivíduo ou sua desnecessidade de procedimento cirúrgico (ARÁN; MURTA; LIONÇO, 2009).

Deve se dar a liberalidade para aqueles que se consideram de gênero diferente do biológico, quanto à necessidade ou não da cirurgia, para a eficácia de seu reconhecimento intrínseco pessoal.

### 3.1 PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Os princípios de Yogyakarta se constituem em um documento redigido por um grupo de especialistas (29 eminentes especialistas de 25 países), reunidos em novembro de 2006, na cidade de Yogyakarta (Indonésia), por iniciativa da Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos que refletem na aplicação da legislação de direitos humanos internacionais à vida e à experiência das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas e nenhum deles deve ser interpretado como restringindo, ou de qualquer forma limitando, os direitos e liberdades dessas pessoas, conforme reconhecidos em leis e padrões internacionais, regionais e nacionais (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006).

Os princípios de Yogyakarta foram justificados por meio da alegação de preocupações com violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito dirigidos contra pessoas por causa de orientação sexual ou identidade de gênero. Foi trazido um panorama histórico de violações de direitos humanos contra lésbicas, *gays*, bissexuais ou em razão de comportamento sexual. A orientação sexual foi referida como questões emocionais e intrínsecas da particularidade de cada pessoa. A partir dessas premissas observou-se que a legislação internacional de direitos humanos afirma que toda pessoa, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos, proibindo discriminação. Dessa forma reconheceu-se um valor significativo em articular de forma sistemática a legislação internacional relacionada à situação da orientação sexual e, assim, foram adotados os princípios relacionados à liberdade, trabalho, privacidade, igualdade, vida e demais direitos elencados dentre os 29 constantes nos Princípios de Yogyakarta.

Quatro princípios tutelam especificamente o assunto do presente artigo.



O primeiro princípio, o de direito ao gozo universal dos direitos humanos, diz que todos os seres humanos nascem iguais e livres em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os seus direitos (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006).

O segundo princípio, referente ao direito à igualdade e não discriminação, traz em seu escopo o direito de transgêneros serem livres de discriminação, por sua orientação.

Já o direito ao reconhecimento perante a lei, princípio 3 de Yogyakarta, traz que não deve haver preconceito de gênero no que diz respeito à leitura dos ordenamentos jurídicos. Por último, tem-se o direito à vida, da qual ninguém pode, por orientação de gênero, ser privado.

#### **4 O ENTENDIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO**

A questão da transexualidade no Brasil apresenta posicionamentos dos mais divergentes. Inicialmente, os tribunais manifestaram a negativa de alteração do prenome, conforme se denota das decisões a seguir:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - Pretendida alteração de prenome masculino para feminino por transexual - Carência da ação - Cabimento Pleito que não pode ser apreciado no mérito, posto que não realizada a cirurgia de transgenitalização - Assento de nascimento que indica o autor como sendo do sexo masculino - Impossibilidade de prosseguir a pretensão deduzida no caso específico dos autos, diante da disparidade que passaria a existir entre prenome e sexo - Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2009).

REGISTRO CIVIL. Retificação - Homem que deseja modificação do prenome masculino por feminino em razão de sua opção sexual Impossibilidade jurídica do pedido - Irrelevância de como é conhecido no meio social - Cerceamento de defesa afastado Sentença mantida - Recurso improvido. (SÃO PAULO, 2005).

No ano de 2014, o Conselho Nacional de Justiça promoveu a I Jornada de Direito à Saúde, aprovando dois enunciados sobre o tema, *in verbis*:

Enunciados da I Jornada de Direito à Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (aprovados em 14.05.2014):

[...]

Enunciado 42. Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

Enunciado 43. É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização. (ENUNCIADOS SAÚDE PÚBLICA, 2014).

Em contraponto, algumas jurisprudências têm entendido que o prenome que deve constar do registro é aquele pelo qual a pessoa é conhecida e não aquele que consta do registro (DINIZ, 2011).

#### 4.1 DIPLOMAS LEGAIS

A Lei de Registros Públicos, em sua redação original, trazia a imutabilidade do nome, permitindo retificação em caso de erro ortográfico, bem como em razão de exposição ao ridículo de seus portadores, conforme art. 55 da mesma base legal (GONÇALVES, 2013).

Falar sobre a alteração do registro civil, no Brasil, é falar sobre a Lei de Registros Públicos. Os artigos que interessam, no entanto, são somente 2 (dois), os quais foram utilizados como base para uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, já reportada no panorama histórico.

É possível extrair dos artigos que o assento de nascimento contém a anotação do sexo (o mais adequado seria gênero), além do prenome da pessoa. Outrossim, é possível a alteração posterior do prenome desde que

motivadamente, após a audiência do Ministério Público, por sentença do Juiz a que estiver sujeito o registro.

Não é possível, pela lei, a alteração do gênero. Ademais, a excepcionalidade da alteração do nome é indiscutível pela redação dada ao dispositivo do art 58. A simples análise dos artigos, por si, é suficiente para demonstrar a desatualização do diploma legal ante as paulatinas decisões dos tribunais superiores nacionais, responsáveis por reconhecer sucessivos direitos relacionados à alteração do registro civil.

De qualquer forma, a peremptoriedade da lei, ao proibir a alteração do prenome, sofre mitigações. Não pode ser esquecida a possibilidade de alguém ter sido registrado com nome masculino sendo do sexo feminino, e vice-versa. Outra hipótese que a cada dia ganha mais atualidade é a possibilidade de alteração de sexo, mediante intervenções cirúrgicas. Todas essas hipóteses inserem-se numa interpretação extensiva da lei (DINIZ, 2011).

Uma interpretação do diploma alheia à Constituição Federal, à dignidade da pessoa humana e aos documentos internacionais promulgados conduz ao não reconhecimento do direito à alteração do gênero e condiciona a alteração do prenome ao processo judicial, o que não se coaduna com o entendimento progressivo do Supremo Tribunal Federal, de outras cortes superiores, bem como de cortes internacionais.

É importante criticar a Lei de Registros Públicos, mas, além disso, admitir que o diploma é ultrapassado e deveria ser atualizado ou revogado por outro que atendesse ao reconhecimento dos direitos da personalidade, como atualmente concebido, pelos transgêneros. Nesse contexto, cabem críticas, não aos legisladores responsáveis pela edição da Lei de Registros Públicos, mas à classe legislativa atual, que parece não ter dado a devida atenção ao tema, até agora.

Para o Ministério Público Federal, em uma interpretação antagônica, se a finalidade da norma referida era proteger o indivíduo contra humilhações,

constrangimentos e discriminações em razão do uso de um nome, essa mesma finalidade deve alcançar a possibilidade de troca de pronome (BRASIL, 2018).

## 4.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante da crescente demanda judicial pela alteração do nome e sexo nos documentos de identidade, capitaneada principalmente por transgêneros, mas também por *gays*, travestis e afins, a discussão acerca da possibilidade de alteração do nome por transexuais e transgêneros bateu à porta do Supremo Tribunal Federal, que, muito recentemente, posicionou-se acerca do tema.

O Recurso Extraordinário n. 670.422, do Rio Grande do Sul, teve repercussão geral reconhecida. O recurso constitucional foi interposto e, posteriormente distribuído, em 3 de outubro de 2012, por sua vez, teve repercussão geral reconhecida por 4 votos a 1, vencido o Ministro Teori Zavascki, em 12 de setembro de 2014 (BRASIL, 2014).

A relatoria do processo foi do Ministro Dias Toffoli e inúmeras associações de defesa dos Direitos dos *gays* e transexuais estão habilitadas como *Amicus curiae*. No entanto, o processo, que tinha como data de julgamento 22 de fevereiro de 2018, foi adiado em razão de requerimento da parte, até que sobrevenha decisão definitiva, impossível ter acesso à íntegra do processo, pois tramita em segredo de justiça (BRASIL, 2014).

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 foi julgada em 1º de março de 2018, ou seja, muito recentemente, e constitui fonte de pesquisa valiosa ao trabalho, em especial, a essa seção. Portanto, passou à análise do julgado (BRASIL, 2018).

Em primeiro lugar, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador Geral da República, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Em conclusão, a decisão consagrou, por unanimidade, o direito de transexuais e transgêneros realizarem a alteração de nome e gênero, independentemente da realização de cirurgia de alteração de sexo (BRASIL, 2018).

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, delimitou a controvérsia gerada entre as diferentes posições dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

- 1) É possível a alteração do gênero no registro civil, desde que respeitados os requisitos para a configuração do transexualismo, conforme ato normativo do Conselho Federal de Medicina (Portaria 1.652/2002);
- 2) A alteração de gênero no registro civil pode ser feita na via administrativa e pressupõe autodeclaração do interessado, que se manifesta sobre o gênero com qual verdadeiramente se identifica;
- 3) A modificação de gênero no registro civil da pessoa transgênero é possível, desde que comprovada juridicamente sua condição, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. (BRASIL, 2018).

Frente à controvérsia o Ministro relator exarou seu voto seguindo a última corrente. Para ele, debruçar-se sobre a matéria é, antes de qualquer coisa, admitir o conflito entre a autodeterminação do cidadão e a proteção da higidez dos registros públicos (BRASIL, 2018).

Segundo arguiu, a necessidade de propositura de ação judicial para a modificação do registro civil já é a medida adotada pela Lei de Registros Públicos. Desse modo, a necessidade de socorrer-se da via judicial, no caso em tela, não constituiria ato de preconceito ou discriminação, mas meio de proteção da higidez dos registros públicos, até porque da modificação poderiam resultar prejuízos a terceiros, quiçá outros imprevisíveis, agora pelos Ministros (BRASIL, 2018).

Prosseguindo em seu voto, indicou o dever que o Supremo Tribunal Federal tem em garantir a proteção às minorias discriminadas. Para tanto, fez uso de anteriores decisões do órgão, todas no sentido de proteger o direito de transgêneros ou pessoas de orientação sexual que não a heterossexual, sendo elas a que permitiu a possibilidade de constituição de união afetiva

entre pessoas do mesmo sexo e a declaração de inconstitucionalidade de inúmeras expressões presentes no Código Penal Militar que tinham visível intuito discriminatório (BRASIL, 2018).

Por fim, fechou seu voto manifestando-se pela possibilidade de alteração do registro público desde que mediante dois requisitos: (a) ordem judicial; (b) que essa alteração seja averbada à margem do assento de nascimento, resguardando o sigilo acerca da ocorrência da modificação (BRASIL, 2018).

O ministro Ricardo Lewandowski inicia seu voto resumando os requisitos que a Procuradoria Geral da República, na inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, entendeu como imprescindíveis para a concessão da alteração do registro, quais sejam: (i) a prova de maioria; (ii) a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico por mais de três anos; e (iii) de que seja presumível, com alta probabilidade, que a pessoa não mais modificará sua identidade de gênero. Defende que tais requisitos devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais (BRASIL, 2018).

Em suma, contextualiza filosófica e sociologicamente a necessidade de respeito ao anseio dos grupos sociais que não representam os padrões morais da maioria da comunidade e, portanto, têm reduzidos espaços, encontrando dificuldades no exercício do direito de igualdade (BRASIL, 2018).

Ademais, faz referência à carta de princípios de Yogyakarta, e para quem a identidade de gênero é essencial para a dignidade da pessoa humana e integra o núcleo do direito à igualdade e do direito a não discriminação, mais do que isso, para quem nenhuma pessoa seja forçada a se submeter a procedimento médico como requisito legal de sua identidade de gênero (BRASIL, 2018).

Para o ministro Ricardo Lewandowski, ao contrário do que indicado pelo Procurador Geral da República, o estabelecimento de critérios para a concessão da alteração significa o tratamento diferenciado, discriminatório e

patologizante. Desse modo, mais acertado se o julgador pudesse, à luz do caso concreto, verificar a possibilidade de alteração, assim como é costumeiramente feito em ações corriqueiras de alteração de nome, utilizando-se, por exemplo, de prova testemunhal, laudos médicos, tudo no intuito de comprovar a identificação do requerente com o sexo que deseja estampar em seu registro. Nesse tom, propõe a procedência da ação para que seja possível a alteração do sexo, desde que judicialmente (BRASIL, 2018).

Para o ministro Marco Aurélio Mello, o Estado Democrático de Direito não pode admitir a violação de direitos humanos em virtude da identidade de gênero de qualquer pessoa. O Ministro ressalta com veemência que o direito de autodeterminação de gênero, sucedâneo do direito à personalidade é direito Humano e, portanto, merece resguardo do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018).

Tendo em vista tal situação, ressalta que cabe ao ordenamento jurídico brasileiro deixar de fazer qualquer distinção, previsão ou regramento discriminatório ou que de qualquer modo restrinja os direitos de transexuais. Esses, assim como todos, devem ter efetivamente resguardados o direito à igualdade, constitucionalmente posto (BRASIL, 2018).

Conforme o ministro Marco Aurélio Mello, garantir a possibilidade da alteração de sexo e nome, nos termos propostos, é garantir ao ordenamento jurídico o *status* de inclusivo e não discriminatório, passo imprescindível para a construção de uma sociedade de direito realmente livre da discriminação de grupos e exclusão social (BRASIL, 2018).

Igualmente, repele que a mudança de sexo, propriamente dita, seja necessária para a identificação de gênero, que deve ficar a cargo do próprio requerente, porque melhor do que ninguém conhece e autodetermina-se sexualmente. De outro giro, impor a necessidade de intervenção cirúrgica a possibilitar a mudança de nome seria impor condições mesmo ao exercício da dignidade da pessoa humana e a personalidade (BRASIL, 2018).

Por fim, o Ministro também salienta que o Supremo Tribunal Federal tem função de ser, em suas decisões, a expressão máxima da Constituição Federal, no caso, por intermédio do reconhecimento do direito dos transexuais em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, núcleo central da Constituição Federal, além dos princípios da felicidade e liberdade. Para tanto, segundo seu entendimento, necessário reconhecer, ao contrário dos outros Ministros já parafraseados, o direito à alteração do sexo e nome no registro civil, independentemente de qualquer cirurgia e, mais do que isso, diretamente no próprio registro civil, sem ter de ingressar com ação judicial (BRASIL, 2018).

Como visto dos votos, nenhum Ministro negou o direito à alteração do nome e sexo, independentemente da realização de cirurgia de alteração de gênero, ao contrário, defenderam enfaticamente que tal requisito é descabido e restringe mesmo o exercício de direitos fundamentais. Porém, de outro lado, alguns dos Ministros entendiam necessária a propositura de ação judicial para tanto, agarrando-se, entre outras coisas, no próprio texto da lei de registros públicos, que já exige o procedimento para fins semelhantes.

Contudo, não fora esse o argumento que prevaleceu, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, dar interpretação constitucional à lei de registros públicos é permitir que qualquer pessoa que não se sinta identificada com seu gênero possa, diretamente no cartório de registro civil, por requerimento, alterar nome e gênero, imediatamente, sem a necessidade de comprovação médica ou de qualquer outra forma.

A possibilidade de mudança de nome para transexuais é um passo importante para que seu sofrimento seja minorado, pois significa retirar oficialmente desse grupo um elemento constrangedor que serve muitas vezes de pretexto para tratamentos vexatórios e que perpetua no imaginário social de uma ideia incompatível com a democracia, qual seja, a de que um grupo identitário mereça proteção e não tenha direitos (BRASIL, 2018).



Recentemente, por meio do Provimento n. 73, houve a regulamentação sobre a alteração do prenome no Registro Civil das Pessoas Naturais pelo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Após a decisão da ADI 4.275, o Supremo Tribunal Federal colocou novamente em pauta, no mês de agosto, o tema 761, sobre a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Este tema era oriundo do Recurso Extraordinário de nº 670.422, em que se discutia, à luz dos arts. 1º, IV; 3º; 5º, X, e 6º da Constituição, a possibilidade alteração do gênero feminino para o masculino no assento de registro civil de pessoa transexual, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização para redesignação de sexo. Tal recurso estava pendente de julgamento definitivo desde o ano de 2012.

Nessa assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese:

i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. (BRASIL, 2018).

Dessa forma, a ADI 4.275 efetivamente, começou a ser utilizada no ordenamento jurídico pátrio. Ressalta-se que quanto a ADI 4275, houve votos divergentes quanto à forma de alteração de nome. Os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Alexandre Moraes entenderam que as alterações de nome não deveriam ocorrer por meio de cartório, mas somente com decisões judiciais, conforme preceitua a Lei de Registros Públicos.

Salientaram em seus votos vencidos que deveria constar na certidão de nascimento que a alteração foi por decisão judicial, sendo vedada a informação por motivo de transexualidade.

## 5 CONCLUSÃO

A sociedade possui uma construção histórica constante. Situações do passado, referentes ao ordenamento jurídico, muitas vezes, não suprem a defesa de direitos de novas dimensões (gerações). Transexualidade, seja com cirurgia de transgenitalização, ou não, é um fenômeno social relativamente novo no mundo jurídico.

Princípios internacionais, como os de Yogyakarta, foram pioneiros na relação de direitos inerentes aos transgêneros, abrangendo direitos humanos, direito à vida, e uma série de outros direitos que versam sobre a dignidade humana dessa minoria, dentre elas o nome.

No Brasil, durante muito tempo, a alteração de prenome veio sendo denegada para transexuais que não fizeram a cirurgia de transgenitalização, por entendimento que somente aqueles que a fizeram faziam jus à alteração do prenome. A situação mudou com algumas decisões esporádicas dos mais variados tribunais e teve sua discussão realmente abrangida com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275, proposta pelo Ministério Público Federal e acatada pelo Supremo Tribunal Federal no corrente ano, dando novo entendimento à Lei de Registros Públicos e permitindo que transgêneros que não fizeram alteração genitália possam ter seus nomes alterados.

Entendeu-se como possível tal situação em razão de uma série de direitos e princípios fundamentais, sejam de ordem interna, sejam por princípios de origem internacional.

A concessão de alteração do nome humaniza uma minoria tão fortemente atacada no Brasil, que diariamente sofre as mais diversas relações de seus direitos. O nome, como fundamentadamente trazido neste trabalho, diz respeito à personalidade, é figura intrínseca do ser humano e representa, dentre outras coisas, seu gênero.

Permitir que pessoas que se reconheçam e tenham estereótipo masculino sejam obrigadas a permanecer com nome feminino, e vice-versa, rompe com os princípios mais básicos de humanidade e, conseqüentemente, de dignidade da pessoa humana, princípio este que é primazia da Magna Carta pátria.

A Constituição da República Federativa do Brasil traz a igualdade, a não discriminação por orientação sexual, a dignidade da pessoa humana, dentre muitos outros princípios como norteadores do direito brasileiro. A interpretação de legislações anteriores a 1988 é feita à luz desses princípios, mesmo que altere interpretação anterior à presente Magna Carta.

Dessa maneira, torna-se crível e correto o entendimento que transexuais, independentemente de realização de cirurgia de transgenitalização, possuem direito de alteração do prenome para o gênero que se identificam.

## REFERÊNCIAS

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 4, p. 1141-1149, 2009. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/630/63011692015/>. Acesso em: 30 set. 2018.

BENJAMIN, Harry. *O fenômeno transexual*. São Paulo: 2001.

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 set. 2018.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm). Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 1707*, de 18 de agosto de 2008. (Revogada pela PRT GM/MS n. 2803, de 19.11.2013). Disponível em: [http://bvs.ms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](http://bvs.ms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html). Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 1 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 670.422*. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 12 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). REsp 737.993/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10 de novembro de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 dez. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 73*, de 28 de junho de 2018. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>. Acesso em: 30 set. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O Direito à Diferença*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Transsexualidade e o direito de casar*. 2018. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_788\)1\\_\\_transsexualidade\\_e\\_o\\_direito\\_de\\_casar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_788)1__transsexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf). Acesso em: 30 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O Preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DSM-IV. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001.

ENUNCIADOS SAÚDE PÚBLICA. In: Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça., 1., 2014, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: CNJ, 2014. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I\\_jornada\\_forum\\_saude/enunciados\\_aprovados\\_jornada\\_direito\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf). Acesso em: 30 out. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1 v.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MUNDO PSICÓLOGOS. *Há diferenças entre transgêneros, travestis e transexuais?* 2018. Disponível em: <https://br.mundopsicologos.com/artigos/ha-diferencas-entre-transgeneros-travestis-e-transexuais>. Acesso em: 9 out. 2018.

O GLOBO. *Transsexualidade sai da categoria de transtornos mentais da OMS*. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/transsexualidade-sai-da-categoria-de-transtornos-mentais-da-oms-22795866>. Acesso em: 30 set. 2018.

OLIVEIRA, Alexandre M. A. de. *Direito de autodeterminação sexual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transsexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. 2006. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 30 set. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça da 6ª Região. Câmara de Direito Privado. *Ap. 9100784-17.2009.8.26.0000*. Relator: Des. Sebastião Carlos Garcia, julgado em 26 nov. 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça da 7ª Região. Câmara de Direito Privado. *Ap. 9064845 49.2004.8.26.0000*. Relator: Des. Álvaro Passos, julgado em 31 ago. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: A construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Apelação Cível 2001.71.00.026279-9*. Relatora: Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarère, Porto Alegre, 14 ago. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

# O DIREITO À POSSE E AO PORTE DE ARMA DE FOGO COMO PRINCÍPIO BASILAR DE MANUTENÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA

Maurício Hackbart<sup>1</sup>

Roni Edson Fabro<sup>2</sup>

**Resumo:** O controle de armas de fogo e munições implementado pelo Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, regulamentada pelo Decreto n. 5.123 de 1º de julho de 2004, veio com o objetivo de reduzir os índices da violência que assolam o país. No entanto, após treze anos de sua vigência e apontamentos de dez anos de pesquisas, está demonstrado o número crescente da violência, o que evidencia a ineficácia da legislação em vigor. Verifica-se, portanto, que a restrição relativa à posse e à proibição do porte de armas de fogo operou-se somente sobre o cidadão que se submete às normas legislativas em vigor, que não está cumprindo os objetivos propostos. O presente artigo pretende, de forma superficial, lançar uma luz sobre a tese e expor os verdadeiros elementos que compõem o controle de armas nas mãos do cidadão e que a Lei, em pouco contribui com a questão da segurança pública. Institui-se, por meio do controle das armas, uma ampla política de controle social exercida pelo Estado, que conseqüentemente suprime do cidadão os seus meios de defesa e reação frente à criminalidade, privando-o de utilizar-se plenamente do instituto da legítima defesa com o emprego defensivo de armas de fogo.

**Palavras-chave:** Controle Social. Porte e Posse de Arma de Fogo. Legítima Defesa.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; mauriciohackbarth@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Doutorando em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor e Pesquisador no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como condão abordar um tema controverso e relevado de preconceitos postos e cultuados por várias décadas, de que o desarmamento civil se apresenta como solução para a criminalidade, que atinge níveis estarrecedores no país. Uma lei antagonica aos objetivos propostos, expõe à violência estabelecida o cidadão desarmado e restringido proibitivamente de dispor de arma de fogo como meio necessário para promover a legítima defesa, da vida e de seu patrimônio, valores garantidos constitucionalmente como fundamentais. Pauta-se aqui, nestes últimos, a íntima e direta ligação com o uso defensivo de armas de fogo pelo cidadão.

Os direitos fundamentais compõem a primeira seção deste artigo científico abordando o tema das armas de fogo sob o enfoque destes direitos. Direitos fundamentais e armas de fogo encontram-se sob um frágil equilíbrio.

A seção seguinte é construída por uma análise das estatísticas da violência, abordando números comparativos entre a Inglaterra, os Estados Unidos da América e o Brasil. A primeira, chegou ao século 21 completamente desarmada e com número crescente da violência. O caso Americano, ao contrário do Inglês, firma-se como a nação mais armada do planeta, na contramão das previsões e com um decréscimo contínuo dos índices de violência. Por fim, a realidade brasileira, onde impera uma das legislações mais rígidas do mundo quando o assunto é controle de armas. Apesar do severo controle subjetivo imposto ao cidadão, os números de violência encontram-se em curva ascendente.

O uso defensivo das armas de fogo e a legítima defesa é um tópico extremamente importante. Abordado na terceira seção deste artigo, procura estabelecer um paralelo entre aquele instituto e as armas de fogo como instrumento de defesa e de equilíbrio de forças.



A última seção, trata da política brasileira de controle de armas de fogo, procurando esclarecer que tal regulamento não gera eficácia em seus resultados e revelando sua eficiência como instrumento de controle social.

As políticas de controle social fazem parte de uma agenda global muito bem estruturada e operada pelas mais diversas instituições e em todas as formas de governo. A Lei 10.826, de 22 dezembro de 2003 - Estatuto do Desarmamento - é tão somente mais uma peça que faz parte de um intrincado sistema que pretende manter o monopólio da força nas mãos do governo, em detrimento de direitos individuais e coletivos. Em regra, governos que tem uma ótica distorcida sobre direitos fundamentais relativizam os sagrados princípios constitucionais, fragilizando os pilares da democracia objetivando, a máxima concentração de poder.

Cabe destacar que a temática deste trabalho é de grande relevância social e urge tratar deste assunto diante do clamor popular que cedeu ao Leviatã mais uma parcela de sua liberdade, em troca da promessa de maior segurança e, diante da ineficácia da legislação imposta, quer reestabelecido o seu direito à posse e ao porte defensivo de armas de fogo.

Por se tratar de questões envolvendo direitos naturais do homem, é de extrema necessidade que se alargue o campo do debate técnico sobre as armas e seu uso defensivo. Desde a sua edição, o Estatuto do Desarmamento não foi tratado com a devida atenção que dispensa a problemática. Em suas campanhas, favoráveis e contrárias, somente foi levado à face da sociedade a perfumaria ideológica, que contribuiu para disseminar a confusão visando à cooptação as pessoas pela comoção diante de fatos carregados de emoção e sem nenhum teor técnico como deveria ser tratado.

Há que se pontuar que a posse e, principalmente, o porte, não devem ser liberados indiscriminadamente. Deve haver um controle objetivo mínimo, não proibitivo, por parte dos órgãos competentes, objetivando diferenciar bandidos de cidadãos cumpridores das leis, bem como armas legais e ilegais.

A metodologia utilizada neste trabalho visa à condução do sujeito ao objeto, sendo este o objetivo final do método a ser utilizado para desenvolver a pesquisa científica, levando-o ao conhecimento e à verdade.

Um determinado resultado que visa trazer à tona a verdade sobre o objeto da pesquisa, precisa necessariamente de processos cognitivos baseados em um método. Desta forma, o presente artigo se utiliza do método dedutivo, que tem por base premissas gerais que reúnem base ampla de informações, que lançadas diante das normas legais, permite estabelecer um ponto de convergência.

## **2 ARMAS DE FOGO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Afirma-se com convicção que é árdua a caminhada daqueles que ousam ver triunfar o direito do uso defensivo das armas de fogo e ter reconhecida sua ligação intrínseca aos preceitos dos direitos do homem. Para tanto, é necessário adentrar ao isobático universo dos direitos fundamentais. Logicamente, direitos desta natureza se mostram impraticáveis sem o primor máximo da vida.

Marmelstein, em sua obra sobre Direitos Fundamentais, inicia destacando que:

[...] direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELESTEIN, 2016).

O direito fundamental à vida, apesar de encontrar-se positivado na Constituição Federal, bem como em normatizações internacionais e ordinárias, não está em perfeita sincronia com a dinâmica social. Constatase este fato diante dos incessantes ataques que o Estado Democrático de

Direito vem sofrendo nos mais diversos níveis, restando claro seus reflexos econômicos e políticos, imprimindo seus efeitos na forma de insegurança jurídica, patrimonial e pessoal. A insegurança patrimonial e pessoal são flagelos presentes no cotidiano das famílias brasileiras, que diante da política draconiana de controle de armas de fogo, são impedidas de exercer plenamente o instituto da legítima defesa.

O homem, por natureza, é titular de direitos inatos. Estes acompanham o homem desde o início da sua caminhada terrestre e pareiam-se com ele em constante evolução, por estar o Direito longe de ser estático.

Após a segunda guerra mundial, a queda do prestígio do positivismo foi inevitável diante do aviltamento das leis no período nazista. A teorização de Marmelstein (2016) nos esclarece:

[...] com o positivismo desprestigiado nasceriam novas doutrinas tendo como base o direito natural. Se o direito positivo não foi suficiente para garantir o justo e evitar a legalização do mal, o direito natural seria a solução. Mas não foi assim. Na verdade, o que houve foi a releitura ou a reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se.

Dentre os direitos naturais do homem destaca-se por relevância o direito fundamental à vida, sendo este instituto basilar a todos os demais direitos, possibilitando-se afirmar que os direitos naturais do homem são hierarquicamente antecedentes aos direitos fundamentais. Sendo assim, o direito à vida está inerente ao homem tanto quanto o direito de defendê-la, podendo este dispor de toda forma proporcionalmente possível quando encontrar-se ameaçado, estando facultado, inclusive, o uso defensivo de armas de fogo.

A Constituição Federal de 1988 não traz em seu arcabouço cláusulas explícitas que garantem ao homem a posse ou o porte de arma de fogo. Porém, este direito está garantido nos princípios e valores implícitos, como no direito de defesa, da dignidade e da vida. Logo, a Constituição traz em seu texto, no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, o embasamento legal que ampara o direito à defesa.

Diante da celeuma da criminalidade, o Estado Democrático não tem conseguido gerir de forma eficaz a questão da segurança pública, não podendo desta forma, limitar proibitivamente o acesso aos meios materiais para o exercício pleno de defesa. A Constituição Federal prevê, em seu art. 144,<sup>3</sup> caput primeira parte, que a segurança pública é um direito e um dever de todos, portanto claramente arbitrária é norma legal inferior que obsta ao cidadão os meios de defesa quando o Estado não consegue prevê-la com eficácia.

O reconhecimento ou a simples disposição no texto da Carta Magna, não é o bastante para garantir sua efetivação. Norberto Bobbio descreve sobre fragilidade no que tange ao reconhecimento dos direitos fundamentais e destaca.

[...] diante da insuficiência do mero reconhecimento dos direitos fundamentais e a sua previsão legal na Constituição Federal de 1988, mais importante que fundamentar os direitos do homem é protegê-los, sendo necessárias, para tanto, além da sua proclamação, medidas efetivas de proteção. (BOBBIO, 1992).

Diante desta observação, assevera-se que:

[...] o seu simples reconhecimento constitucional, enquanto direito fundamental, não é suficiente para que seja amplamente respeitado. Se a Constituição Federal

---

<sup>3</sup> Art. 144. 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, [...]

assegura o fim, qual seja, o direito de defender a vida, deve garantir, paralelamente, os meios para que tal objetivo seja amplamente assegurado, e, portanto, a restrição de tais medidas por normas infraconstitucionais caracteriza violação à Magna Carta, o que é inadmissível no atual sistema. Assim, não basta que lei garanta ao cidadão o direito de defesa; é necessário que torne possível o uso dos meios necessários e proporcionais para assegurar a sua efetiva realização. (REIS JÚNIOR; AFONSO, 2012).

A Constituição Federal certifica e não autoriza que seja tratado como criminoso aquele que venha a fazer uso proporcional da força, entende-se que:

[...] em face da Lei Magna do País, o cidadão jamais poderá ser proibido de tentar defender sua vida, seu patrimônio, sua honra, sua dignidade ou a incolumidade física de sua mulher e filhos a fim de impedir que sejam atemorizados, agredidos, eventualmente vilipendiados e assassinados, desde que se valha de meios proporcionais aos utilizados por quem busque submetê-los a estes sofrimentos, humilhações ou eliminação de suas existências. (MELLO, 2005).

E ainda;

[...] é evidente e da mais solar evidência que o direito à vida, à liberdade, à incolumidade física, à dignidade, à honra, à propriedade e à segurança constituem-se em bens jurídicos expressa e reiteradamente assegurados na Constituição, sendo, pois, livre de qualquer dúvida ou entre dúvida de que perfazem um inalienável direito do cidadão o qual, por isto mesmo, não lhe pode ser subtraído por ninguém e muito menos pelo Estado. (MELLO, 2005).

A Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, fere diretamente os direitos fundamentais quando retira do titular, restritivamente, o acesso às armas de fogo com intuito defensivo. Se o legislador prevê a fundamentalidade

do direito à vida, como pode o mesmo legífero facultar discricionariamente o direito ao acesso aos meios materiais para que o tutelado possa fazer pleno uso do instituto da legítima defesa? Neste ponto os direitos fundamentais encontram-se hierarquizados, relegando à uma seleta fatia o direito de defesa armado.

É salutar definir que um cidadão tendo garantido seu direito à posse e porte de arma de fogo, é um obstáculo maior, às ameaças aos direitos fundamentais, sobrevivendo estas de marginais ou até mesmo diante do levante absolutista de um Estado tirânico. Como bem descreve Hornenberg, (2011) “que a tirania se apresenta figurada como a violação dos direitos fundamentais, ameaça esta, vinda em muitos casos, de sistemas governamentais que visam a linearidade de consciência e concentração de poder”.

Para tanto, é necessário que as medidas para proteção de tais direitos sejam eficazes. Norberto Bobbio destaca que:

Diante da insuficiência do mero reconhecimento dos direitos fundamentais e a sua previsão legal na Constituição Federal de 1988, mais importante que fundamentar os direitos do homem é protegê-los, sendo necessárias, para tanto, além da sua proclamação, medidas efetivas de proteção. (BOBBIO, 1992).

Resta claro que a simples previsão nos textos legais que versam sobre direitos fundamentais, bem como definição de mecanismos de proteção, não é o suficiente para sua efetivação. É necessário, portanto, que o estado forneça e opere os meios para que o administrado usufrua plenamente. Porém, diante da ineficácia do estado, principalmente no setor de segurança pública, em prover a incolumidade do cidadão, a oposição discricionária do mesmo ao dificultar o direito do acesso aos meios materiais de defesa da vida, é temerária.

Neste mesmo sentido, ao comentar o art. 10<sup>4</sup> da já revogada Lei nº 9.437 de 20 de fevereiro de 1997, pondera Celso Antônio Bandeira de Mello que:

se, ao lume dos valores constitucionais, cabe considerar preferível que os marginais andem armados (como o fazem ao arrepio da lei), oferecendo toda espécie de riscos para os cidadãos de bem ou se é preferível que estes últimos andem desarmados, condenados à indefensão perante os bandidos, sob o argumento de que assim prevenir-se-ão os riscos de vida a que podem se sujeitar no confronto com os marginais, bem como os malefícios resultantes da eventual captura de sua arma e consequente abastecimento dos criminosos por esta via, parece óbvio que o preferível, em vista dos valores constitucionais, é a opção que prestigia a liberdade de autodefesa se a defesa estatal não lhe é satisfatoriamente outorgada. (MELLO, 2005).

Nesta senda destaca José Afonso da Silva (2017, p. 128), que “o direito fundamental à vida, como direito de existência, consiste no direito de lutar pelo viver, de defender a própria vida, razão pela qual a legislação penal considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida.”

Neste ponto é preciso destacar que o Constituição Federal deixa uma lacuna relevante quanto à questão de segurança pessoal (individual), uma vez que as normativas constitucionais não lhe fazem menção direta, pois a Carta Magna cita segurança pública.

Nas normativas internacionais destaca-se o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, sendo colocado em vigor pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro do mesmo ano, originado da reunião dos países da América Latina, em 29

---

4 Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.  
Pena – detenção de um a dois anos e multa. (BRASIL, 2008).

de novembro de 1969, evento este que deu origem à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Convém destacar que nos art. 1<sup>o</sup> e 7<sup>o</sup> da referida Convenção, existe uma proteção direta aos direitos fundamentais do ser humano enquanto indivíduo, abrangendo estes o direito à defesa com emprego dos meios necessários. Como bem descreve Roberto Giordani Brunelli (2017), “todo ser humano é detentor do direito legítimo à autodefesa e proteção individual, e sendo o Brasil signatário do Pacto, releva tal normativa em posição hierárquica superior a legislação ordinária.” O Pacto está, portanto, acima da Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento.

### 3 CONTROLE DE ARMAS SOB A ÓTICA DAS ESTATÍSTICAS DA VIOLÊNCIA

O sistema legislativo, em regra, é provocado pelo movimento popular. Este movimento legitima seus representantes públicos a proporem leis que venham regular os fatos sociais. Porém, este modelo de controle de armas não foi exatamente o que os cidadãos buscavam veementemente. A proposta era de tirar as armas das mãos dos bandidos. Mas, tratativas ideológicas permearam os dispositivos da legislação Pátria, idealizando o mecanismo em controle social.

Em tese, a Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003 objetiva reduzir os números da criminalidade no Brasil. Outro objetivo, e o mais apelativo, era o de reduzir o alto número de acidentes envolvendo crianças e armas de fogo. Porém, o que não divulgavam as campanhas era justamente quanto

---

<sup>5</sup> ARTIGO 1<sup>o</sup> Obrigação de Respeitar os Direitos.

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

<sup>6</sup> 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

ARTIGO 7<sup>o</sup> Direito à Liberdade Pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e às seguranças pessoais. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).



significava estatisticamente este alto número de acidentes. Em sua obra, Quintela; Barbosa (2015, p. 92) destacam dados publicados pela ONG Criança Segura, onde encontram-se apresentados dez anos de pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde sobre causas de mortalidade infantil envolvendo crianças até 12 anos de idade. Entre as oito principais causas de mortalidade, em primeiro lugar estão os acidentes de trânsito com 39,7% e em oitavo lugar com 0,7% estão as armas de fogo.<sup>7</sup>

Porém, após treze anos de vigência, o que os números oficiais demonstram é contraditório à proposta inicial. Em um país onde a taxa varia de 59 a 60 mil homicídios ao ano, com dados do Atlas da Violência 2017, não há como afirmar que houve contribuição do Estatuto do Desarmamento à contenção da violência, visto que nos dez anos imediatamente anteriores os números eram menores.

Nem mesmo em específico fica demonstrada redução nas mortes por armas de fogo, comparando o período de 2005 a 2015. O Relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2017, p. 44) relata que “há um crescente índice não inferior a 50% e em algumas unidades da federação, 100%.” Este mesmo relatório destaca dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde, “em 2015 houve 59.080 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa por 100 mil habitantes de 28,9. Deste total, 41.817 pessoas foram mortas mediante emprego de armas de fogo.” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2017, p. 7-43).

---

<sup>7</sup> Os dados acima são totais para dez anos pesquisados, e sua distribuição anual não tem relevância em nossa análise, pois as médias anuais de cada tipo de acidente permanecem quase constantes para todos os anos pesquisados. Vemos claramente que a grande maioria das mortes por acidentes são causadas no trânsito, na água e por sufocamento. Das 52.838 crianças mortas acidentalmente nesses dez anos, 80% ou 42.130 ficaram na conta dessas três causas. Das três, a única que recebe alguma menção na mídia ou é alvo de programas de conscientização do governo são os acidentes de trânsito, e mesmo assim as campanhas dificilmente abordam o aspecto da mortalidade infantil. Fica bastante claro, também, que de todas as causas de mortes acidentais presentes nos dados do Ministério da Saúde, a mais incomum e menos ocorrente é a morte acidental por armas de fogo. (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Segundo os dados estatísticos do Mapa da Violência (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2017) “as mortes por armas de fogo estão aumentando desde o ano de 2004.” Se o Estatuto do Desarmamento foi criado com objetivo de diminuir as mortes causadas pelo uso de armas de fogo, dados os números da estatística, onde está a eficácia da lei?

O fato é que a lei de armas não pode ser analisada unicamente como fator de redução da criminalidade. Um conjunto de fatores deve ser analisado, dentre eles os sociais, destacando a distribuição de renda e a redução da pobreza. Creditar ao Estatuto do Desarmamento uma ínfima redução nos homicídios seria, no mínimo, temerário diante do real impacto que uma proibição total de armas teria sobre os direitos e liberdades individuais.

Estatisticamente serão abordadas três situações distintas no âmbito da regulação armamentista. A primeira terá como base os Estados Unidos da América, que é o país mais armado do mundo. A segunda análise tem como base as perspectivas da experiência inglesa, que proibiu completamente as armas portáteis (pistolas e revólveres), finalizando o estudo estatístico comparativo abordando-se a política de armas do Brasil.

Estudos recentes confirmam que os Estados Unidos da América lideram o ranking de armas de fogo nas mãos de civis, chegando ao patamar de 350 milhões no ano de 2016 e cerca de 10 a 15 milhões de novas armas são compradas todos os anos pelos norte-americanos, sendo a nação americana a mais armada do mundo.<sup>8</sup> O maior implemento nos números de armas

---

<sup>8</sup> NRA (NATIONAL RIFLE ASSOCIATION OF AMERICA) (Nova Iorque – EUA) História de armas de fogo semi-automáticas – armas semi-automáticas foram introduzidas no 19º século. O primeiro rifle semi-automático foi introduzido em 1885, a primeira pistola semi-automática em 1892 e a primeira espingarda semi-automática em 1902. As semi-automáticas representam 20-25% dos aproximadamente 350 milhões de propriedade privada armas de fogo nos Estados Unidos hoje e a porcentagem está aumentando, porque as semi-automáticas representam mais da metade dos 10-15 milhões de novas armas de fogo compradas anualmente. As semi-automáticas disparam apenas um tiro quando o gatilho é puxado - como revólveres, ações de parafusos, ações de alavanca, ações de bomba, dois barris e todos os outros tipos de armas de fogo, exceto totalmente automáticos (metralhadoras). Assim, os semi-automáticos não podem “pulverizar fogo” e não são projetados para serem disparados “do quadril”. Eles não são “de alta potência”, não há dispositivos que os convertem em máquinas armas legalmente, não estão equipadas com “lançadores de granadas” e “lançadores de foguetes” e certamente

adquiridas por civis ocorreu após os atentados de 11 de setembro de 2001, quando a população norte-americana se sentiu vulnerável frente à ação do terrorismo e muitos decidiram optar pela prevenção com o uso defensivo de armas de fogo.

Para se adquirir arma de fogo no EUA não existe excesso de burocracia, porém cada estado ou condado tem sua política própria. Naqueles onde é permitido o porte, basta uma análise de antecedentes criminais e a apresentação de um certificado de curso de tiro e manuseio de arma de fogo, (QUINTELA; BARBOSA, 2015) destacam:

[...] nos últimos 30 anos, todos os estados americanos aprovaram algum tipo de permissão para porte oculto de armas curtas, sendo que 80% deles possuem regras não-discriminatórias e 10% dos estados não possuem nenhuma restrição a qualquer tipo de posse ou porte de armas pela população. (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Diante destes números e sem uma análise crítica, poderia ser creditado àquela nação o título da mais violenta do mundo. Mas o que ocorre é justamente o contrário. Os índices da violência nos EUA estão longe do que a ONU considera ser preocupante. Segundo esta Organização (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2017), “números abaixo de 10 homicídios para cada 100 mil habitantes é considerado normal, entre 10 e 20 já é considerado preocupante. Nos Estados Unidos este índice fica em 5,4 para cada 100 mil habitantes.”

Pesquisas realizadas por órgãos governamentais levantaram que:

Entre 2011 e 2014 a própria ONU, organismo visceralmente favorável ao desarmamento, publicou aprofundados

---

não são “armas de destruição em massa”. NRA (NATIONAL RIFLE ASSOCIATION OF AMERICA) (Nova Iorque – EUA). Organização Norte Americana (Ed.). “Assault Weapons” e “Large” Magazines: Armas de Assalto e carregadores de grande capacidade. 2016. Disponível em: <<https://www.nra.org/get-the-facts/assault-weapons-large-magazines/>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

relatórios globais sobre os homicídios. Houve, não sem motivos, um quase total silêncio sobre suas conclusões, por causa do óbvio: pela primeira vez na história ela não só colocou em dúvida a causalidade existente entre a posse de armas e a criminalidade violenta como afirmou que “adicionalmente, sob uma perspectiva global, a enorme diferença entre as estimativas de proprietários de armas de fogo (centenas de milhões de acordo com as estimativas da Small Arms Survey, 2007) e o número anual de homicídios (centenas de milhares) indica que a maioria das armas dos cidadãos não é desviada e é possuída para propósitos legítimos. (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Continuam destacando os autores:

Se teorias criadas a partir de políticas desarmamentistas estivessem alicerçadas sob parâmetros sérios, os índices americanos de criminalidade deveriam estar em alta, piorando a cada ano. A realidade, no entanto, é exatamente o oposto disso: todos os crimes violentos e contra a propriedade têm apresentado uma queda constante e acentuada no país como um todo. Mais do que isso, quando são comparados os estados americanos, que possuem legislações diferentes e independentes, em termos de nível de restrição às armas, verifica-se que os estados mais restritivos são os que apresentaram as piores taxas de criminalidade, e que os estados menos restritivos são os mais seguros. (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Isso nada mais demonstra que o número de armas bem como as condições para obtê-las legalmente para uso defensivo, não impacta no aumento proporcional da criminalidade e da violência. Muito pelo contrário, esta equação deve apontar para um resultado óbvio, um universo onde há mais armas significa menos crimes.

A segunda emenda à Constituição americana garante a todos os cidadãos o direito de defesa bem como a formação, por cidadãos, de uma milícia armada a fim de assegurar a defesa do estado livre e democrático,

visando principalmente a uma resistência sólida frente a um governo despótico. Foi aprovada em 15 de dezembro de 1791, juntamente com as outras nove primeiras emendas constitucionais constantes da Carta dos Direitos dos Estados Unidos (em inglês, United States Bill of Rights) ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos.<sup>9</sup>

Contudo, nações que um dia compartilharam os mesmos ideais de liberdade, como a Inglaterra e os Estados Unidos da América, atualmente experimentam realidades antagônicas nas questões que envolvem as políticas sobre armas de fogo. Quintela e Barbosa (2015, p. 55) relatam que “Inglaterra, um dos berços da democracia moderna, tanto no tocante aos direitos individuais como no modelo de representatividade de duas câmaras legislativas. A Inglaterra também é o início da história dos Estados Unidos.” Vale lembrar que os Estados Unidos da América buscaram sua independência do reino britânico quando ainda era colônia.

Tanto uma como outra, estas nações tomaram rumos completamente antagônicos quanto às políticas de controle de armas de fogo. A primeira impôs um rígido controle, cerceando liberdades individuais, com o banimento por completo das armas curtas nas mãos de civis, tornado crime o porte e a posse. Já a segunda, manteve e ampliou aqueles direitos, garantindo que todo cidadão americano tenha respeitado seu direito de possuir e portar ou não armas de fogo, sejam quais forem, excetuando as automáticas.

<sup>9</sup> Em um contexto marcado pela enorme influência do Iluminismo sobre a política, que invalidava a ideia de que o Estado é uma propriedade privada do rei, assumindo-o como uma instituição pertencente à coletividade de cidadãos, os Estados Unidos se tornaram independentes da Inglaterra e, no final do século XVIII, os representantes do novo país promulgaram três textos conhecidos como Cartas da Liberdade (Charters of Freedom). Os textos são: A Declaração da Independência (1776), a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e o Bill of Rights (1791), que acrescentou ao texto constitucional americano dez emendas, entre as quais a segunda, que diz, “Uma milícia bem regulamentada, sendo necessária para a segurança de um Estado livre, o direito do povo de possuir e portar armas, não devem ser infringidos”. A maior preocupação dos legisladores constituintes na ocasião era barrar as tentativas inglesas de recolonização, assim como afirmar os direitos individuais frente o Estado. (GUAZZELLI, 2017).

Na Inglaterra, a desconfiança sobre os números da violência e a imposição do controle de armas de fogo é pauta de questionamentos. Cada vez mais movimentos políticos organizados cobram dos seus governos os motivos do aumento dos índices da violência, sendo que os discursos pela adoção de políticas de controle social e o conseqüente banimento das armas, apontavam para a redução da criminalidade.

Em sua pesquisa, a inglesa Joyce Lee Malcolm converge a um ponto em que a grande maioria dos pesquisadores discorda: a equação mais armas menos crimes. E se tratando do binômio violência e armas, relata:

Por trás do debate impetuoso sobre o controle das armas e o crime à mão armada, estão suposições não testadas sobre a conexão entre armas de fogo e violência. A crença de que estatutos podem realmente privar os criminosos das armas de fogo tem sido há muito questionada. Mas, recentemente, a questão mais profunda – a relação entre o número de armas e os crimes a mão armada – tem sido também vigorosamente desafiada. Um forte argumento vira essa equação de cabeça para baixo, alegando que mais armas nas mãos das pessoas acaba diminuindo a criminalidade. De acordo com esse argumento os criminosos são lógicos; portanto, quando pensam no custo benefício de cometer um crime contra indivíduos que estejam armados. Baseado nesta teoria, trinta e três estados Americanos têm estatutos que permitem o porte oculto de armas a cidadão obedientes à lei. (MALCOLM, 2014).

E com razão. Basta que sejam analisadas as estatísticas da violência no Brasil onde a cada dia são dezenas de vítimas, dos mais diversos crimes. As armas nas mãos do crime organizado e não organizado não seguem nenhum critério legal, ou seja, os criminosos não se submetem às políticas de controle de armas. Essa política alcança tão somente aqueles que se submetem e respeitam tais determinações legais.

A Inglaterra tem atualmente as leis mais rigorosas de controle de armas do mundo e certamente as mais rigorosas de qualquer democracia.

Conforme Malcolm (2014, p. 16): “Ela teve, até recentemente, uma taxa baixa de crimes violentos. Essa combinação tem feito da Inglaterra o modelo mais alardeado como prova de que remover as armas das mãos das pessoas reduz a quantidade de crimes violentos.”

Porém, a realidade está em flagrante dissonância com os fatos. Para Quintela e Barbosa (2015, p. 57) “Os legisladores ingleses mantiveram o direito ao armamento intocado por mais de dois séculos e meio, mas após a Segunda Guerra Mundial as coisas mudaram bastante.” Durante o século XIX a Inglaterra desenvolveu amplas legislações que afetaram diretamente o direito de possuir armas de fogo.

E asseveram, ainda, Quintela e Barbosa (2015, p. 58) que “A população inglesa foi completamente desarmada e as leis foram reformuladas para qualquer uso defensivo de armas, mesmo improvisadas, como pedaços de pau, bastões, tijolos ou painéis, fosse considerado criminoso.”

O período que compreendeu o pós-guerra era a atmosfera perfeita para implementação de leis que objetivassem o controle social. O governo estabelecido não enfrentaria maiores resistências em virtude de que seus administrados estariam com a atenção voltada nas consequências oriundas do conflito.

Não tardariam a surgir as consequências das políticas de controle adotadas. Quintela e Barbosa (2015, p. 59) relatam:

Desta forma, a Inglaterra, que no final do século XIX era um dos lugares mais tranquilos e seguros para se viver, chegou ao século XXI com índices de criminalidade muito mais altos, superando os índices americanos em diversos tipos de crimes violentos, mesmo sendo um país com um sexto do número de habitantes dos EUA e com um território setenta e cinco vezes menor. Segundo dados de 2013, a taxa de crimes violentos da Inglaterra é 80% maior do que a americana, numa comparação per capita. (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Em uma simples demonstração cronológica, Malcolm (2014, p 164) descreve os acontecimentos durante o século XIX, “entre os anos de 1900 a 1953 o governo tomou o controle (banimento das armas nas mãos de civis) e entre os anos de 1953 a 2000 somente os criminosos possuem armas.”

Ainda sobre a mesma ótica, reforça:

A Inglaterra não é mais um reino pacífico. Estudiosos da criminologia traçaram um longo declínio da violência interpessoal desde o final da Idade Média até uma reversão abrupta e enigmática acontecia na metade do século vinte. Uma comparação estatística do crime na Inglaterra e no País de Gales com o crime na América, baseada em números de 1995, descobriu que para três categorias de crime violento – assaltos, roubos e furtos – os ingleses estão correndo um risco muito maior do que os americanos. Ao passo que nos EUA houve 8,8 assaltos por 1.000 pessoas em 1995, na Inglaterra e País de Gales houve 20 assaltos por 1.000 pessoas. Furtos na Inglaterra e Gales foram 1,4 vezes mais altos que nos EUA e com muito mais chance de acontecer enquanto os moradores estão em casa. (MALCOLM, 2014).

Estes são apenas alguns poucos exemplos. Quando são analisadas outras espécies de crimes, os números não são menos esclarecedores:

Os roubos foram praticamente o dobro da taxa americana. Embora os números de estupros e homicídios ainda sejam substancialmente mais altos nos EUA, lá eles tem caído bruscamente desde 1992, enquanto que na Inglaterra as taxas tem aumentado firmemente. (MALCOLM, 2014).

Seguindo a tendência mundial na área de políticas de controle social, o Brasil instituiu em 2004 uma das leis mais restritivas do mundo no que tange ao controle de armas de fogo. A Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, entrou em vigor em 2004, regulamentada pelo Decreto n. 5.123, de 01 de julho de 2004, após a implementação de um referendo que buscou a opinião dos cidadãos quanto à



proibição do comércio de armas e munições. A manifestação pela continuidade do comércio prevaleceu. No entanto, o decreto citado restringiu duramente as tratativas quanto ao comércio, posse e porte de armas de fogo.

Diante dos índices da violência, o Estatuto do Desarmamento foi indicado como uma solução pronta para frear as mortes provocadas pelos crimes violentos, objetivando que as armas que seriam entregues durante a campanha do desarmamento refletissem em uma diminuição significativa naqueles índices.

Ocorre que as estatísticas produzidas desde que a Lei passou a vigorar mostraram que o objetivo da mesma se mostrou inócuo frente à violência, pois o Estatuto do Desarmamento nada mais é do que um mecanismo que visa ao controle social, alcançando somente aqueles que a ele se submetem.

Diversas pesquisas já foram realizadas com o objetivo de buscar alguma validação da eficácia da Lei. Porém, o que se vê é o oposto. Quando Quintela; Barbosa (2015, p. 117) relatam em sua obra fica ainda mais evidente:

Em 2004, ano em que o Estatuto do Desarmamento entrou em vigor, o Brasil vivenciou o número assustador de 48.374 homicídios, de acordo com o Mapa da Violência 2006. Nesse ano a população brasileira, de acordo como IBGE, era de 180 milhões de habitantes, o que nos dá um índice de 26,9 homicídios para cada 100 mil habitantes. Nos dez anos anteriores, de 1994 a 2003, o número de homicídios já havia saltado de 32.603 para 51.043, um aumento acima de 56%, três vezes mais do que o aumento populacional do mesmo período, de 18,4%. Ou seja, a taxa de homicídios em 1994, que já não era baixa (21,4 para cada 100 mil habitantes), evidenciava um problema sério de segurança pública, e que viria a piorar muito até os dias de hoje. (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Quintela; Barbosa (2015, p. 119) destacam ainda que “em 2005 o número de homicídios tem uma pequena queda, em 2006 ele sobe acima do que fora em 2004, em 2007 cai de novo, para então voltar a subir sem parar.”

As estatísticas envolvendo as realidades de três nações distintas demonstram que as políticas desarmamentistas, criando estatutos, não alcançaram seus objetivos isoladamente, fazendo-se necessário um conjunto abrangente de políticas públicas, um aprofundamento maior na questão de política de controle social envolvendo armas de fogo e do instituto da legítima defesa, objetos dos próximos segmentos deste trabalho, quando se aborda especificamente a legislação pátria.

#### **4 LEGÍTIMA DEFESA E USO DEFENSIVO DE ARMAS DE FOGO**

Historicamente, o instituto da legítima defesa vem em constante evolução, ligado diretamente à cultura dos mais diversos povos da antiguidade, sendo interpretado de diversas formas e ganhando novas conotações dentro de um contexto legal. No Brasil, o instituto vem distribuído cronologicamente dentro de diversos códigos penais, os quais remontam desde o Brasil Colônia (Ordenações Filipinas) até o Código Penal de 1984.

Longevo e impreciso é o momento em que o instituto da legítima defesa foi concebido pela construção jurídica humana. Embora exista todo um processo evolutivo histórico desse instituto, é possível conceber que o comportamento atinente à legítima defesa remonta a um tempo indeterminado para sua origem. Na concepção de Leandro (2016, p. 8), a legítima defesa é “a ordem de se legitimar a impunidade daqueles que praticam um ato em sua própria defesa ter-se-ia reconhecido em todos os tempos, até mesmo entre os bárbaros e outras sociedades e eles contemporâneas.”

Nos primórdios, onde a legítima defesa mais se assemelhava com um ato de vingança, encontra-se o embrião do instituto. Marcelo Jardim Linhares (1992) em sua pesquisa histórica, descreve que na Mesopotâmia, em 1473 a.C. tem-se o registro de um dos mais antigos e conhecidos códigos de conduta baseados nas Leis de Moisés, o Código de Hamurábi. Vários povos detinham algum código de conduta que abrangia a autodefesa, variando sua

forma de aplicação de acordo com a cultura. Dentre estes, vale destacar o sistema de Direito Romano, o qual em muito se assemelha com o que está contido no Código Penal<sup>10</sup> Brasileiro.

Cabe aqui uma breve explanação dentro do universo contemporâneo do direito pátrio, no que tange à posse de armas de fogo e seu emprego no exercício da legítima defesa, nos quais encontram-se os elos intrínsecos que ligam os dois institutos legais.

Hodiernamente, a definição legal de legítima defesa está elencada no Código Penal brasileiro, em seu art. 25,<sup>11</sup> onde é estabelecido que a legítima defesa visa, por natureza, repelir de imediato alguma injusta agressão que o indivíduo venha a sofrer, valendo-se de meios moderados e suficientes para garantir-lhe a proteção, seja sua, da família ou de seu patrimônio. Vale ressaltar que, de acordo com a última parte do referido artigo, a legítima defesa poderá ser exercida, da mesma forma, em favor de terceiro que esteja sofrendo injusta agressão.

<sup>10</sup> Na antiguidade, a legítima defesa se encontrava em seu estado mais simplório, podendo se dizer que se encontrava em um estado embrionário, assim como ocorreu também com os outros demais institutos jurídicos presentes nessa época. Um dos progenitores da regulamentação desse instituto se encontra na figura do Deuteronômio, o qual é o quinto livro da Bíblia que teve como autoria atribuída a Moisés, em um contexto histórico pelo ano de 1473 a.C. No Deuteronômio, a legítima defesa se encontra alocado em dispositivos paralelos ao homicídio involuntário em uma forma arcaica de regulamentação, expostos pelo: Deuteronômio. XIX, 21; XXV, 1; XXV, 2. Sendo expostos os conceitos fundamentais da legítima defesa: “a repulsa, em igualdade ao ataque; o reconhecimento da conduta justificada, e por fim, a necessidade da moderação, como critério avaliador do comportamento dos agentes. Os textos normativos romanos abordavam já em seu tempo o fato de repelir a violência pela violência seria direito universalmente reconhecido, tendo como fonte a naturalisratio (razão natural). Porém reprimia o uso da vingança privada, sendo considerada ilícita, pois a sociedade passa a ser regularizado por normas estabelecidas pelo direito penal. Um dos exemplos de direitos assegurados por esse texto normativo se encontra na possibilidade de matar o ladrão noturno que comete um furto, pois o causador da morte seria absolvido. Além desses, o direito romano se preocupou em limitar o arcaico conceito da legítima defesa, como o caso contra os ladrões, não sendo permitido senão quando ocorrido furtos em zona rural, onde o poder público é consideravelmente ineficientes perto da oferecida pelas cidades. (MANGO, 2015).

<sup>11</sup> Art. 25: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL,1940).

A exclusão de ilicitude é definidamente a natureza jurídica da legítima defesa. O Código Penal, em seu art. 23,<sup>12</sup> define como excludente de ilicitude o ato que é praticado, usando moderadamente os meios necessários, em defesa própria ou de terceiros, paralelamente com o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

E na questão de segurança pessoal, o Estado não é e nunca será onipresente. Suas forças policiais jamais terão efetivo suficiente para garantir a segurança e integridade física de todos os administrados. Ao contrário do senso comum, as forças policiais não estão incumbidas de garantir a proteção individual do cidadão. Afirma Capez (2004, p. 281): “O Estado não tem condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos, logo, permite que se defendam quando não houver outro meio.”

Neste mesmo sentido Nunes (2017) esclarece:

[...] a Segurança Pública é dever do Estado, contudo, também é encargo de todos, inclusive do cidadão, a quem é dado a possibilidade de prender em flagrante quem esteja a cometer crimes. Todavia, o Estado impede a aquisição livre de instrumentos para a realização do mister, não confiando nas mãos dos que confiam no contrato social. Assim, com a institucionalização da falência da segurança pública, o cidadão não possui recursos para defender-se, livremente, do próprio Estado e dos atos que o Estado não impede e muito menos repara.

Quando se trata da legítima defesa utilizando-se de meios moderados, se faz necessário adentrar na questão do uso das armas de fogo como meio de defesa, sendo este o ponto principal sobre o qual está sendo construída esta pesquisa científica. De nada é válido o instituto se o Estado

---

<sup>12</sup> Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (BRASIL, 1940).

não der condições para que o cidadão tenha acesso aos meios necessários para efetivar, na prática, sua autodefesa.

Recentemente, nos Estados Unidos, foram divulgados resultados de estudos<sup>13</sup> realizados na década de noventa, entre os anos de 1996, 1997 e 1998. A pesquisa abordou milhares de pessoas às quais foi direcionada um questionamento: se no último ano utilizaram armas de fogo para defesa, sua ou de terceiros? O resultado foi que armas de fogo são utilizadas cerca de 2,46 milhões de vezes por ano, de forma defensiva, para proteção da vida ou patrimônio.<sup>14</sup> Lógico que este resultado não foi divulgado pelo pois não era do interesse do governo.

No tocante aos meios materiais para efetivar a aplicação do instituto, vale destacar os escritos de Leandro (2016):

[...] não encontramos na legislação brasileira qualquer especificação e/ou limitação sobre os instrumentos a serem utilizados pelo ofendido, quanto ao exercício legítimo da defesa de interesses próprios ou de terceiros, mediante o uso da força. Assim, podemos concluir, sem receio de equívoco que, em se tratando de Legítima Defesa própria ou de terceiro, não está excluído o uso de armas de fogo, desde que sua utilização subordine-se aos princípios de legalidade, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade.

<sup>13</sup> Tal estudo, claro, recebeu fortes críticas das organizações e entidades antiarmas e acabou tachado como sendo apenas mais uma tentativa do lobby da NRA em provar as suas teses pró-armas, mesmo o escritório da ONU para Drogas e Crimes (UNODC) tendo aceitado o estudo como verdadeiro e confiável em seu relatório Global Study on Homicide, publicado em 2011. (BARBOSA, 2018).

<sup>14</sup> Em fevereiro deste ano – 2018 –, o professor Gary Kleck, [...], divulgou um artigo bombástico[...] uma pesquisa sobre o uso defensivo de armas de fogo e simplesmente escondeu o resultado! Nos anos de 1996, 1997 e 1998 milhares de pessoas foram abordadas com a seguinte pergunta: “Nos últimos doze meses, você confrontou outra pessoa com uma arma de fogo – mesmo que não tenha atirado – para se proteger, proteger sua propriedade ou outra pessoa?”. A pergunta estava inserida em uma outra pesquisa mais ampla e passou despercebida por anos. O resultado foi exatamente o que eles não esperavam: em média as armas de fogo foram usadas para legítima defesa 2,46 milhões de vezes por ano, enterrando de vez a falsa narrativa de que as armas de fogo são instrumentos de ataque e não de defesa. (BARBOSA, 2018).

Ademais, não há como desviar dos preceitos constitucionais implícitos. Destaca-se, dentre estes, a dignidade da pessoa humana, relevantemente elencada no texto da Carta Magna logo em seu artigo 1º,<sup>15</sup> III. Rafael Vitola Brodbeck, (2013) em seu artigo sobre legítima defesa comenta acertadamente:

A Constituição brasileira ergueu um sólido monumento, fincado nas mais caras tradições jurídicas, humanísticas e cristãs desta que já foi chamada Terra de Santa Cruz. É próprio, sem embargo, da dignidade do ser humano o senso de autopreservação, que vai, mais tarde, desembocar na legítima defesa.

E continua seu raciocínio buscando frisar que; “[...] a dignidade da pessoa humana importa em garantir o principal de seus direitos, a vida, e isso não se faz proibindo o cidadão comum – sem problemas criminais – de ter e portar as ferramentas adequadas para que essa mesma vida não lhe seja tirada.”

As causas da criminalidade são inúmeras e das mais diversas possíveis. Diante destas, o estado não tem um controle efetivo que venha a proteger com eficácia os seus administrados. As práticas criminais são dinâmicas sempre exigindo do ente estatal um enorme esforço e dispêndio de recursos, nem sempre disponíveis. A legítima defesa é instituto indispensável diante da insegurança pública. É provável que o uso defensivo de armas de fogo possa ser fator decisivo para uma redução nos índices de criminalidade que o próprio Estado jamais alcançaria.

A pesquisadora inglesa Malcolm (2014) pontua neste mesmo sentido, quando destaca as leis americanas:

---

<sup>15</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana.

[...] as armas, em si e por si mesmas, tem sido destacadas por muitos na Inglaterra e nos Estados Unidos como causa direta da violência criminal. Algo menos proeminente nessas discussões, e ausente nas estatísticas tradicionais do crime, é o impacto detentivo de um público armado. É claro que a detenção é, se não tão complexa como o crime, algo também não atribuível a uma causa singular. A detenção pode levar a muitas abordagens além de, ou em adição a, simplesmente permitir que cidadãos comuns protejam a si mesmos com armas de fogo e outras armas. A apreensão eficiente, a condenação e a punição dos criminosos ajudam. Ajudam também as leis que permitem que pessoas atacadas ou cujas casa sejam invadidas defendam a si mesmas e suas posses com vigor necessário. Leis não-discricionárias para o porte oculto de armas tido uma papel significativo na detenção dos crimes violentos nos Estados Unidos e fornecem aos indivíduos os meios de protegerem a si mesmos do modo que a lei comum desejava. Nem todo o cidadão precisa estar armado para que a detenção funcione. Só o fato de saber que algumas pessoas estão armadas, e de não saber quem são elas, faz com que criminosos hesitem na hora de cometer um crime violento.

Em outra senda, a Inglaterra vem registrando níveis de criminalidade em assustadora ascensão. Aquele país, que no início do século dezenove era sinônimo de tranquilidade e nostalgia, nos últimos cinquenta anos provou uma mudança significativa em se tratando de segurança pública. Malcolm (2014) destaca:

E do modo que é hoje, uma nação em que todos os cidadãos obedientes à lei foram efetivamente desarmados de todos os tipos de armas por quase cinquenta anos, cujos direitos de defesa própria forma severamente circunscritos, que são dependentes de uma proteção inadequada da polícia, com um sistema judicial relutante em encarcerar os criminosos que consegue apreender, o nível de detenção é mínimo. O resultado é uma taxa de crimes violentos subindo a níveis recordes. Os sustentáculos de prevenção do crime que funcionaram tão bem no século dezenove foram todos removidos. A segurança do indivíduo tomou

assento de trás na agenda de um governo que prefere uma população passiva e vulnerável, um governo que exige o monopólio da força a qual consegue impor com sucesso somente aos cidadãos obedientes à lei. [...] Na Inglaterra menos armas significaram mais crime. Nos Estados Unidos mais armas significaram menos crime.

A exemplo da política inglesa, aqui no Brasil, com implementação do Programa Nacional de Direitos Humanos, PNDH-3, a agenda desarmamentista avança buscando estabelecer mesmo contra a vontade de povo que expressou sua vontade nas urnas, o banimento das armas nas mãos de civis ordeiros.

A dignidade da pessoa humana em vida é uma equação mantida em um frágil equilíbrio e como tudo o que está em equilíbrio está propenso ao caos, a legítima defesa completa o trinômio trazendo um alicerce. Segue afirmado Brodbeck (2013), em outros termos, que:

[...] sem direito a armas não se tem plena capacidade de exercer a juridicamente assegurada legítima defesa; sem legítima defesa, a propriedade e a vida não são protegidas; sem a propriedade não há liberdade completa; e sem vida, não há sociedade, não há desenvolvimento civilizacional e não há Direito.

Vive-se em uma sociedade de espetáculos midiáticos que dia-a-dia apresentam os mais variados fatos sobre os mais variados assuntos, levando a sociedade à alienação e, valendo-se da desinformação, desvirtuam acontecimentos e os transformam em tendência.

O uso defensivo da arma de fogo é um fato. Diariamente vidas são salvas e crimes evitados quando o agressor se detém diante do fato de que sua vítima encontra-se armada. Porém, este tipo de conduta não vira notícia e, quando vira, é em desfavor de quem ousou fazer valer o instituto da legítima defesa. No mesmo sentido, segue Leandro, (2016):



Nota-se, contudo, que nos discursos ‘atécnicos’ não há nada de científico. É o que ocorre em muitos noticiários em que pseudomoralistas trazem informações parciais, repletas de presunções e de irracionalidades que contaminam a massa de espectadores que ingenuamente proliferam a ignorância nos diálogos cotidianos.

Detido diante do inconformismo e envolto nas amarras da cultura da ovelha, não há outra saída aos que despertam senão o enfrentamento da realidade fática, pondera Leandro (2016. p. 30) “o bom discurso [...] segue a simplicidade do caráter, e não emprego dessa palavra como um eufemismo para ingenuidade, mas me refiro à espécie de caráter bom e íntegro que se desenvolveu de acordo com um plano inteligente.”

A legítima defesa, com o uso defensivo de arma de fogo, frequentemente é alvo de críticas desarmamentistas. Estas se baseiam em dados não técnicos para discorrer sobre o assunto e, quando usam dados “técnicos”, o fazem distorcendo toda e qualquer realidade diante de observadores leigos, levando à demonização das armas de fogo, expondo-as como um objeto que, por si, seriam as grandes responsáveis pelo lastro de violência do país, ignorando propositadamente que armas, sem uma pessoa para manuseá-las, não passam de um objeto inerte.

Sobre este conceito, Quintela e Barbosa (2015) relatam que:

[...] o erro conceitual mais grave e mais comum a respeito das armas é que elas só servem para matar. [...] as pessoas que lutam pelo controle banimento das armas simplesmente ignoram o fato de que qualquer arma pode ser usada de duas maneiras, e não apenas de uma [...] (QUINTELA, BARBOSA, 2015).

O uso criminoso, ou seja, o uso ofensivo é sempre de maior destaque pela mídia em suas histórias jornalísticas. Já o uso defensivo das armas de fogo, em razão de injusta agressão, é raramente divulgado pela mídia, restando claro:

[...] que é justamente a razão de qualquer cidadão querer ter um armamento letal em sua casa. [...] infelizmente, por causa de uma legislação leniente com o criminoso e que proíbe o cidadão de se defender com uma arma, as pessoas que o fazem geralmente procuram o mínimo de publicidade possível, com medo de serem indiciadas e condenadas pela justiça. (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

De acordo com o Atlas da Violência (IPEA, 2015) em uma nação em que os números atuais da violência beiram 60.000 homicídios ao ano,<sup>16</sup> nada mais urgente à proteção à vida que o exercício pleno do instituto da legítima defesa por meio da utilização de armas de fogo pela população civil.

Quando são analisados dados de países mais armados em comparação com o Brasil, vê-se que posse e porte de armas de fogo por civis, de acordo com as normas, reduzem os índices de criminalidade. Isto é facilmente comprovado quando se olha para os EUA, que é o país mais armado do mundo. Malcolm (2014) refere-se a “[...] cerca de 300 milhões de armas nas mãos de civis, cerca de uma arma para cada habitante e índices de violência mais baixos que a Inglaterra, que optou em proibir as armas de fogo.”

Os movimentos desarmamentistas, principalmente ONG’s e fundações, proliferam apoiados pelo governo. Financiados pelo dinheiro público e privado, desempenham campanhas contra as armas, alcançando as massas e disseminando estatísticas com o objetivo do desarmamento civil.

Destarte, é preciso analisar criticamente qual o objetivo da restrição ao acesso às armas de fogo. Entretanto, no contraponto, sem auxílio

---

<sup>16</sup> Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde, em 2015 houve 59.080 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa por 100 mil habitantes de 28,9. Este número de homicídios consolida uma mudança de patamar nesse indicador (na ordem de 59 a 60 mil casos por ano) e se distancia das 48 mil a 50 mil mortes, ocorridas entre 2005 e 2007 (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2017).

governamental, estão organismos independentes que apoiam o uso defensivo de armas de fogo pelos civis.

Faz-se necessário demonstrar que as políticas de restrição atingiram justamente os mais pobres, onde os índices de violência são mais elevados, pois é provável que o custo burocrático para aquisição de uma arma de fogo chega a R\$ 1000,00, sem incluir o valor de compra da arma de fogo. Ademais, não há garantia que a Polícia Federal autorize a aquisição, amparando-se na questão subjetiva que compõe o rol de requisitos.

Urge devolver ao cidadão o direito à posse e ao porte de arma de fogo, para o exercício pleno da legítima defesa, direito este que foi destituído e continua sendo negado por um Estado que objetivou, na lei do desarmamento, única e exclusivamente, tirar do cidadão mais uma parcela de liberdade individual. Neste caminho, chega-se a um ponto no qual é possível vislumbrar que a legítima defesa se encontra relativizada, ou seja, que diante das determinações legais proibitivas, não pode o cidadão dispor plenamente dos meios materiais para exercê-la em virtude das implicações subjetivas impostas pelo poder discricionário dos órgãos controladores. Em sua obra, o filósofo Olavo de Carvalho, (2014), pondera de forma precisa destacando “[...] ao observar-se que os movimentos armamentistas são de fundamental importância para reorganização mental do povo brasileiro em busca da reação, não armada mas, política, diante da supressão de direitos individuais. O cidadão, ao perceber reestabelecido tal direito, não tardará à empreender uma cruzada em busca da garantia de outros direitos.”

Bitencourt, (2016) destaca que a autodefesa é aceita universalmente há milênios antes de Cristo e se apresenta como um marco histórico de conquista e evolução da humanidade, adequada pelas mais diversas culturas e tempos.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Bitencourt, (2016) em sua obra sobre o Tratado de Direito Penal, afirma que “A legítima defesa, um dos institutos jurídicos melhor elaborados através dos tempo, representa uma forma abreviada de realização e justiça penal e da sua sumária execução. Afirma-se que a legítima

Evidenciado por diversos acontecimentos, que envolveram fatos diretamente ligados à ineficiência do governo em prover uma segurança pública eficaz, a sociedade brasileira despertou diante da realidade fática da insegurança pessoal.

Ninguém mais está seguro, nem mesmo dentro de sua própria casa, que se constitui em “asilo inviolável”, garantido constitucionalmente. Os celerados, diante da garantia de que o cidadão de bem e cumpridor da lei está proibitivamente impossibilitado de se proteger utilizando arma de fogo, encontram terreno fértil para perpetrar seus mais funestos atos de covardia, ao arrepio da lei diante da impunidade.

## **5 CONTROLE SOCIAL E A POLÍTICA BRASILEIRA DE CONTROLE DE ARMAS DE FOGO**

É necessário adentrar na controversa política nacional de desarmamento, bem como demonstrar que seu primário e real objetivo é fortalecer o controle social exercido pelo Estado sobre o cidadão. Esta política passou a integrar o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, instituído pelo Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, atualmente em sua terceira versão, especificamente em sua Diretriz 13,<sup>18</sup> demonstrando claramente as ações desarmamentistas que pretendem ser implementadas. Considerando que o texto do PNDH-3 data de 2009, vê-se claramente que a escalada do desarmamento está apenas iniciando.

Os objetivos e efeitos da lei do desarmamento se constituem em uma violação flagrante dos direitos subjetivos do cidadão, que é obrigado a dispensar parcela de sua liberdade em favor de um Estado ineficaz em prover

---

defesa representa uma verdade imanente à consciência jurídica universal, que paira acima dos códigos, como conquista da civilização.” (BITENCOURT, 2016, p. 232).

<sup>18</sup> Diretriz 13: Prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos; Objetivo estratégico I: Ampliação do controle de armas de fogo em circulação no país (OBSERVATÓRIO DO PNDH-3, 2018).

e sustentar políticas de segurança pública que coíbam a ação criminosa de indivíduos ou grupos organizados contra a vida e a propriedade.

Como destaca Nunes (2017) “Apesar de se apresentar apenas como restritiva, a lei 10.826 de 2003, que dispõe sobre comércio de arma de fogo, munições e acessórios, possui estrutura subjetivista”, ficando disposto à análise discricionária do órgão concessor de autorização para compra, posse e porte de arma de fogo, deixando assim o solicitante suscetível, mesmo tendo cumprido todos os requisitos objetivos, ao indeferimento do processo de autorização de compra justificado diante da máxima de que o Estado é responsável pela segurança.

Uma lei que impõe a discricionariedade em detrimento das liberdades individuais não pode ser tolerada por uma nação que se sustenta sob os pilares da democracia. A supremacia dos interesses públicos é destaque no artigo escrito por Raquel Melo Urbano Carvalho, (2009), que prioriza:

[...] se coincide com o interesse dos cidadãos amparado no ordenamento. O único interesse público que é lícito ao Estado perseguir é o primário, porquanto não-divergente dos interesses da coletividade e delimitado pelos paradigmas normativos da ordem jurídica. É este interesse coincidente com a soberania popular que deve prevalecer em todos os atos estatais, de natureza legislativa ou executiva, porquanto vinculante, genericamente do Direito Público.

De acordo com Jeyson Santos (2015), a Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, vem alcançando seu real objetivo quando regula as armas nas mãos dos civis, apontando falaciosamente, ser o meio mais eficaz de diminuir a violência:

[...] conhecida como Estatuto do Desarmamento, tem como fulcro e razão de ser a suposta necessidade de desarmar a sociedade civil para, como seu maior motivo, diminuir a violência; ou seja, do Desarmamento ao coibir a posse e o porte de armas de fogo, em poder da

população, se pretende à incidir diretamente nos índices de homicídios perpetrados e, conseqüente, na diminuição da violência urbana.

A aquisição de arma de fogo por pessoas físicas ou jurídicas são reguladas pelo art. 17,<sup>19</sup> do Decreto-Lei n. 3.665 de 20 de novembro de 2000, que estabelece as restrições quanto aos calibres e define o que são armas de uso permitido. Atendidos os requisitos objetivos para aquisição de arma de fogo, o candidato, obrigatoriamente, necessita comprovar a efetiva necessidade de possuir tal artefato e para qual fim se destina.

E se isso não bastasse, o Legislador determina uma análise discricionária por parte do órgão fiscalizador:

[...] ao adotar o plano abstrato do conceito de “declaração de efetiva necessidade”, o legislador permitiu que tal avaliação fosse realizada através de meios subjetivistas, o que representa uma proibição “branca” ao cidadão que busca os meios legais para adquirir arma de fogo, visto a

<sup>19</sup> Art. 17. São de uso permitido:

- I - armas de fogo curtas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto;
- II - armas de fogo longas raiadas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .32-20, .38-40 e .44-40;
- III - armas de fogo de alma lisa, de repetição ou semi-automáticas, calibre doze ou inferior, com comprimento de cano igual ou maior do que vinte e quatro polegadas ou seiscientos e dez milímetros; as de menor calibre, com qualquer comprimento de cano, e suas munições de uso permitido;
- IV - armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre igual ou inferior a seis milímetros e suas munições de uso permitido;
- V - armas que tenham por finalidade dar partida em competições desportivas, que utilizem cartuchos contendo exclusivamente pólvora;
- VI - armas para uso industrial ou que utilizem projéteis anestésicos para uso veterinário;
- VII - dispositivos óticos de pontaria com aumento menor que seis vezes e diâmetro da objetiva menor que trinta e seis milímetros;
- VIII - cartuchos vazios, semi-carregados ou carregados a chumbo granulado, conhecidos como “cartuchos de caça”, destinados a armas de alma lisa de calibre permitido;
- IX - blindagens balísticas para munições de uso permitido;
- X - equipamentos de proteção balística contra armas de fogo de porte de uso permitido, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e
- XI - veículo de passeio blindado.

negativa em massa da polícia federal ao não conceder a autorização, sob o fundamento de não demonstração de efetiva necessidade. (NUNES, 2017).

Neste mesmo sentido, explana Rafael Crocetta Rabello (2011):

Quando interpretada a efetiva necessidade em seu rigor máximo, assemelhando-se à interpretação para o porte, os efeitos da lei seriam muito próximos ao de uma proibição do comércio de armas de fogo e munição, pois só em casos excepcionais haveria a possibilidade de compra de uma arma de fogo, assim como são excepcionais os casos de autorização para porte.

Diante de uma política de segurança eivada, o Estado emana ações protetórias e, por consequência, cria um limbo onde o cidadão encontra dificuldade em defender sua vida e propriedade enquanto que o Estado está incapacitado de prover um sistema de segurança eficaz, pode-se considerar seguramente que:

[...] o cidadão encontra-se sem lastro protetório para a defesa da própria vida, onde o próprio Estado se diz não garantidor individual, sujeitando-se ainda a critérios subjetivos de aquisição de armamento, o que reflete em uma vedação implícita ao acesso as armas. Ademais, a Segurança Pública é dever do Estado, contudo, também é encargo de todos, inclusive do cidadão, a quem é dado a possibilidade de prender em flagrante quem esteja a cometer crimes. Todavia, o Estado impede a aquisição livre de instrumentos para a realização do mister, não confiando nas mãos dos que confiam no contrato social. (NUNES, 2017).

Treze anos de convívio com imposição da política nacional de desarmamento se passaram. Neste período não se viu uma redução nos índices de criminalidade. O que se vê, são atos explicativos de entidades tentando justificar a manutenção da Lei, criando estatísticas sem base lógica alegando

que sem o Estatuto do Desarmamento cresceria o número de homicídios. Ou ainda, sem base em um raciocínio estatístico, que desde a edição poupou-se algum percentual de vidas. Como se fosse possível matematizar números inexistentes.<sup>20</sup>

Porém, os números se fazem cada vez mais perceptíveis à face do Estatuto do Desarmamento, desafiando a lógica desarmamentista que obstina desorientadamente na equação mais armas mais crimes. Uma nação refém, de uma política de segurança falida onde o Estado sofre uma ataque sistemático de um arcabouço criminal cada vez mais organizado que permeia todo o sistema, clama pela restituição de liberdades individuais cerceadas com promessa de segurança. O Estado não tem capacidade de se fazer onipresente. Isso é um fato. Então, que se devolva ao cidadão o direito à posse e porte legal de arma de fogo.

## 6 CONCLUSÃO

Mesmo diante da declarada falência do setor da segurança pública, o Estado tenta proibir ações de autoproteção, esquecendo-se de que a própria Constituição Federal prevê que a segurança é dever do Ente Público e um encargo de todos, resguardando o direito de auto defesa ao cidadão além de lhe facultar a possibilidade de dar voz de prisão em flagrante a qualquer um que esteja a cometer crime. Porém, ao cidadão lhe é facultado o direito mas não lhe são garantidos os meios materiais para efetivação.

Neste caso, o interesse da Administração Pública só é legítimo se encontrar amparo diretamente no interesse do cidadão, o que não é o caso do

---

<sup>20</sup> Ao informar que o Estatuto do Desarmamento impediu 121 mil mortes, a reação de uma pessoa normal é considerar às consequências benéficas que tal legislação trouxe à sociedade. Então, haverá apoio da parte da “opinião pública” à respectiva legislação. Repito, não há problema algum nisso, desde que o informado se coadune com a verdade; mas, a partir do momento que essas informações não procedem, o resultado é manipulação. A manipulação nada mais é do que uma mentira. Quando uma pessoa mente, o enganado acaba por ser manipulado (SANTOS, 2015).



Estatuto do Desarmamento. No referendo sobre a comercialização de armas de fogo e munições ficou clara a intenção do povo. O não foi vencedor com mais de 60% dos votos válidos. No entanto, o Estado, ignorando o resultado, seguiu e segue ampliando as restrições no que tange às armas de fogo e acessórios, dificultando que o cidadão disponha dos meios materiais para exercício da legítima defesa.

A pesquisa desenvolvida, tem o objetivo de demonstrar superficialmente a ineficácia explícita da lei de controle de armas de fogo, o Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, cuja edição preconizava a queda do flagelo da criminalidade e, conseqüentemente, da violência no país. O que fez a lei, de fato, foi concentrar o controle de armas de fogo legais, aquelas que se encontram sob tutela de civis ordeiros através do órgão central criado para tal fim, o SINARM – Sistema Nacional de Armas, no âmbito da Polícia Federal em todo o território nacional.

Os debates sobre a posse e o porte de armas de fogo envolvendo seu rol de crimes conexos são impetuosos. O controle, restrição ou banimento estão ideologicamente presentes, apontando as armas como causa direta da criminalidade. Nos debates veiculados na grande mídia, o que não é pautado, propositalmente, são os números estatísticos relativos ao uso defensivo de armas de fogo. No Brasil, centenas de vidas são salvas diante do uso defensivo de armas. Porém, propositalmente, não viram notícia. Infelizmente a guerra de narrativas tendenciosamente aponta apenas para o uso criminoso das armas de fogo deixando parecer, para os mais desavisados, que as armas de fogo só são uteis para prática do mal.

O instituto da legítima defesa, a segurança e a arma de fogo formam um trinômio inseparável. Armas de fogo são o único instrumento capaz de equilibrar forças naturalmente desproporcionais. Da mesma forma, são instrumentos que demarcam uma fronteira perante políticas de controle social, nas quais as armas de fogo não tem lugar pois garantem que uma nação não seja subjugada diante de ideologias que não se amparam nos pilares da

democracia. Aos governos, é preferível manter o monopólio da força em detrimento dos direitos individuais de seus administrados.

Por fim, a Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003 em seus treze anos de vigência vem se mostrando eficiente no contexto de controle social e ineficaz no que foi prolatado como sendo seu principal objetivo, que é o da diminuição da criminalidade e consequentemente da violência.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Bene. *Governo escondeu pesquisa sobre uso defensivo de armas nos EUA*. 2018. Disponível em: <http://www.cadaminuto.com.br/noticia/320316/2018/05/07/governo-escondeu-pesquisa-sobre-uso-defensivo-de-armas-nos-eua>. Acesso em: 20 maio 2018.

BARBOSA, Bene; QUINTELA, Flavio. *Mentiram Para Mim Sobre o Desarmamento*. Campinas: Vide Editorial, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. (Constituição [1988]). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 2 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Institui o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 21 fev. 1997. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei 9.437-1997?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.437-1997?OpenDocument). Acesso em: 5 jan. 2018.

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, 23 dez. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm). Acesso em: 6 out. 2017.

BRODBECK, Rafael Vitola. *Legítima defesa: uma questão de dignidade*. 2013. Disponível em: <http://midiasem mascara.org/arquivos/legitima-defesa-uma-questao-de-dignidade/>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BRUNELLI, Roberto Giordani. *A (in)convencionalidade do Estatuto do Desarmamento à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos*. 2017. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18716&revista\\_caderno=](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18716&revista_caderno=). Acesso em: 12 jan. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120) – 12ª Edição de acordo com a Lei n. 11.466/2007*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Olavo de. *A Nova Era e a Revolução Cultural: Fritjof Capra & Antônio Gramsci*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Vide Editorial, 2014. 239 p.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo – parte geral: intervenção do Estado e Estrutura da Administração*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de São Jose da Costa Rica*. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 8 jan. 2018.

GUZZELLI, César. *A segunda emenda e a suprema corte dos Estados Unidos*. 2017. Disponível em: <http://www.defesa.org/a-segunda-emenda-e-a-suprema-corte-dos-estados-unidos/>. Acesso em: 19 maio 2017.

HORNBERGER, Jacob. *O direito de portar armas é um direito humano essencial*. 2011. Disponível em: <https://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=954>. Acesso em: 2 jan. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência*, Brasília, DF, 2017. 69 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017>. Acesso em: 18 jan. 2018.

LEANDRO, Allan Antunes Marinho. *Armas de Fogo e Legítima Defesa: A desconstrução de oito mitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LINHARES, Marcelo Jardim. *Legítima Defesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MALCOLM, Joyce Lee. *Violência e armas: A experiência inglesa*. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2014.

MANGO, Andrei Rossi. *Análise do instituto da Legítima Defesa: da evolução histórica ao excesso*. 2015. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16252&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16252&revista_caderno=3). Acesso em: 12 dez. 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direitos fundamentais e a arma de fogo*. 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI17173,-101048-Direitos+fundamentais+e+armas+de+fogo>. Acesso em: 28 dez. 2017.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *Brasil tem nona maior taxa de homicídio das Américas, diz OMS*. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-tem-nona-maior-taxa-de-homicidio-das-Americas-diz-oms/>. Acesso em: 15 fev. 2018.

NATIONAL RIFLE ASSOCIATION OF AMERICA. *“Assault Weapons” e “Large” Magazines: Armas de Assalto e carregadores de grande capacidade*. 2016. Disponível em: <https://www.nraila.org/get-the-facts/assault-weapons-large-magazines/>. Acesso em: 7 fev. 2018.

NUNES, Kim. *A impostura do Estatuto do Desarmamento*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59513/a-impostura-do-estatuto-do-desarmamento>. Acesso em: 29 mar. 2018.

OBSERVATÓRIO DO PNDH-3. *O que é o PNDH-3*. 2018. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>. Acesso em: 29 mar. 2018.

RABELO, Rafael Crocetta. *O Direito de Possuir e Portar Armas de Fogo: Uma leitura Constitucional*. Florianópolis: UFSC, 2011. Disponível em: <http://biblioteca.pm.sc.gov.br/pergamum/vinculos/000001/00000197.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

REIS JÚNIOR, Almir Santos; AFONSO, Aline Valério Bueno Pereira. O porte de arma como direito individual e a conjuntura: fator de criminalidade. *Diálogos & Saberes*, Mandaguari, v. 8, n. 1, p. 109-123, jun. 2012. Disponível em: <http://seer.fafiman.br/index.php/dialogosesaberes/issue/view/18>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SANTOS, Geyson. *A Face Oculta do Desarmamento*. 2015. Disponível em: <https://geysonsanotoshotmailcom.jusbrasil.com.br/artigos/234873392/a-face-oculta-do-desarmamento-1>. Acesso em: 29 mar. 2018.



# O JUIZADO ESPECIAL NO DIREITO PENAL: O CONSENSO COMO ALTERNATIVA DA JURISDIÇÃO

Letícia Miotto<sup>1</sup>

Mauricio Eing<sup>2</sup>

**Resumo:** A atual Constituição Federal permitiu a criação dos Juizados Especiais Criminais em seu artigo 98, inciso I, que, posteriormente, foi regulamentado pela Lei n. 9.099, de 25 de setembro de 1995. Essa lei inovou em vários aspectos e trouxe consigo uma nova caracterização para a esfera criminal, o conceito de crime de menor potencial ofensivo, uma vez que, para efeitos da lei, serão enquadradas, nesse contexto, as contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima igual ou inferior a 2 anos, cumulada com multa ou não. Por intermédio dessa nova sistemática, apresentada pela lei dos Juizados Especiais, destaca-se, também, a introdução do procedimento sumaríssimo, o qual se aplica apenas nesses crimes taxados como de menor potencial ofensivo. Por esse procedimento sumaríssimo, passaram a ser adotados três novos institutos, quais sejam: o acordo civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, todos de ordem material penal, visto que afetam o poder punitivo do Estado. Englobando todas essas inovações, nasce a justiça acordada ou consensual, cuja principal finalidade é estimular o acordo entre os litigantes, buscando a reparação “amigável” do dano para que a vítima seja restituída de forma justa e o suposto autor dos fatos tenha facilidade de reinserção na sociedade e, diante disso, seja evitada a instauração do processo, que ocasionaria mais demora na solução do conflito.

**Palavras-chave:** Juizado Especial Criminal. Crime de menor potencial ofensivo. Procedimento sumaríssimo. Jurisdição. Justiça acordada. Consenso. Institutos despenalizadores.

---

<sup>1</sup> Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; leticia\_miotto15@hotmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Processo Civil e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Assessor do Ministério Público Federal; mauricio.eing@unoesc.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

Como se sabe, o Juizado Especial é considerado um mecanismo inovador para a justiça nacional, pois está fundamentado nos princípios da oralidade e celeridade, permitindo e contribuindo, assim, para a proximidade entre a linguagem normativa e a população.

O advento desse instrumento veio junto com a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe garantias, direitos e previsões de um novo conceito de justiça, qual seja, aquela que visa à sanção ao infrator pensando em sua reinserção na sociedade e, principalmente, passa a ter olhos para a outra parte do litígio, a vítima, garantindo-lhe a reparação do dano, como requisito de pena.

Diante da nova sistemática, prevista pela Constituição, o legislador se viu na obrigação em modificar, bem como criar normas que se enquadrassem no “reformado” cenário que a Constituição estava a trazer, com conceitos e classificações novas no globo dos, até então, Juizados de Pequenas Causas.

Eis que em 1995, nasce a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cuja fundamentação aconteceu perante o art. 98, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil e trouxe consigo grandes inovações à Justiça brasileira, com um procedimento que objetiva o consenso de ambas as partes, buscando a aplicação da pena correta e necessária para o infrator e, ainda, preocupando-se com a vítima, uma vez que analisa os danos sofridos por ela e atribui-lhe a reparação, como causa de revogação dos benefícios conferidos ao réu, quais sejam: composição civil, transação penal e suspensão condicional da ação. No mesmo viés, o acusado se reinsere com maior facilidade na sociedade, tendo em vista o preconceito da sociedade em relação aos apenados.

A justiça consensual contribui com a celeridade do processo, outro princípio norteador dos Juizados Especiais, e, conseqüentemente, com o não acúmulo de processos perante os Tribunais.



Portanto, esse procedimento contribui em vários aspectos na esfera criminal, aproximando as partes da busca almejada da justiça e do rápido procedimento previsto.

## **2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Em meados do século XVIII, a população mundial passava por grandes mudanças, tendo em vista a destituição dos Estados absolutistas, que tinham como modelo de governo a concentração dos poderes nas mãos dos reis, os quais se afirmavam serem representantes de Deus na Terra (SOARES, 2013).

Esse modelo de regime demandava da reunião em mãos do governante, os reis, todos os poderes, executivo, legislativo e judiciário e o controle religioso de seu povo. Porquanto, o surgimento de uma nova classe social passou a ter forte influência, a burguesia.

Percebendo a forma injusta, desleal e prejudicial em que os reis controlavam a população, os burgueses iniciaram um novo ciclo na história global. Estavam em busca de um modelo de organização social distinto do absolutismo, em que o rei fosse restrito, controlado e que houvesse a separação dos três poderes.

Diante dessa vontade de mudança, eis que durante os séculos XVII e XVIII iniciam-se as Revoluções Burguesas, fruindo do propósito de favorecimento à burguesia por meio da permissão para o crescimento econômico e, conseqüentemente, liberdade para a extensão dos negócios (SOARES, 2013).

Completa Pinto (2008), que o principal marco da série de movimentos foi a Revolução Francesa de 1789, cujo fundamento principal se consolidava na Magna Carta, tendo em vista suas diretrizes, assegurando “que todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei” e que “a finalidade da

sociedade é a felicidade comum – o governo é instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a segurança e a propriedade” (PINTO, 2008), posto isso, pode-se dizer que o novo modelo pretendido pelos burgueses buscava a limitação dos poderes do Estado e, ainda, a declaração da existência de direitos fundamentais conferidos à pessoa humana.

Em razão dos fatos narrados, nasce o Estado Democrático de Direito, o qual se baseia no princípio da soberania popular, que confere ao povo o poder de escolha, pois é a partir da vontade desses que ocorre o desenvolvimento da sociedade, com efeito, quem escolhe seus representantes (os legisladores), que criaram leis objetivando a vontade geral, é a população, participando diretamente – por intermédio do plebiscito, embasado na iniciativa popular – e indiretamente – ligada nas eleições, pelo voto – na atividade política do país. Nesse viés, o Estado de direito se conceitua na ideia de igualdade e respeito atribuída a todos.

Hans Kelsen, no século XX, já conceituava o Estado como sendo elemento artificial e que a lei somente passa a ter um papel essencial na organização das sociedades quando é poder do povo, que se manifesta e vincula a todos de forma igualitária, no qual os governantes e governados são igualmente sujeitos às determinações da lei.

Atualmente, a concepção de Estado Democrático de Direito reúne qualidades de vários setores, passando pelo estado de direito, constitucional, democrático, ambiental e liberal. Reúne, também, os princípios de justiça, quais sejam: a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana e medidas/ leis jurídicas onde não são admissíveis contradições umas das outras.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito advém com a Constituição da República Federativa do Brasil, sendo promulgada em 5 de outubro de 1988 (BRASIL, [2016]).

Estabelecendo diretrizes diferentes das antigas e trazendo inovações, o legislador brasileiro se viu na obrigação de criar leis que se enquadrassem

e regulamentassem os vigentes preceitos. Por esse motivo, é que a criação de uma lei Federal, que instituísse os Juizados Especiais, era imprescindível.

Por sua vez, contribui Donato (2010, p. 18), os Juizados Especiais iniciaram sua trajetória antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988. Tiveram suas origens na década de 1980, precisamente, no dia 23 de julho de 1982, no estado do Rio Grande do Sul, quando foram fundados os Conselhos de Conciliação e Arbitragem, chamados ao tempo de Juizados de Pequenas Causas. Dois anos depois, a Lei Federal n. 7.244/84 entra em vigor, criando, então, os Juizados de Pequenas Causas, que possuíam como objetivo desafogar o judiciário em razão das crescentes demandas judiciais, tencionando uma forma célere de resolução dos conflitos entre as partes pelo consenso, isso devido aos bons resultados na prática conferidos pelos conselhos de conciliação e arbitragem.

Ocorre que, até então, pelos Juizados de Pequenas causas se julgavam apenas matérias de cunho cível, faltando trazer para a esfera consensual a matéria Penal/Processual Penal, com efeito a isso e com o advento da Constituição Federal de 1988, trazendo a menção ao juizado de pequenas causas no artigo 24, inciso X e a determinação da criação de Juizados Especiais no artigo 98, inciso I, do mesmo texto, em 16 de setembro de 1995 foi promulgada a Lei Federal n. 9.099, sancionada pelo Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, que estabelecia as disposições dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a valer, revogando a Lei n. 7.244 (BRASIL, 1995).

Com tal viés processual, surgiram inovações e conceituações diversas daquelas antes impostas. O legislador definiu que o crime de menor potencial ofensivo seria julgado pela Lei n. 9.099 e redescobriu, de certo modo, a vítima, pois passou a buscar a reparação do dano causado como requisito indispensável do acordo celebrado entre os interessados.

Os crimes submetidos aos Juizados Especiais, definidos pela própria norma como os de menor potencial ofensivo, são aqueles cuja pena privativa de liberdade não seja superior a um ano, inclusive, as contravenções penais.

Ainda, inovou permitindo que, inicialmente, quem definia o desfecho do curso processual são as próprias partes, as quais podem celebrar um acordo, durante a audiência de conciliação, promovendo a reparação do dano e a aplicação da sanção justa ao infrator, e, com isso acarretará, se atendidos e cumpridos todos os requisitos, a extinção da punibilidade do agente, fator benéfico ao réu, tendo em vista a sua reintegração na sociedade (BRASIL, 1995).

Em atenção à demonstração de maior eficiência estatal e considerando os bons resultados conferidos pela Lei n. 9.099, o Poder Legislativo buscou aumentar o rol de infrações penais e isso se concretizou com a Emenda Constitucional n. 22/99, acrescentando ao artigo 98, da Constituição Federal de 1988, o parágrafo único, o qual definia a institucionalização dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal (BRASIL, 1999).

Eis que, em 12 de julho de 2001 o Legislativo editou a Lei Federal n. 10.259, aumentando a competência dos Juizados Especiais Criminais até a esfera federal. Essa norma alterou os crimes de menor potencial ofensivo, prevendo que seriam aqueles de pena privativa de liberdade inferior a dois anos e, por sua vez, passou-se a aplicar, analogicamente, essa e outras diretrizes aos Juizados Especiais Criminais Estaduais (BRASIL, 2001).

Entretanto, mesmo com a aplicação de alguns pontos à competência estadual foi promulgada a Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006, a qual definiu a competência dos Juizados Especiais Criminais, sendo que, qualquer infração cuja pena não seja superior a 2 anos de pena privativa de liberdade ou multa, é compreendida como ditos “crimes de menor potencial ofensivo.” (BRASIL, 2006).

### **3 AS PECULIARIDADES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E A LEI 9.099/95**

De acordo com Abreu (2004), os Juizados Especiais trouxeram inovações em sua sistematização prática, surgindo no estado gaúcho do Brasil e se manifestando nos conflitos de algumas relações sociais, uma vez

que assumiu papel fundamental no sistema jurídico, quebrando barreiras da percepção da instituição burocrática, lenta, cara e inacessível à boa parte da população. Considera que essa “nova justiça” é mais acessível à população, bem como democrática, tendo em vista as evoluções que ocorreram ao longo dos anos para que ela fosse inserida na cultura, já formada até então, jurídica, política, social e, inclusive, econômica.

Lacerda (1984, p. 7-10) destaca que os Juizados Especiais foram implantados tendo em vista a falha das instituições e, com isso, foram descobertos novos mecanismos para vencer os desafios que cercavam, e ainda cercam, a justiça, sendo assim, a imaginação do homem se baseou nas experiências e tentativas realizadas e objetivaram, nesse caso, levar a justiça ao homem comum de maneira mais prática e que viabilizasse a paz, harmonia e o retorno da amizade entre os conflitantes.

A principal ideia dessa forma de ingresso na justiça é a facilitação do ingresso perante os órgãos jurisdicionais, não sendo considerado apenas um mero procedimento, visto como mais simples e rápido, mas uma sincronia entre ideias e inovações (WATANABE, 1985).

De modo geral, segundo Brutti (2006), os Juizados Especiais Criminais, basicamente, são formados por juízes togados e leigos, os quais, por sua vez, remetem à ideia de conciliador, ainda, notadamente, possuem atribuições de buscar a conciliação, ou seja, um acordo entre as partes, julgar e executar (fiscalizar) o cumprimento das medidas impostas dos crimes de menor potencial ofensivo.

### 3.1 ADVENTO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS

É de suma importância lembrar que a previsão desta lei (Lei n. 9.099, de 1995) foi consolidada após a apreciação da determinação que a própria Constituição Federal informava em seu artigo 98, I, onde:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (BRASIL, [2016]).

A criação dos Juizados Especiais, como já citado, passou por um longo processo de instrumentalização, e foi materializada de fato com a promulgação da Lei n. 9.099/99, que trouxe consigo a demanda/objetivo de promover a verdadeira administração da justiça, com o fim de auxiliar e contribuir no campo jurisdicional trazendo mais eficácia e agilidade, bem como viabilizando a harmonia, sem uma repressão muito severa, entre os litigantes, com a conseqüente solução do conflito, explicando Silva (1997, p. 100), que “com o advento da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, foi criado um novo procedimento, que procura a efetividade da administração da justiça no campo penal, com conseqüências jurídicas, dando-lhe um maior caráter de humanização e liberdade.”

O legislador quis inovar com a promulgação da lei planejando proporcionar um novo enquadramento para crimes ditos como menos gravosos, uma vez que a pena privativa de liberdade, em algumas situações, torna-se inadequada em razão do caráter austero, tendo em vista a natureza, bem como motivos da infração que foi ocasionada. Por conta disso, a Lei n. 9.099/95 é reconhecida por representar a aplicação dos institutos despenalizadores. Em complemento, Silva (1997, p. 103), conclui que “[...] as penas privativas de liberdade devem ser reservadas para os delinquentes perigosos, aqueles que cometeram crimes que necessitam de reprimenda rigorosa.”

Essa predisposição, vista como medida despenalizadora, veio com a intenção de desafogar a justiça, aplicando rapidez, agilidade, economia e

celeridade aos procedimentos por ela relacionados, uma vez que a Justiça Criminal, em geral, sempre passou por críticas relacionadas à demora na obtenção de um resultado, o julgamento final (SILVA, 2002).

### 3.2 CONCEITUAÇÃO DOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A atual Constituição Federal já previa a implantação dos Juizados Especiais criminais que abrangessem apenas os crimes de menor potencial ofensivo, conforme seu artigo 98, inciso I, entretanto, não mencionava quais seriam esses crimes. Com a promulgação da Lei n. 9.099, de 1995, foram estabelecidos esses tipos penais abrangidos.

O conceito de crime de menor potencial ofensivo, na forma do art. 61 da Lei 9.099/95, é considerado aquele que a pena máxima em abstrato não ultrapasse 2 (dois) anos, incluídos, nesse contexto, além dos crimes, as contravenções penais. A Justiça Federal se vale dessa mesma definição, a qual possui também previsão dos Juizados Especiais no âmbito Federal, com efeito, a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (BRASIL, [2016], 1995, 2001).

Para melhor compreensão, Gomes (2013, p. 31) traz o seguinte exemplo:

O sujeito “B” pratica supresso de marca em animais, figura prevista no art, 162, do Código Penal, ao qual é imposta pena máxima de três anos. Considerando que referida conduta foi tentada, após subtraído um terço da pena, restará a pena máxima de dois anos, portanto cabível o julgamento e a imposição das medidas da Lei. 9.099/95.

Ainda, a previsão da forma tentada dos crimes de menor potencial ofensivo será admitida, devendo nas infrações aplicar o máximo da pena prevista com a redução de um terço, conforme dispõe o artigo 14 do Código Penal, porquanto a pena não poderá ser superior a dois anos (GOMES, 2013, p. 30).

### 3.3 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Conforme Karam (2004, p. 183), é dever da União legislar sobre matéria penal (CF, art. 22, inciso I), uma vez que os assuntos dos Juizados Especiais Criminais estão inseridos no âmbito penal. Por sua vez, a própria Constituição Federal determinou a competência de jurisdição em seu texto, delimitando os Juizados Especiais às Justiças Estaduais e Federais, bem como dispondo de que esse juízo é competente para julgamento das causas de menor potencial ofensivo, cabendo, inclusive, à União definir a respeito desse conceito, o qual foi determinado pela Lei n. 9.099/95. Ainda conclui:

A competência dos juizados especiais criminais, em cada âmbito territorial de atuação dos órgãos jurisdicionais (federal ou local), determina-se como a dos demais juízos criminais de 1º grau, pela consideração da natureza da infração penal configurada pelos fatos em que se funda a pretensão punitiva natureza esta que, no caso focalizado é dada por seu menor potencial ofensivo. Tem-se aqui modalidade de atribuição da competência inserida na chamada competência de juízo, a delimitação da atuação jurisdicionais no processo levando em conta o fundamento jurídico material da demanda (ou matéria a ser examinada na causa). (KARAM, 2004, p. 183).

No que diz respeito à competência territorial, a lei, de certa forma, é omissa na sua definição, posto que não é certo se aplica a teoria do resultado ou atividade, com efeito, a competência poderá ser atribuída tanto pelo local que a conduta foi praticada quanto pelo lugar em que ela foi consumada. Portanto, segundo Lenza (2017, p. 544): “será competente para aplicar tal procedimento tanto o juiz onde foi praticada a conduta (ação ou omissão) quanto o Juiz do local da consumação (resultado).”

Entretanto, supondo uma análise das infrações no campo prático e efetivo dos Juizados Especiais Criminais (JECrims), a não definição de



uma teoria para ser seguida não influencia na maioria dos casos, visto que a consumação dos crimes, taxados como os de menor potencial ofensivo, ocorrem logo após a conduta (PAZZAGLINI FILHO et al., 1997).

Como é possível perceber, a competência de foro nos Juizados Especiais Criminais não segue a mesma estabelecida no Código de Processo Penal, em seu artigo 70, vez que a regra geral do foro competente será o lugar onde a infração se consumou.

### 3.4 OBJETIVOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Felipe (2014) considera como uma grande inovação no ordenamento jurídico do Brasil, os Juizados Especiais Criminais, que foram criados objetivando aliviar as varas criminais, bem como diminuir o número de presos, aplicando medidas menos severas e visando que o infrator se reinsira na sociedade o mais rápido possível, entretanto, cumprindo algumas condições determinadas para o cumprimento da sua pena. Ainda, o acesso à justiça penal por meio de qualquer cidadão foi facilitado, contribuindo para que qualquer cidadão, independentemente de sua condição financeira, pudesse se socorrer de uma justiça mais célere.

A própria Lei n. 9.099/95 estabelece suas principais finalidades, assim como seus propósitos, como em seu artigo 62, transcrito a seguir:

Art. 62 O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995).

Como é possível observar, o legislador evidencia a importância da conciliação em razão de não ser apenas a solução do conflito, mas sim a solução do problema em linhas gerais, abrangendo desde a reparação do dano até a pena adequada para o tipo penal. Diante disso, os JECrims não se preocupam

apenas com a vítima, o que muito ocorre no rito processual penal comum, mas também abrem espaço para a reparação do dano e, principalmente, para o infrator, buscando a aplicabilidade de uma pena conveniente para o nível do crime que fora cometido e, também, por quem foi realizado.

### 3.5 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Segundo Gomes (2013, p. 21), os princípios indicam marcos do surgimento de fundamentos jurídicos normatizados atualmente, e objetivam a correta aplicação do ordenamento, bem como suas regras.

Objetivando a conciliação em um procedimento mais prático e rápido de acordo com a natureza da infração penal, tendo em vista que nos crimes de menor potencial ofensivo não existe necessidade de aplicação de um processo que fosse se delongar durante o tempo e aplicar uma pena muito branda, o legislador, como já mencionado, inovou rompendo os procedimentos processuais utilizados até então e buscando a agilidade e o equilíbrio na solução do “conflito” (PINESSO, 2013).

Neste contexto, extrai-se do art. 62, da Lei n. 9.099/95, os princípios informadores explícitos, que demonstram, nitidamente, que o Juizado Especial foi elaborado para que houvesse um mecanismo rápido, com uma resposta jurídica quase que imediata. Dentre os princípios explícitos, há: o princípio da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, que conduzem e orientam como processar os Juizados Especiais Criminais, bem como tencionando a reparação dos danos sofridos pela vítima e o emprego de uma pena que não seja privativa de liberdade (BRASIL, 1995).

Ainda, dos princípios informadores explícitos são gerados outros princípios, ditos como implícitos, que contribuem na fundamentação e condução do processo, dentre eles citam-se alguns: princípio do autocomposição, da instrumentalidade e equidade, conforme explica Albino (2014):

Além desses princípios explícitos, verifica-se que, no sistema implantado com os Juizados Especiais, subsumam-se outros princípios implícitos, tais como: princípio do autocomposição, da instrumentalidade e equidade entre outros que norteiam e fundamentam o processo.

Diante disso, analisam-se os fundamentos e conceitos dos princípios explícitos, os quais regulam e informam como devem funcionar e ser a organização dos Juizados Especiais Criminais.

### **3.5.1 Princípio da oralidade**

Como bem assegura Abreu (2004, p. 213), o princípio da oralidade, de forma geral, compreende a predominância da fala das partes, ou seja, a palavra oral/falada, ao contrário do procedimento penal ordinário, por exemplo, em que a palavra escrita prevalece. A própria lei traz artigos que permitem várias atividades de forma oral, como é o exemplo do artigo 75, em que o réu pode fazer sua própria defesa, oral, na audiência de conciliação (BRASIL, 1995).

Ainda, segundo o parágrafo 3º do artigo 65, da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995), dada a preferência à oralidade, objetivando a concentração de atos em uma única audiência, a conciliatória, serão reduzidos a termo apenas os atos considerados primordiais, vez que esse princípio é aplicado amplamente, desde a fase inicial até o julgamento, como consequência, torna o procedimento menos burocrático.

### **3.5.2 Princípios da simplicidade e informalidade**

Segundo Albino (2014): “Juntamente com o princípio da simplicidade encontra-se o princípio da informalidade.” Diante disso, e em

regra, os processos dos Juizados Especiais são mais simples e dispensam toda a formalidade prevista a outros procedimentos.

Por meio desses dois princípios é possível dizer que é permitida a desobrigação do cumprimento de alguns requisitos formais, entretanto, desde que seu não cumprimento não prejudique nenhuma das partes, com efeito a tornar um procedimento mais prático/simple, bem como sem toda aquela normatização, mas sempre almejando os resultados desejados. Contribuem Tourinho Neto e Siquera Junior (2007, p. 441):

Procurarão o juiz, os conciliadores e os servidores do Juizado evitar ao máximo o formalismo, a exigência desproporcional no cumprimento das normas processuais e cartorárias, ou seja, nenhum ato tem forma própria, definida. Não há forma. É informal o processo.

### **3.5.3 Princípio da economia processual**

Esse princípio procura encontrar o melhor resultado em decorrência do uso mínimo de atos processuais, bem como das formalidades encontradas em outros procedimentos penais (GOMES, 2013, p. 23).

Diante do exposto, o princípio da economia processual consiste no princípio na redução dos atos e fases processuais, sempre buscando aproveitar ao máximo todos eles, uma vez que, diante disso, o tempo para o termo final será facilitado e reduzido.

### **3.5.4 Princípio da celeridade**

Pinesso (2013) ressalta que o princípio da celeridade é aquele cujo qual pretende diminuir o tempo do trâmite processual, tencionando que o tempo entre a prática da infração penal e o resultado final judicial deve ser o mais curto possível, ressaltando que a sociedade precisa de respostas mais rápidas dos crimes cometidos e que, conseqüentemente, o dano será reparado

o mais rápido possível, evitando prejuízos maiores à vítima e, ainda, com a celeridade o infrator pode se reinserir o quanto antes na comunidade.

Esse princípio é aquele que está diretamente ligado com todos os outros, que por sua vez não são menos importantes, mas essa conexão é o resultado da ativa e eficaz prestação jurisdicional (TOMÉ; SILVA, 2016).

#### **4 DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES**

Conhecida e reconhecida por inovar no sistema penal brasileiro, a Lei n. 9.099/95 preconiza, em seu artigo 60, que os Juizados Especiais Criminais serão dotados por juízes togados e/ou leigos, possuindo autoridade para conciliar no julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, desde que respeitadas as regras de conexão e continência (BRASIL, 1995).

Vale ressaltar que, mesmo que esses crimes de menor potencial ofensivo sejam julgados por outro procedimento (ordinário, sumário ou especial), deverá ser observado se é cabível um dos institutos despenalizadores.

Conforme Gomes (2011), as medidas despenalizadoras possuem essa terminologia tendo em vista sua principal característica, qual seja, afastar a punibilidade do suposto acusado, ou seja, recaem sobre a aplicabilidade da pena.

Visualizando uma justiça embasada no acordo de vontades, buscando diminuir a demanda na jurisdição de conflito, é que os Juizados Especiais Criminais ganham força, inovando no ordenamento jurídico com seus mecanismos de solução do litígio (MADEIRA, 2016).

Desse modo, é possível perceber que passa a existir uma nova visão quanto à aplicação da pena, buscando, inicialmente, a reparação voluntária dos danos causados à vítima e a aplicação das medidas despenalizadoras, em que, conseqüentemente, evita-se a instauração de um processo penal, bem como a pena privativa de liberdade, que, na maioria das vezes, poderá levar anos até a sua solução.

Ante o exposto, os institutos despenalizadores são três: a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, uma vez que recaíram sobre os crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais, salvo algumas exceções (MADEIRA, 2016).

#### 4.1 COMPOSIÇÃO CIVIL

Segundo a Lei n. 9.099, de 1995, após a infração ser cometida a autoridade marcará audiência conciliatória, antes mesmo da oferta da denúncia, para que seja aplicada a sanção necessária ao suposto autor, bem como promover, como principal requisito, a reparação do dano sofrido pela vítima (BRASIL, 1995).

No dia da audiência, o magistrado, assegurado pelos princípios e diretrizes da Lei dos Juizados Especiais, inicialmente buscará a composição dos danos civis, que consiste em uma conversa entre as partes, inclusive, na presença do membro do Ministério Público, onde pretendem a fixação de uma indenização, que será deixada na maioria dos casos, a critério da vítima, que poderá ser desde o pagamento em dinheiro, até um pedido de desculpas, desde que sirva como reparação do dano, uma vez que compensado se extingue a punibilidade do agente (FARIAS JUNIOR et al., 2016).

Explica Ferreira (2002):

Por certo como forma de se evitar a ação indenizatória em sede de jurisdição cível e até mesmo o desenrolar de uma possível ação penal, primando pela informalidade e celeridade dos atos processuais ou procedimentos, vez que ainda não há que se falar em processo, o legislador possibilitou em uma primeira fase do rito estabelecido para os delitos de menor potencial ofensivo, a tentativa de conciliação acerca dos danos civis, como forma de se solucionar o conflito de interesses entre autor do fato e vítima, e ainda, entre a famigerada pretensão punitiva do Estado e o autor do fato.

De acordo com Gomes (2011), a tentativa da composição civil é a primeira opção que o magistrado ou o conciliador deve propor às partes, que só será possível quando a ação penal for privada ou pública condicionada à representação. Nessa fase preliminar não se fala em acusado/réu, tendo em vista que sempre ocorrerá antes da denúncia, ou seja, sempre anterior à propositura da ação penal condenatória, e deve de contínuo priorizar a vontade da vítima, da mesma maneira que será beneficiada com a reparação do dano, o suposto acusado será favorecido com a extinção de sua punibilidade e, ainda, o judiciário aproveitará os efeitos do acordo rápido e eficaz, não acumulando mais um processo no meio de tantos outros já existentes e em trâmite.

É sabido que os Juizados Especiais Criminais priorizam a celeridade e informalidade dos atos processuais, por conta disso, na audiência conciliatória, em casos de composição civil, pouco importará a presença de uma petição requerendo esse “benefício”, tendo em vista que o ofendido estará informando uma situação em que sofreu prejuízos, sejam eles morais, sejam patrimoniais, provocando a pretensão jurisdicional, para que seja indenizado pelos danos. E, apontando o autor dos fatos, com efeito, se existir um acordo, este será homologado pelo juiz, caso não cumprido poderá ser executado na esfera civil, pois o acordo de composição civil, após sua homologação, é considerado um título executivo judicial, transferindo a competência, que no início era penal, ao juízo civil (KARAM, 2004, p. 108).

## 4.2 TRANSAÇÃO PENAL

Tendo em vista a concentração do maior número possível de atos em uma única audiência, depois da proposição da composição civil, se não for bem-sucedida, ou seja, não havendo consenso para as partes, o Ministério Público poderá oferecer ao acusado proposta de transação penal (PAZZAGLINE FILHO et al., 1997, p. 71).

Contribui Silva (1997, p. 98-99), que o instituto da transação penal é uma forma de garantir ao indiciado – desde que tenha cometido crimes de menor potencial ofensivo e sob alguns requisitos essenciais para sua aplicação – a sua participação efetiva, pois ele deve concordar com a proposta feita pelo parquet,<sup>3</sup> com efeito renuncia, automaticamente, aos outros meios de prova de defesa ao processo penal, devendo ser, em qualquer momento da transação penal, assegurado a ele o princípio da ampla defesa.

É considerado um ato jurídico, no qual o Ministério Público e o autor do fato entram em um consentimento, desde que presentes os requisitos legais, o qual nunca incidirá em uma pena privativa de liberdade, mas que, por sua vez, estando corretamente cumprida ocasionará a extinção da punibilidade e, principalmente, a extinção do conflito. Frisa-se que, apresentado o acordo e aceito pelo suposto autor dos fatos, quem o aplicará será o juiz, que da mesma forma deve acompanhá-lo durante o seu cumprimento, bem como ajudar na fiscalização (MIRANDA; HENRIQUES, 2013, p. 75).

Nesse sentido, conforme o enunciado criminal 73, do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje) informa, apesar de o membro parquet propor a proposta de transação penal, incluindo seus requisitos e fundamentos para a aplicação, o magistrado poderá não homologar o acordo se verificar ocorrência de prescrição, atipicidade do fato ou, ainda, falta de justa causa para a ação penal.

Tem-se na transação penal dois fundamentos (objetivos) bem definidos: um se refere ao beneficiado e o outro ao estado. O primeiro fundamento recai para promover, de certa forma, a pacificação social, que pelos princípios que norteiam os Juizados Especiais Criminais torna-a mais rápida e menos burocrática, evitando a impunidade penal. Porquanto o segundo regramento incide na ação penal propriamente dita, pois visa evitá-la, com efeito, trazendo consequências menos danosas para o ofensor (SILVA, 2016).

---

<sup>3</sup> Termo jurídico muito empregado em petições como sinônimo de Ministério Público ou de algum dos seus membros (DIREITO NET, 2018).



A aplicação da pena consiste em penas restritivas de direitos, que, por sua vez, são autônomas, ou multa, excluindo aqui as privativas de liberdade. Explica o artigo 76, da Lei n. 9.099/95:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (BRASIL, 1995).

Ante o exposto e seguindo as diretrizes de Maciel (2004), a transação penal, em termos populares, sempre será um acordo, um consenso, uma conversa entre as partes, onde juntas caminham para o mesmo ponto/objetivo, resultando na conciliação e privilegiando os interesses individuais, bem como, de modo geral, os coletivos, tendo em vista que os efeitos da reparação do dano, satisfação da vítima, etc., refletem em toda a sociedade, podendo-a transformá-la para melhor.

#### **4.2.1 A representação**

Para Miranda e Henrique (2013, p. 73), o direito à representação, aplicado no direito penal, mais propriamente no Juizado Especial Criminal, consiste na vontade particular e individual da vítima em processar o autor dos fatos quando a ação penal for pública condicionada. Em outras palavras, a representação é puramente a intenção do ofendido para que o acusado seja responsabilizado pelos atos praticados.

Buscando inovar e simplificar o trâmite processual, a Lei n. 9.099/95 explicita, no art. 75, que logo após a ineficácia da composição dos danos civis, o magistrado, quando ação penal pública condicionada, fornece à vítima a oportunidade de representar, sendo esta oral e reduzida a termo (BRASIL, 1995).

Por conta disso, concluem Miranda e Henrique (2013, p. 73): “Importante ressaltar que na lei 9.099/95 o direito de representação tem caráter subsidiário, pois só será exercido se não for obtida a composição civil.”

Cabe ressaltar que a ausência de representação na audiência conciliatória não acarreta a decadência, vez que a vítima dispõe desse direito dentro de um prazo de 6 (seis) meses, contado a partir do conhecimento da autoria dos fatos. Desse modo, se a vítima nada fizer durante esse prazo, ou seja, manter-se inerte, acarretará a extinção da punibilidade, assim aplicando analogicamente o artigo 107, inciso IV do Código Penal (FARIAS JUNIOR et al., 2016).

### 4.3 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Outra medida indireta mencionada na lei dos Juizados Especiais é a suspensão condicional do processo, tratada no artigo 89, em que aumenta, de certo modo, o rol de crimes que permitem sua aplicabilidade, isso porque, além dos crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima é não superior a 2 (dois) anos, alcança também aqueles crimes com pena cominada mínima igual ou inferior a 1 (um) ano de privativa de liberdade, com efeito aqui se importa com a pena mínima em abstrato previsto e, com isso, e mais a presença dos requisitos, é dever do Ministério Público propor a suspensão condicional do processo (BRASIL, 1995).

A suspensão condicional do processo se caracteriza pela paralização do processo que, ao contrário da composição civil dos danos ou transação penal, poderá ser ofertada após ou junto com a denúncia. Por sua vez, para que seja cabível, deve o réu (aqui já se fala em réu, pois ocorre suspensão condicional do processo com a denúncia) preencher os requisitos exigidos em lei para sua aplicação. Requisitos integralmente cumpridos ocasionará a extinção da punibilidade (ISHIDA, 2003, p. 30).

Os requisitos estão estipulados no artigo 77 da Lei n. 9.099/95, consistindo, basicamente, em condições que o réu deve possuir para que

então seja beneficiado pela suspensão condicional do processo, como, por exemplo, não ser reincidente e os motivos e circunstâncias devem autorizar a concessão do benefício. Relembrando que, antes de ser aplicada a suspensão, deve ser verificado se não é cabível a composição civil ou, em caso desta não ser possível, a transação penal (BRASIL, 1995).

Contribuem, neste mesmo contexto, Pazzaglini Filho et al. (1997, p. 93):

O Ministério Público, nas infrações cuja ação penal seja pública e a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, que se aceita pelo acusado, poderá levar o juiz, após o recebimento da denúncia, a suspender o processo por dois a quatro anos, submetendo o réu a determinadas condições.

Durante o período de suspensão, que será entre 2 e 4 anos, o magistrado deve fixar obrigações a serem cumpridas pelo réu durante esse período, isso posto de acordo com a Lei n. 9.099/95, artigo 89, § 1º. Entre essas condições, uma das principais é a reparação do dano, tendo em vista que o legislador nessa norma mandamental demonstra uma preocupação maior com as consequências sofridas pela vítima, ainda é previsto, também, a proibição de frequentar determinados lugares, assim como a proibição de ausentar-se da comarca, salvo autorização judiciária, com efeito, o magistrado poderá aplicar livremente as condições da suspensão do processo, desde que observando o trinômio: necessidade, adequação e possibilidade (PINTO, 2015).

Por fim, Miranda e Henrique (2013, p. 64) abordam que ao cumprir as condições determinadas pelo juiz e propostas pelo Ministério Público, a punibilidade do infrator será extinta. Ressaltando ainda que, nesse instituto, a ampla defesa é exercida no momento em que o réu aceita tal benefício.

## 5 A JURISDIÇÃO PENAL DO CONSENSO

A população brasileira está acostumada com uma cultura do formalismo no que se refere às questões jurídicas, como explica Abreu (2004, p. 210), já que, infelizmente, a justiça do Brasil é lenta, formalizada e extremamente burocrática. Entretanto, a Lei n. 9.099/95 surgiu para que esse tabu fosse quebrado, o que, de fato, aos poucos está ganhando forças e mais confiança perante o cenário jurisdicional.

É evidente que as vias conciliatórias objetivam pacificar os conflitos, com efeito, a jurisdição consensual ganha destaque e apoio, pois existem mais argumentos favoráveis sobre esse modelo de solução de conflitos. Nesse sentido, Prado (2003) afirma que o Juizado Especial Criminal somente traz benefícios, tendo em vista que a substituição da prisão por um benefício, nesses casos, é muito mais ressocializadora, o que, conseqüentemente, diminui a população carcerária. Ademais, é um método célere, moderno e eficaz, que valoriza a vontade, bem como interesses da vítima e desafoga o judiciário, o qual poderá se preocupar com crimes/casos mais complexos e graves.

Vê-se que os procedimentos tidos nos Juizados Especiais Criminais possuem uma visão e modo diverso da “justiça comum”, pois sempre objetivam que a pena seja proporcional e adequada, posto que a participação da vítima seja essencial, uma vez que ela contribui para a aplicação da sanção, quando se tratar de ação penal privada ou, de certo modo, pública condicionada à representação. Freitas (2010) afirma que:

De fato, todo esse procedimento visa não somente aplicar uma sanção ao infrator, e sim criar condições para satisfazer o dano sofrido pela vítima, sem deixar a impressão de punidade; além de, ao mesmo tempo, servir de contrapartida a esse dano provocado um equivalente a quem delinuiu, sem, no entanto, contribuir para a sua exclusão social.

Vale lembrar que a justiça baseada e fundada no consenso dos principais envolvidos, quais sejam: vítima, autor do fato e Ministério Público dirige-se a um paradigma ágil, tencionando que a solução do conflito ocorra de modo mais eficaz, simples e que traga todas as pessoas, sem distinções, para verem seus interesses resolvidos (SILVA, 1997, p. 106).

A justiça criminal fundada no consenso permite, de certo modo, a valorização dos bens jurídicos relacionados, seja aquele que sofreu a lesão ou a liberdade do infrator, e, ainda, contribui para a resolução rápida dos conflitos com custos menores ao estado e sem danos às partes (CELANT, 2014).

Além do mais, as medidas despenalizadoras, que constituem a especificidade da forma consensual presente nos JECrims, estimulam a participação de toda a sociedade, tendo em vista que é um procedimento com mais diálogo, o que, conseqüentemente, valoriza os interesses dos interessados, seja o ofendido, seja o infrator (FREITAS, 2010).

Nesse sentido, conclui Prado (2003): “O modelo de justiça consensual tem ainda a função de contribuir para uma cultura de confiança dos jurisdicionados na realização da justiça, tornando acessíveis os meios legais de solucionar as pendências que perturbam o convívio na sociedade.”

## 5.1 A CRISE DO JUDICIÁRIO E CARCERÁRIA

O Poder judiciário, previsto na Carta Magna, é caracterizado por defender, bem como garantir os direitos individuais e coletivos resultantes de conflitos de interesses, ou violação destes e, ao final, como resultado, promover a tão almejada justiça (FINATI, 2007).

Entretanto, diante do real cenário do poder judiciário brasileiro se pode concluir que a cada dia que passa a demanda processual aumenta, o que ocasionou a crise em que esse poder se encontra. Essa crise, além do alto número de ações já existentes, é oriunda da morosidade e da formalidade

presente no ordenamento jurídico, o que gera insatisfação aos que desejam ver seu litígio logo resolvido (TRENTIN; TRENTIN, 2010).

Diante disso, o que persegue o judiciário há décadas, o legislador buscou, bem como ainda busca, formas alternativas para o acesso à justiça, que sejam eficazes e céleres, objetivos esses presentes nos Juizados Especiais, nos quais se intenta reduzir todos os atos em uma única audiência, reduzindo o tempo que leva todo o trâmite processual, principalmente, a fatos que incorrem na esfera criminal, uma vez que violado ou lesado o bem jurídico a vítima clama por agilidade, reparação e resultado rápido.

Nesse mesmo viés, o qual formas alternativas para a resolução dos conflitos são incluídas, percebe-se, também, que tornam a justiça mais acessível e fácil para todos, pois, como no Juizado Especial, a informalidade é característica principal, possuindo como objetivo realizar a conciliação e promover a reparação do dano, não aplicando pena restritiva de direitos. O litígio será resolvido facilmente e, em decorrência, evita-se o abarrotamento do Poder Judiciário, ademais de ser uma forma mais barata de acesso à justiça (RIBAS, 2011).

Ainda, outro aspecto importante e que vem atormentando os brasileiros é o quadro carcerário. Conforme Tardelli (2017), essa crise é um grave mal, tendo em vista que no Brasil se prende muito mais fácil do que se solta e, com isso, acarreta uma superpopulação dos presídios. Com efeito, a prisão, para muitos, hoje é o melhor remédio que se pode atribuir aos infratores, visão esta errônea, entretanto, ainda é a que prevalece.

Com isso, em decorrência da superlotação carcerária, os presos de média ou mínima periculosidade estão misturados com aqueles de alta, e, nesse contexto, encontram-se ainda os presos provisórios, vez que depois que caíram nesse sistema não recebem distinção, fator que faz dos presídios/penitenciárias verdadeiras escolas de crime.

Tardelli (2017) continua sua visão sobre o sistema prisional brasileiro, o qual carece de estrutura física e assistência à saúde de forma

geral, desde higiene até a saúde mental dos detentos, pois eles necessitam de auxílio psicológico, também, pois toda pena ou medida tem um fim e, após isso, eles devem estar reestruturados e adaptados para o retorno à sociedade, o que, na maioria dos casos, infelizmente não acontece e, com isso, retira-se o caráter da função social que a pena possui.

Por conta disso, deve-se enfatizar que o indivíduo após passar, nem que por pouco tempo, por essa esfera, ao retornar à sociedade sofre, de certo modo, discriminação, mesmo que indireta.

Ante o exposto, e para muitos estudiosos, os novos tipos incriminalizadores são a salvação para esse cenário, pois os próprios Juizados Especiais Criminais buscam que o infrator repare o dano e, se necessário, cumpra a pena por meio de outras medidas e condições que não a pena privativa de liberdade e, por esse intermédio, não é rotulado como ex-detento e no cumprimento da pena. Da mesma maneira que na reparação do dano, deve repensar nos atos que o levaram a cometer a infração, reestabelecendo o verdadeiro significado da pena, para que então não seja tratada como uma medida coercitiva (PRADO, 2003).

## 5.2 A REPARAÇÃO DO DANO E A PREOCUPAÇÃO COM A VÍTIMA

A figura da vítima, no direito penal, vem ganhando cada vez mais destaque, uma vez que se passou a dar maior atenção a ela, destinando meios para sua proteção, bem como promover o direito à reparação do dano sofrido. Ainda, no cenário dos Juizados Especiais Criminais, é imprescindível a presença da vítima, para que exponha sua real vontade e contribua, assim, para a solução do conflito de maneira rápida e eficaz, baseada nos princípios do JECrim.

Com o advento da Lei que regula os Juizados Especiais Criminais, o legislador passou a redescobrir a vítima como uma das partes principais

da ação penal, pois ela deve ter seus danos ressarcidos, vez que o crime só ocorreu, pois houve um bem jurídico lesionado e, nesse contexto, alguém, qual seja a vítima, obteve prejuízos.

Nesse viés, continua Prado (2003), afirmando que a jurisdição consensual abrange e dá maior destaque ao bem jurídico, o qual é lesionado e a vítima sofre seus prejuízos, sejam patrimoniais ou morais, e que, por sua vez, em vários momentos se evidencia a reparação do dano causado a este ou a aplicação de pena que esteja diretamente relacionada a ele, pois, como se sabe, somente existirá punibilidade se houver existido dano ou violação a um bem jurídico e, como consequência, a quem fez deve-se repará-lo sempre que possível for.

A própria lei deixa explícito um de seus principais objetivos, qual seja, a reparação dos danos sofridos pela vítima, conforme o artigo 62, da Lei n. 9.099/95: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.” (BRASIL, 1995).

Por intermédio da Lei n. 9.099, de 1995, pode-se perceber que ocorreu uma sensibilização maior com a reparação do dano, tratando-o tanto como um problema individual, quanto coletivo e comunitário. Nesse aspecto, busca estimular que o infrator promova a reparação do dano, pois, com isso, a vítima renuncia à representação, conseqüentemente, afasta a possibilidade de ele ser acusado, ou se já na fase de suspensão condicional do processo, se reparado o dano e cumpridas as demais exigências estabelecidas gerará a extinção da punibilidade (SOUZA, 2010, p. 15).



### 5.3 O PENSAMENTO COM AUTOR DOS FATOS TRAZIDO PELA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Ishida (2003, p. 27) conceitua a despenalização, principal característica do Juizado Especial Criminal, por ser definida como meio de complicar/dificultar a aplicação da pena privativa de liberdade, tendo em vista a redução da pena, bem como a suspensão, sem descriminar, isso posto incluindo as circunstâncias possíveis que possam atenuar e evitar a prisão.

No mesmo ponto de vista, contribui Silva (1997, p. 103): “As penas privativas de liberdade devem ser reservadas para os delinquentes perigosos, aqueles que cometeram crimes que necessitam de reprimenda rigorosa.”

Por esse pensamento, pode-se justificar que nos crimes que tratam de bens cujo valor é menor, ou quando não gera danos tão graves, não há o porquê de se invocar os mecanismos judiciais para o processamento dessas infrações, com efeito, o rol de crimes poderia ser maior, pois o Juizado Especial Criminal desafoga essa massa, promovendo disponibilidade para outras infrações de natureza mais grave. Ainda, pode-se considerar a pena privativa de liberdade, em se tratando de crimes com um potencial de lesividade menor, como sendo dissociadora e danosa, considerada fonte de crueldade e risco, em razão do atual cenário carcerário brasileiro.

Outro aspecto importante trazido pelo artigo 69, parágrafo primeiro, da Lei n. 9.099/95, é que tem influência direta sobre o autor dos fatos, diante do enquadramento do Juizado Especial Criminal, é que se este for encaminhado ou assume o compromisso de comparecer no juizado não se imporá prisão em flagrante, tampouco se exigirá fiança (BRASIL, 1995).

Como se sabe, um dos principais objetivos do Juizado Especial Criminal é promover o acordo entre as partes para que se evite um processo, bem como as demais consequências que decorrem da instauração deste e dos efeitos que o indivíduo terá após a condenação, ressaltando, também, que o Estado apenas ganha quando promove acordos, pois fica isento de custos e

manutenções processuais. Assim, a aplicabilidade de uma pena restritiva de direitos, ao invés de uma privativa de liberdade, assegura ao infrator a garantia/permanência do segundo maior bem jurídico presente no ordenamento brasileiro, qual seja, a liberdade, tendo em vista que o grau de ofensa e potencialidade desses crimes é desproporcional para uma medida como a pena privativa de liberdade, porquanto, garante à vítima, maior interessada na restituição da coisa lesionada, que o infrator repare o dano de forma muito mais rápida, por se tratar de um dos requisitos para a concessão dos benefícios já mencionados neste artigo (MAGALHÃES; DORES; BARROS, 2016).

Nessa acepção, auxilia Freitas (2010), que, apesar dos Juizados Especiais Criminais buscarem uma pena menos gravosa, esta não perde sua função social, ao contrário, possui caráter pedagógico, fazendo com que o infrator reflita na sua conduta, já que é uma forma de punição que surte efeitos como pacificadora, acreditando-se que essa modalidade é menos lesiva ao infrator e promove melhor eficácia na sua ressocialização.

Além de promover uma penalidade mais social e efetiva permite que a vítima seja recompensada, vez que durante a audiência para obtenção do acordo a pena será proporcional, adequada e objetivará a reparação do dano.

## 6 CONCLUSÃO

Longa foi a trajetória para que os Juizados Especiais Criminais fossem materializados, uma vez que tal processo teve reflexos antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal, que, por sua vez, trouxe consigo novas diretrizes e inovações de governo e poderes, inclusive, o modelo da justiça consensual, motivo este que tornou o legislador obrigado a formalizar várias matérias com a criação de novas leis às normas mandamentais trazidas pela nova Constituição Federal.

A criação do Juizado Especial Criminal, concretizado pela Lei n. 9.099/95, é considerada um grande avanço para a jurisdição nacional, tendo em vista que traz um novo conceito jurisdicional para a solução de litígios.

Esse novo conceito é fundado nos princípios que norteiam os Juizados Especiais, quais sejam, os principais: o princípio da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, todos objetivando a rápida e eficiente resposta ao conflito, pois tenciona uma justiça que busca diminuir os atos processuais e que, preferencialmente, resolva a questão em um único ato, a audiência conciliatória.

Junto com isso, a Lei n. 9.099/95 trouxe um novo conceito para o direito penal, o conceito de crime de menor potencial ofensivo, cuja pena deve ser igual ou inferior a dois anos, delegando a competência destes e das contravenções penais aos Juizados Especiais Criminais.

Ainda, outro aspecto revolucionário apresentado foram os institutos despenalizadores, que são: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. Por meio desses mecanismos é que se chega aos principais objetivos da jurisdição consensual: a reparação do dano e a aplicação de uma pena não privativa de liberdade.

Merece destaque a aplicação dos meios despenalizadores, pois buscam evitar a burocratização do sistema jurídico, considerando o alto índice de demanda processual existente em todo o cenário nacional, o que ocasiona a morosidade da justiça, assim, com os Juizados Especiais Criminais instalados, isso reduz consideravelmente, por se tratar de um procedimento simples e rápido.

A reparação do dano é outro ponto que merece destaque, pois se passou a ter maior preocupação com os prejuízos sofridos pela vítima, a qual muitas vezes fica esquecida, pois o Estado busca de todas as formas penalizar o infrator, deixando o ofendido de lado. Com efeito, a justiça consensual busca fazer com que a vítima seja ressarcida, podendo ela e o acusado convencionarem nesse aspecto, e para que isso seja resolvido de

maneira rápida, atribui seu cumprimento como requisito o não oferecimento de denúncia ou a extinção da punibilidade.

Tendo em vista a abrangência de delitos configurados como de menor potencial lesivo e ofensivo é que a Lei n. 9.099/95 visa evitar a pena privativa de liberdade, a qual, nos dias atuais, perdeu o caráter da função social, acreditando-se que uma sanção tão severa é desproporcional em relação à natureza da infração e, ainda, outras medidas podem ser adotadas, como punição ao crime ou contravenção penal, que possuem cunho muito mais social e que refletem na vida do infrator, como é o modelo dos JECrims.

Ante o exposto, o consenso é uma forma alternativa de solução dos conflitos criminais, que traz muitos benefícios tanto para a vítima quanto para o autor dos fatos, além da sociedade. Busca-se, pelos acordos, que os delitos sejam resolvidos de forma mais rápida e eficaz, evidenciando a reparação do dano, bem como a não aplicação de uma pena restritiva de direitos. Cabe salientar que o sistema prisional brasileiro ainda é falho, tendo em vista que quando alguém cai nele é tratado como igual, independentemente da gravidade do crime e, com isso, torna os presídios/penitenciárias verdadeiras escolas do crime. Diante disso, deve se evitar ao máximo introduzir novas pessoas nos presídios; devem sim ser penalizadas, pois de fato cometeram um ilícito, mas que a pena aplicada tenha cunho muito mais psicossocial, para que o ofensor seja reinserido na sociedade sem danos maiores, não querendo voltar a praticar os mesmos delitos.

Os Juizados Especiais Criminais, por sua vez, somente contribuem com a sociedade. Entretanto, por mais que tenha nascido em 1995, é aos poucos que está ganhando espaço no mundo jurídico, visto que seu rol de crimes ainda é muito pequeno perto do que poderia abranger, pois se maior fosse traria muitos mais benefícios.

Além disso, o consenso das partes se encontra na vontade da vítima e aceitação do ofensor, pois o acordo celebrado entre eles é intermediado pelo

juiz e/ou proposto pelo Ministério Público, possui um caráter mais livre e humanitário.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ALBINO, Karinne Machado. *Os princípios norteadores do Juizado Especial Cível como busca por uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz*. [2014]. Disponível em: <https://mkarinne.jusbrasil.com.br/artigos/121211475/os-principios-norteadores-do-juizado-especial-civel-como-busca-por-uma-prestacao-jurisdicional-mais-rapida-e-eficaz>. Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Emenda constitucional n. 22, de 18 de março de 1999. Acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas “i” do inciso I do art. 102 e “c” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 19 mar. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc22.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc22.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 13 jul. 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006. Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 29 jun. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111313.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

BRUTTI, Roger Spode. Juizados especiais criminais e o princípio da primeira impressão. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 9, n. 33, set. 2006. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1315](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1315). Acesso em: 4 mar. 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada e Anotada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CELANT, João Henrique Pickcius. A jurisdição penal do consenso nos juizados especiais criminais como alternativa a crise da jurisdição. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 16, n. 130, nov. 2014. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15412](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15412). Acesso em: 20 abr. 2018.

DIREITO NET. *Significado de parquet*. [2018]. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/900/Parquet>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DONATO, Erika Regina Spadotto. *Competência do Juizado Especial Federal*. São Paulo, [2010]. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153260.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2018.

FARIAS JUNIOR, Teddy Marques et al. *Transação Penal e a Composição dos Danos nos Juizados Especiais Criminais*. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53719/transacao-penal-e-composicao-civil-dos-danos-nos-juizados-especiais-criminais>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FELIPE, Júlia de Barros. O objetivo dos juizados especiais criminais e sua realização às avessas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 17, n. 128, set. 2014. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15242](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15242). Acesso em: 3 mar. 2018.

FERREIRA, Luís Eduardo Barros. *Abordagem prática: Renúncia condicionado ao direito de representação*. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3102/composicao-civil-no-juizado-especial-criminal>. Acesso em: 16 mar. 2018.

FINATI, Erika. *Cidadania Poder Judiciário: O que é e como funciona*. 2007. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/cidadania/poder-judiciario---introducao-o-que-e-e-como-funciona.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 19 abr. 2018.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciado Criminal 73, 16., 2016, Rio de Janeiro. *Anais [...]* Rio de Janeiro, 2016.

FREITAS, Dennis Christian Nudes de. *Os Juizados Especiais Criminais e a jurisdição consensual*. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-juizados-especiais-criminais-e-a-jurisdiacao-consensual,29495.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Saberes do Direito 49 – juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Digital.

GOMES, Luiz Flávio. *Qual a diferença entre medidas despenalizadoras e medidas descriminalizadoras?* 2011. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924870/qual-a-diferenca-entre-medidas-despenalizadoras-e-medidas-descriminalizadoras>. Acesso em: 9 abr. 2018.

ISHIDA, Válder Kenji. *A Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: A concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LACERDA, Galeno. *Dos Juizados Especiais de penas causas*. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1983.

MACIEL, Mariceli Gonçalves. *A transação penal na lei dos jos juizados especiais criminais – Art. 76 da Lei 9.099/95. Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 7, n. 17, maio 2004. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3799](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3799). Acesso em: 10 abr. 2018.

MADEIRA, Juliana Soares. Os institutos despenalizadores dos juizados especiais criminais. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 10 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56533&seo=1>. Acesso em: 16 abr. 2018.

MAGALHÃES, Hugo de Jesus Oliveira; DORES, Ismael Elionai das; BARROS, Sabrina Silveira. *O instituto da transação penal e sua aplicação nos crimes de menor potencial ofensivo em prol da celeridade da prestação jurisdicional*. 2016. Disponível em: <https://hugogalo13.jusbrasil.com.br/artigos/388498556/o-instituto-da-transacao-penal-e-sua-aplicacao-nos-crimes-de-menor-potencial-ofensivo-em-prol-da-celeridade-da-prestacao-jurisdicional>. Acesso em: 6 abr. 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. *Juizado Especial Criminal: Aspectos Práticos da Lei n. 9.099/95*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1997.

PINESSO, Kelee Cristina Pinesso. *Princípios informativos do Juizado Especial Criminal*. 2013. Disponível em: <https://kellpinesso.jusbrasil.com.br/artigos/111844223/principios-informativos-do-juizado-especial-criminal>. Acesso em: 5 mar. 2018.

PINTO, Luiz Antônio Francisco. *Suspensão Condicional do Processo*. 2015. Disponível em: <https://luizantoniofp.jusbrasil.com.br/artigos/151271762/suspensao-condicional-do-processo> - 2015. Acesso em: 15 abr. 2018.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo. *Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos Atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros*. 2008. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-ii-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 5 set. 2017.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RIBAS, Osni de Jesus Taborda. Crise da jurisdição e o acesso à justiça. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 94, nov. 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10664](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10664). Acesso em: 21 abr. 2018.



RODRIGUES, Lilian. *A crise do sistema carcerário brasileiro*. 2015. Disponível em: <https://lilianrodrigues27.jusbrasil.com.br/artigos/198662217/a-crise-do-sistema-carcerario-brasileiro>. Acesso em: 22 abr. 2018.

SILVA, Danni Sales. Novas interpretações da Lei n. 9.099/95, ante o advento da Lei do Juizados Especiais Criminal na Justiça Federal (Lei nº 10.259/01). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2716>. Acesso em: 3 mar. 2018.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Vinicius Borges Meschick da. Lei 9.099/95 e o instituto da Transação Penal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 19, n. 147, abr. 2016. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17069](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17069). Acesso em: 20 abr. 2018.

SOARES, Igor Alves Noberto. *Brevíssimas considerações sobre a formação do estado democrático de direito*. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43814>. Acesso em: 2 out. 2017.

TARDELLI, Roberto. *O Poder Judiciário é um dos grandes responsáveis pela crise carcerária*. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/16/o-poder-judiciario-e-um-dos-grandes-responsaveis-pela-crise-carceraria2/>. Acesso em: 22 abr. 2018.

TOMÉ, Semiramys Fernandes; SILVA, Adrycia Karoline Fernandes. *Análise da eficácia sancionatória das penas restritivas de direitos aplicadas nos juizados especiais criminais com fundamento na Lei 9.099*. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51861/analise-da-eficacia-sancionatoria-das-penas-restritivas-de-direitos-aplicadas-nos-juizados-especiais-criminais-com-fundamento-na-lei-9-099-95>. Acesso em: 23 mar. 2018.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. Comentários a Lei 9.099/95*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. A crise da jurisdição: A mediação como alternativa de acesso à justiça para o tratamento dos conflitos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 13, n. 83, dez. 2010. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8660](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8660). Acesso em: 20 abr. 2018.

WATANABE, Kazuo (coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244*, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

# RESPONSABILIDADE CIVIL PELA EXPOSIÇÃO DA IMAGEM À LUZ DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Joice Dondel<sup>1</sup>

Cristhian Magnus De Marco<sup>2</sup>

**Resumo:** Diante da exposição constante da imagem dos indivíduos nas redes sociais e conseqüentemente de sua divulgação indevida, o presente artigo visa compreender como surge a responsabilidade civil em caso de exposição indevida da imagem no ambiente virtual, a quem compete o dever de reparar o dano causado e qual o entendimento de nossos tribunais superiores quanto ao assunto em pauta. Para tanto, necessário compreender a proteção constitucional que é atribuída à imagem e se esta realmente possui efetiva proteção com o advento das novas tecnologias. Visa questionar, por meio do método dedutivo de pesquisa e por intermédio dos métodos bibliográfico e documental, o entendimento de que a imagem é um direito da personalidade, porque inerente ao ser humano e, por conseguinte um direito fundamental. A imagem refere-se ao aspecto físico do indivíduo e cabe a ele a escolha em expor sua própria imagem ou não, e quando esta é exposta por terceiro sem o consentimento do sujeito, nasce o dever de reparar, independente de comprovação de efetivo prejuízo.

**Palavras-chave:** Direito de imagem. Direitos fundamentais. Ambiente Virtual. Responsabilidade Civil.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, grande parcela da população mundial vem presenciando consideráveis avanços tecnológicos, dentre esses avanços encontra-se a internet. A internet se tornou hoje o meio mais rápido e eficaz para

---

<sup>1</sup> Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; joicedondel@hotmail.com

<sup>2</sup> Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e pesquisador no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

veiculação de notícias em tempo real. No entanto, diversas pessoas tornaram a internet uma ferramenta para a exposição de imagem de outras pessoas. A rapidez com que uma imagem postada é visualizada pelos internautas é espantosa. Tirá-la de circulação é difícil e complexo, por mais rápido que seja o pedido de retirada de imagem postada sem o consentimento de seu titular, várias pessoas já podem ter armazenado em seu aparelho eletrônico e colocá-la novamente em circulação. Nesse sentido, o presente artigo possui como ponto principal, a aplicação da responsabilidade civil pela exposição indevida da imagem de terceiro.

Para tanto, dividiu-se o artigo em cinco momentos. No primeiro momento, realiza-se uma breve introdução sobre os pontos que serão abordados no artigo. No segundo tópico é manifestada a proteção constitucional atribuída à imagem, discutindo no terceiro momento, se esta realmente possui efetiva proteção com o advento das novas tecnologias, em especial a internet, abordando em seguida, a publicação da única lei brasileira que regulamenta o uso da internet no país e qual sua importância para a verificação da responsabilidade pela exposição ilícita da imagem.

No quarto momento, pondera-se sobre a responsabilidade civil, explanando suas modalidades e qual se adequa ao caso da veiculação indevida da imagem. Posteriormente, apresenta-se os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mostrando como está sendo aplicada e a quem está sendo imputada a responsabilidade civil pela violação do direito fundamental à imagem, principalmente se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça vai ao encontro das decisões realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, no quinto item, é apresentada a conclusão final do artigo, apontando os resultados obtidos durante a pesquisa.

## 2 A IMAGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ao longo dos anos observa-se que a sociedade qualifica o sujeito através de sua imagem, por isso, as pessoas, em geral sentem a necessidade de transpassar uma imagem idônea perante a coletividade. Essa afirmação é confirmada pelo ordenamento jurídico, pelo fato de o direito à imagem integrar os chamados direitos da personalidade e, por consequência, ser também um direito fundamental, listado nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. Pode-se dizer que é o mais importante e visível dos direitos fundamentais, isto porque cada indivíduo é reconhecido por meio de sua imagem.

Inicialmente, é importante entender-se o conceito de imagem. Para Beltrão (2005, p. 123) imagem é aquela que pode ser retratada por meio de mecanismos de expressões estéticas, Cunha e Cruz (2015, p. 25), por sua vez, caracteriza a imagem como sendo a reprodução das características principais da aparência do ser humano. Barbosa (1989, p. 25) acrescenta que a imagem não é apenas a aparência, o rosto da pessoa, mas que compreende todos os membros do corpo, mesmo que apresentados de forma isolada. Outrossim, Affornalli (2012, p. 23) conceitua a imagem como sendo a repetição do aspecto físico da pessoa, independente do meio em que foi reproduzido.

Como mencionado, a imagem compreende os direitos da personalidade. Toda pessoa adquire personalidade desde seu nascimento com vida, resguardado o direito do nascituro (SZANIAWSKI, 2005, p. 63). Logo, infere-se que a imagem é um atributo inerente a toda pessoa desde seu nascimento. Ademais, o direito à imagem comporta diversas características, das quais, muitas delas compreendem, também, os direitos da personalidade.

O direito à imagem é direito oponível *erga omnes* (BELTRÃO, 2005, p. 27), valendo-se para todos, por ser direito absoluto, é intransmissível, uma vez que não pode ser objeto de transação por terceiro, nem ao menos de sucessão, já que se encerra com a morte, (BELTRÃO, 2005, p. 27), mas

possui valor econômico, característica que o difere dos demais direitos da personalidade (AFFORNALI, 2012, p. 51). Vale ressaltar que com a morte nasce para os herdeiros o poder de resguardar os direitos da personalidade do *de cuius*. A imagem também é irrenunciável, uma vez que o sujeito não pode renegá-la, já que faz parte de sua personalidade, sendo assim, inerente a pessoa. No entanto, pode, ocasionalmente, ser limitado em determinadas situações (BELTRÃO, 2005, p. 27), as quais veremos adiante. Sobre essas duas características iniciais, Sahn (2002, p. 36) complementa aduzindo que são próprias a todos os direitos da personalidade diante de sua essência interna.

É ainda, disponível,<sup>3</sup> já que o sujeito pode dispor de sua imagem em favor de outrem, ou seja, pode consentir que outro use sua imagem, sem dela se despojar (BARBOSA, 1989, p. 60), essa disponibilidade possibilita ao titular ganhar dinheiro de sua imagem, através de contratos exclusivos (BITTAR, 1989, p. 88). É imprescritível, pois não se extingue com o decorrer do tempo (AFFORNALI, 2012, p. 51), a imagem é incessante e direta (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 41). Por fim, é inalienável porque não há como excluir uma garantia intrínseca (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 41).

Como explanado anteriormente, o direito à imagem é irrenunciável, no entanto, haverá casos em que ocorrerá a limitação deste direito. Na concepção de Barbosa (1989, p. 87) algumas imagens não serão consideradas ilícitas, mesmo que reproduzidas sem o consentimento do titular. Barbosa ainda prossegue citando exemplos de que forma ocorrerá a limitação do exercício do direito à imagem, cita como exemplo, a imagem registrada com fins culturais, a utilização da imagem para informação, diante da notoriedade do retratado, desde que a informação seja para fins meramente informativos, as imagens realizadas em cenários públicos e eventos sociais e, principalmente quando na imagem retratada prevalecer o interesse público sobre o particular.

---

<sup>3</sup> Em regra, os direitos da personalidade são indisponíveis, já que o sujeito não pode abrir mão de seu direito. No entanto, a exceção surge no direito à imagem, em que o seu titular poderá explorar-la, comercializando-a e licenciando seu uso.

Araújo (2013, p. 85), da mesma forma, complementa que o interesse da história também é fator para a limitação da imagem. De igual modo, com relação às notícias meramente informativas, traz o exemplo do jogador de futebol que, em uma decisão de campeonato, faz o gol da vitória, se a notícia possui cunho informativo, o jogador não poderá demandar ação judicial pela reprodução de sua imagem. Affornali (2012, p. 60), igualmente, traz a justificativa para a limitação da imagem em locais públicos, aduzindo que a reprodução da imagem, nesses locais, não possui como objetivo a captação da imagem de sujeito determinado, mas sim do lugar ou do episódio público.

Necessário destacar aqui a diferença entre direitos da personalidade e direitos fundamentais. Schreiber (2013, p. 13) diferencia os direitos da personalidade como sendo atributos essenciais do ser humano, enquanto entende que os direitos fundamentais são direitos positivados em uma Constituição. Beltrão (2005, p. 47) salienta que frequentemente certos direitos da personalidade serão também considerados direitos fundamentais, como exemplo, temos a própria imagem. Por fim, De Marco (2013, p. 269), expõe que os direitos da personalidade capitulados no Código Civil, são também direitos fundamentais e que diante da constitucionalização do direito civil, os direitos da personalidade devem dar lugar para uma dogmática dos direitos fundamentais, para que, havendo conflitos entre os direitos da personalidade, sejam resolvidos pelo sopesamento, no intuito máximo de efetivar e preservar o princípio da dignidade humana.

Sem embargo, a nomenclatura direitos fundamentais é um termo recente em nosso ordenamento jurídico. Em que pese terem surgidos no fim do século XVIII (HESSE, 2009, p. 7), os legisladores brasileiros intitularam o rol de direitos fundamentais somente na Constituição de 1988, admitindo que todo e qualquer sujeito, que se encontre no território brasileiro, é possuidor de direitos fundamentais. De início, sua aplicação era complicada já que naquela época vigorava o Código Civil de Bevilacqua (1916) que tutelava apenas o patrimônio entre as relações jurídicas, não fazendo referências ao

direito da imagem, tampouco aos direitos fundamentais. Em contrapartida, o Código Civil atual que entrou em vigor em 2003 reconheceu a eficácia dos direitos fundamentais também nas relações privadas, iniciava-se, assim, a constitucionalização do direito civil (SARLET, 2010, p. 105). Desta forma, os direitos fundamentais passaram a instigar todo o direito, tanto nas relações jurídicas públicas, quanto privadas (HESSE, 2009, p. 39).

Os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal possuem um núcleo essencial, a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010, p. 100). A dignidade da pessoa humana destina-se a assegurar o mínimo existencial do ser humano e é violada cada vez que o sujeito de direito é reduzido a coisa. A doutrina Kantiana aduz que o ser humano não pode ser coisificado, ou seja, tratado como coisa, quando isso ocorrer nasce o dever de reparação.

O respeito à dignidade da pessoa humana é fundamento, principalmente, de ordem moral (MORAES, 2010, p. 118). A elaboração da Carta Magna é posterior ao período de ditadura militar vivenciada pelo povo brasileiro, que tiveram praticamente todos os seus direitos suprimidos e violados, sendo reduzidos, literalmente, a coisas. Diante disso, a Constituição Federal de 1988, reconheceu a dignidade da pessoa humana como seu fundamento principal, portanto todas as pessoas residentes no país, sem distinção de classe, cor, etnia, religião deverão ter seus direitos mínimos reservados, sob pena de futura reparação. Esses direitos mínimos são os enumerados no artigo 5º da Constituição Federal, entre eles está a imagem.

O direito à imagem só foi assegurado explicitamente como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, antes disso, as Constituições anteriores tratavam da tutela da imagem apenas de forma implícita, quando, por exemplo, estipulavam a inviolabilidade do domicílio.

É oportuno destacar que a imagem não se confunde com honra, intimidade e identidade, em que pese alguns doutrinadores ainda contemplarem o direito à imagem como prerrogativa integrante desses direitos.



Realiza-se aqui uma breve consideração sobre essas teorias que consideram o direito da imagem como direito inerente a outro direito. Pois bem, a teoria do direito à honra concede resguardo à imagem com fundamento na proteção da honra, explica que se a imagem for utilizada de forma ilícita, mas não ferir a honra, não haverá motivos para demandar ação judicial (AFFORNALI, 2012, p. 45). Em sentido oposto à presente teoria, Araújo (2013, p. 30) entende que a imagem pode ser violada em circunstâncias que de forma alguma afetarão a honra.

A teoria do direito à intimidade, por sua vez, reverencia o direito à imagem como mecanismo do próprio direito à intimidade (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 58). Affornali (2012, p. 43) explica que o direito à intimidade possui como pretensão o resguardo do sujeito contra a interferência de terceiros em sua vida privada, enquanto o direito à imagem concentra-se no impedimento de publicação da imagem, independente do meio. Logo, entende Araújo (2013, p. 35) que a intimidade não consegue resguardar todas as ocorrências de desrespeito da imagem.

Por fim, a teoria da identidade pessoal. O direito à identidade é caracterizado por Cunha e Cruz (2015, p. 75) como peculiaridades próprias que definem o sujeito para que através delas possa ser facilmente diferenciado dos demais sujeitos. Tal teoria aduz que a imagem é fator principal da identidade, sendo através daquela que ocorrerá a distinção da pessoa (ARAÚJO, 2013, p. 35). Com isso, sempre que a imagem fosse violada estaria violando o direito à identidade pessoal (ARAÚJO, 2013, p. 36). No entendimento de Affornali (2012, p. 46) só ocorreria ofensa à imagem quando se verificasse dano à identidade. Corroborando com o presente entendimento, Araújo (2013, p. 36) explica que haverá inúmeros casos de violação da imagem em que o sujeito será visivelmente identificável, assim, não haverá dano à identidade, mas tão somente à imagem.

Percebe-se que todas as teorias acima explanadas, consideram a imagem como direito submisso aos demais direitos, só podendo ter resguardo

jurisdicional se sua violação afetar os direitos predominantes. No entanto resta claro que pode haver dano à imagem sem ferir a honra, a intimidade e, muito menos, a identidade do sujeito. O fato é que o direito à imagem é um direito autônomo, e deve ser tratado como tal. A Constituição Federal foi quem consagrou o direito à imagem como direito autônomo, instituindo-o em três momentos na parte de direitos e garantias fundamentais. A autonomia do direito à imagem pode ser claramente compreendida da leitura inciso X, do artigo 5º do texto constitucional quando afirma que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Logo, não se pode ter a concepção de que a imagem é um direito submisso aos demais direitos, visto que a lei suprema do ordenamento jurídico o enquadra como direito autônomo.

### **3 NOVAS TECNOLOGIAS E A PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM**

Desde os tempos remotos já se reconhecia a imagem, as pinturas em cavernas retratando o dia a dia daqueles seres, os retratos dos reis e príncipes na idade média até a veiculação da imagem nos meios de comunicação dos dias atuais.

Em que pese a existência de pintores nos tempos mais antigos, ainda não se falava em proteção do direito da imagem, pois para que o pintor pudesse realizar a pintura de outrem, o retratado deveria posar para o pintor, portanto haveria de consentir para que fosse captada a representação de seus traços (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 15; ARAÚJO, 2013, p. 19). A proteção jurídica da imagem começou a ser traçada com o surgimento da fotografia no ano de 1839, pelo francês Niceforo Niepce. A partir deste momento percebeu-se que a imagem alcançara patamares diferentes do que até então se conhecia, necessitando de um resguardo jurídico (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 15), já que podia ser facilmente captada e reproduzida.

A partir de então começaram a surgir entendimentos jurídicos, em todo o mundo, voltados para a proteção da imagem da pessoa humana. O primeiro país a sustentar decisões jurídicas voltadas para a proteção da imagem foi a França (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 15), no qual o Tribunal Francês de Seine, em 1858 decidiu que a reprodução da imagem de sujeitos momentos antes de sua morte necessitavam do consentimento de familiares, mesmo que a imagem retratada fosse de pessoa ilustre (AFFORNALI, 2012, p. 27-28).

No Brasil, a imagem ganhou proteção constitucional, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, [2016a]), apresentando-se no rol de direitos fundamentais. No ano de 1998 foi instituída a Lei n. 9.610 (BRASIL, 1998), conhecida como lei dos direitos autorais, reservando um artigo para assegurar a imagem do retratado, dispondo que o autor possui direito de retirar de circulação a obra que afrontar a sua imagem, mesmo que já autorizado (artigo 24, inciso VI). Affornali (2012, p. 58) nomina essa faculdade de retratação e ainda complementa que, pode haver retratação, primeiro, pelo fato de que como a exposição lícita da imagem é realizada mediante contrato, seja ele verbal ou escrito, ele pode ser revogado e segundo, pelo fato do direito da imagem ser um direito inerente à personalidade humana, tendo o sujeito liberdade de escolher sobre a veiculação ou não de sua imagem, não podendo haver coercitividade em sua decisão. A retratação nada mais é do que voltar atrás na própria decisão.

Além da previsão constitucional, o Código Civil (BRASIL, 2002a) inovou ao trazer em seu texto a proteção jurídica da imagem, e assegura que, caso ocorra sua violação, o sujeito pode buscar mecanismos adequados para pleitear seus direitos. O artigo 20 prevê que a reprodução da imagem, salvo se autorizada, ou necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública poderá ser proibida se lhe atingir a honra, a boa-fé ou se destinar a fins comerciais. Na leitura do presente artigo deve ser observado o julgamento da ADIN 4815 (BRASIL, 2016), que declarou a inexigibilidade de autorização de pessoa biografada e de pessoa retratada como coadjuvante. Já

artigo 927 prevê que aquele que cometer ato ilícito, seja por ação ou omissão, causar dano a outrem, tem o dever de repará-lo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, igualmente, colacionou em seus dispositivos a proteção da imagem das crianças e dos adolescentes, principalmente no artigo 17, assegurando a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem (BRASIL, 1990).

O fato é que a proteção jurídica iniciou seu desenvolvimento com ascensão das tecnologias. As tecnologias são superiores a nossa evolução, na medida em que a sociedade evoluiu, os meios pelos quais se poderia propagar a imagem também evoluíram, saindo de pinturas, publicações de jornais, revistas, televisões, passando pela divulgação via dispositivo bluetooth e com o surgimento da internet passando para Orkut, Facebook, WhatsApp, Tinder, Instagram, Snapchat, dentre outras inúmeras redes sociais.

A evolução desenfreada dos meios de comunicação é assustadora, em questão de segundos as pessoas recebem e acessam notícias de outros estados, de outros países, a notícia corre em tempo real e se difunde pelo mundo todo. O campo da publicidade descobriu na imagem um interessante veículo de transmissão de ideias. A facilidade de cada família possuir televisor e internet em sua residência, fizeram da imagem um prestigioso instrumento de comunicação social (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 30), já que a propagação da notícia se dá em escala global, a imagem veiculada atinge indeterminado número de pessoas (BARBOSA, 1989, p. 13).

Atualmente o veículo de informação mais ágil é a internet. A internet foi desenvolvida no ano de 1969 nos Estados Unidos, com uso exclusivamente militar, no intuito de que um ataque nuclear pela Rússia não obstruísse a corrente de comandos dos Estados Unidos, durante a Guerra Fria (PAESANI, 2008, p. 10; CORRÊA, 2002, p. 7). No momento atual, a internet é reconhecida como meio de difusão de informação que estabelece conexão com outras

peças no mundo todo, possibilitando o acesso inúmeras informações, eliminando a distância de lugar e tempo. (PAESANI, 2008, p. 10).

Correa (2002, p. 8) caracteriza a internet como sendo um conjunto mundial de rede de computador que proporciona a intercomunicação e o envio de arquivos de um aparelho para qualquer outro interligado na rede, viabilizando a troca de informações de modo frenético e ultrapassando barreiras. Kaminski (2010, p. 36), por sua vez, descreve a internet como uma imensa rede internacional formada de redes de computadores e pelos inúmeros usuários dispersos pelo planeta.

Segundo dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em pesquisa recente de 2016, o Brasil contava com 116 milhões de indivíduos conectados à internet.

Imagine-se agora uma imagem publicada na rede, considerando que só em nosso país já ultrapassamos mais de 116 milhões de pessoas logadas na web e somado a todos os internautas de todos os países, em poucos segundos esta imagem já será vista praticamente no mundo todo. Diga-se mais, e se essa imagem tivesse sua reprodução realizada de forma ilícita e prejudicasse determinada pessoa, o transtorno que seria até conseguir retirar tal publicação do mundo da web. Sem falar que essa imagem corre o risco de vir à tona novamente, pois até ser retirada da internet vários internautas já puderam ter acesso a ela, e ter salvo em seu aparelho eletrônico.

A tecnologia virtual se desenvolveu, se aperfeiçoou e ganhou supremacia no mundo todo, surgindo a necessidade da população regulamentar o mundo virtual, do mesmo modo que regulamenta o mundo real (VASCONCELOS, 2003, p. 54). Em que pese a internet ser utilizada em todos os países, propiciando o acesso infinito de informações sobre qualquer aspecto da vida social, não há uma lei abrangente, englobando todos os países, para disciplinar sua utilização, os legisladores estão adstritos ao Estado (PAESANI, 2008, p. 21).

O próprio sujeito contribui para que sua imagem seja exibida, publica nas redes sociais, onde está, onde vai, com quem está, o que está fazendo, o que deixa de fazer e o que está sentindo, o que contribui para que pessoas completamente estranhas do seu convívio social estejam informadas sobre as suas rotinas diárias.

A sociedade está controlada pelo poder da informação, o sujeito deixa de lado sua privacidade e fica dependente de um equipamento eletrônico (VASCONCELOS, 2003, p. 152). O indivíduo passa a rejeitar a interação social, passando a manter vínculo com pessoas que estão a certa distância e podendo se desprender desta conversa a qualquer momento, sem justificativa alguma, a partir de um único click. A internet proporcionou a criação de um individualismo moderno (VASCONCELOS, 2003, p. 131), conversando com várias pessoas de diversos locais, mas presencialmente isolado, só ele e o seu aparelho eletrônico. Sempre que navegamos pela internet, deixamos rastros pelos sites em que visitamos, mesmo sem perceber (PEREIRA, 2008, p. 164), o que faz com que os sites tenham informações privilegiadas ao nosso respeito.

Conhecida como a quarta revolução industrial, a era da informática está impactando de forma tão brusca a nossa sociedade, ao ponto de que quem não possui nenhuma rede social e nunca postou nada na web, ser considerado uma pessoa não existente, mesmo que realizando grandes atitudes no mundo real.

O desenvolvimento tecnológico foi responsável pela necessidade de proteção do direito à imagem (BARBOSA, 1989, p. 8), a velocidade em que uma informação é difundida e a facilidade de captação de uma imagem, fez com que aumentasse a preocupação para proteção desse direito fundamental, já que é ameaçado constantemente. Não é de hoje que a população vivencia grandes mudanças, algumas descobertas revolucionaram o mundo e permitiram o progresso da civilização (LIMBERGER, 2007, p. 51), o surgimento da internet, certamente, é uma descoberta revolucionária e permite que pessoas de diferentes classes sociais tenham acesso às informações registradas em tempo

real, sem falar que podem conhecer diversos locais em qualquer canto do mundo, sem sair da frente da tela do computador ou do celular.

O direito possui como função essencial reger as diversas relações entre os sujeitos e por isso sempre procura se adequar às necessidades atuais dos sujeitos, justamente com o advento da internet, o direito deve buscar mecanismos para regulamentar as relações pessoais na internet, Limberger (2007, p. 29) entende que a grande função do jurista no mundo da informática é fazer com que os direitos fundamentais sejam garantidos e não lesados.

Com a intensificação da internet no país, algumas leis foram sancionadas no correr dos anos. Convém lembrar algumas leis mais conhecidas: A Lei n. 12.737/2012 (BRASIL, 2012), denominada Lei Carolina Dieckmann, alterou o código penal incluindo-lhe o artigo 154-A e 154-B e alterando a redação dos artigos 266 e 298, para considerar crime a invasão indevida de aparelho informático, conectado ou não à rede de computadores, para obter, adulterar ou excluir informações ou dados. O projeto da presente lei foi proposto após a atriz, Carolina Dieckmann, ter fotos íntimas copiadas de seu computador e posteriormente vazadas na internet. A Lei n. 12.735/2012 (BRASIL, 2012) que tipifica condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares. No ano de 2001 foi apresentado o Projeto de Lei n. 5403/2001 (BRASIL, 2001), que tratava sobre o acesso a informações da internet, no entanto, no ano de 2014 foi declarado prejudicado diante de subemenda subjetiva global apresentada ao projeto de Lei n. 2126/11 (BRASIL, 2011). O presente projeto foi sancionado e transformado na Lei n. 12.965/2014 a qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Essa lei ficou conhecida como o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014).

Note-se que várias leis foram sancionadas no sentido de tipificar condutas realizadas por meio da internet, principalmente no âmbito do direito penal. No entanto, há apenas uma única lei geral que regulamenta o uso da internet pelas pessoas no território brasileiro.

### 3.1 O MARCO CIVIL DA INTERNET

Com o aperfeiçoamento e o desenvolvimento crescente da internet, o Brasil viu-se na necessidade de criar uma legislação que atendesse essa nova era social, desde o ano de 2007 já se estudava possibilidades da criação de uma norma para regulamentar o uso da internet. O projeto de lei, no entanto, ganhou fomento somente no ano de 2012 quando veio à tona informações de que países, inclusive o Brasil, estavam sendo espionados pelos Estados Unidos, por meio da rede de computadores. Ao descobrir tal espionagem a então presente brasileira, Dilma Rousseff, exigiu que o governo reagisse à essa vigia do Estado e requereu que a implementação da Lei do Marco Civil da Internet fosse uma prioridade legislativa, no intuito de reforçar a proteção dos usuários no país.

É certo que a internet modifica o relacionamento social, repercutindo na reestruturação da legislação (MOCELLIN, 2017, p. 17), assim, diante da necessidade de regulamentar o uso da internet, o projeto de Lei do Marco Civil já vinha sendo debatido a algum tempo, mas a espionagem por parte do governo Norte-Americano foi o estopim para a implementação da lei no país. Desta forma, em 23 de abril de 2014 é publicada a Lei n. 12.965, entrando em vigor após o decurso de 60 dias, passando a ser conhecida também como Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), assim chamada por ser considerada uma constituição do mundo virtual.

A presente lei foi elaborada no intuito de assegurar ao usuário a proteção de seus dados, impedir a censura, permitindo assim a livre exposição de pensamentos e regulamentar a atividade dos provedores e o dever que eles devem possuir para com o usuário. Para Damásio e Milagre (2014), a função da lei, dentre outras, é conceder segurança jurídica, uma vez que oferece ao Poder Judiciário um alicerce para evitar que sejam proferidas decisões contraditórias de temas análogos em questões que envolvam a internet.



Teixeira (2015) por sua vez, entende que o a Lei do Marco Civil preocupou-se somente em estabelecer condutas próprias para os provedores.

Sem embargos, o Marco Civil da Internet estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país e está cingido pelo tripé dos preceitos da privacidade, neutralidade da rede e da liberdade de expressão (MOCELLIN, 2017, p. 19). A privacidade está ligada ao fato de que os dados dos usuários não serão expostos para terceiros, salvo por determinação judicial; a neutralidade da rede, por sua vez, significa que o usuário poderá acessar à internet livremente para qualquer finalidade (TEIXEIRA, 2015), ou seja, o usuário não deverá ser cobrado por sites que pretende acessar, como por exemplo, pagar certo preço para ter acesso ao Facebook e pagar outro tanto para ter acesso ao e-mail, o usuário pagará o uso da internet como um todo, sem distinção de conteúdo. E, por fim, a liberdade de expressão, princípio considerado pela lei como fundamento principal. Assim, se a liberdade de expressão do usuário for violada, também será violado o Marco Civil, devendo tal princípio predominar em todas as situações, contanto que respeitados os direitos de outrem (DAMÁSIO; MILAGRE, 2014).

Como visto, o Marco Civil da Internet apresenta diretrizes para os provedores de serviço de internet, mas afinal, o que são esses provedores? Pois bem, provedor de serviço é aquele que vai fornecer o acesso à internet, para tanto há variadas espécies de provedores, que em conjunto permitem que o usuário consiga acessar a internet. O provedor de serviço é o gênero, dos quais os provedores de backbone, de acesso ou de conexão, de hospedagem, de correio eletrônico e de conteúdo são espécies. Passa-se a análise dos provedores mais importantes para o estudo em tela.

O provedor de backbone é o foco central da internet, disponibilizando armazéns de fios e satélites por onde atravessarão os dados (ALMEIDA, 2015 p. 99). O provedor de acesso ou conexão por meio da estrutura oferecida pelo provedor de backbone permite ao usuário acessar a internet. O provedor de hospedagem, segundo Leonardi (2005, p. 27) é o fornecedor que guarda dados

em servidores exclusivos, podendo haver possibilidade de que várias pessoas acessem tais arquivos ou que estes sejam acessados apenas por pessoas previamente definidas. Por fim, o provedor de conteúdo é aquele que oferece aos usuários as informações que procuram, são exemplos de provedores de conteúdo o Facebook e o Google (ALMEIDA, 2015, p. 100).

Percebe-se que todas essas espécies de provedores formam o provedor de serviço e que suas atividades devem ser realizadas com a maior eficiência possível, para garantir que o usuário final fique satisfeito com o serviço ofertado.

A Lei do Marco Civil regulamenta a responsabilidade civil do provedor por seus próprios atos e atos de terceiro. A lei entende que haverá a aplicação de responsabilidade civil em decorrência de seus próprios atos quando da prestação do serviço insatisfatório (ALMEIDA, 2015, p. 101), aplicando para tanto as normas do Código de Defesa do Consumidor, já que há nítida relação de consumo entre o provedor e o consumidor, respondendo objetivamente pelos prejuízos causados (MOCELLIN, 2017, p. 30), mesmo que a lei não trata sobre este ponto. Importante destacar que para Almeida (2015, p. 102) o provedor de backbone não se inclui na aplicação do CDC, uma vez que não tem ligação direta com o destinatário final produto, no mesmo sentido é o entendimento de Leonardi (2005, p. 21) que entende que dificilmente o usuário final terá contato com o provedor de backbone.

A criação do Marco Civil da Internet regulamentou a responsabilidade civil dos provedores. Antes da publicação da lei, diante da ausência de regulamentação sobre esta atividade, os Tribunais Superiores emitiam entendimento de que bastava a simples notificação extrajudicial para que o provedor retirasse a postagem ofensiva e não fazendo, seria responsabilizado subjetivamente (MARINHO JUNIOR, 2018, p. 23).

Com o advento da Lei, a responsabilidade do provedor por ato de terceiro é discriminada nos artigos 18 e seguintes, os quais estabelecem que o provedor não responde por ato praticado por terceiros, vindo somente a ser

responsabilizado se, após notificação judicial, não retirar o conteúdo ofensivo da rede. Dessa forma, para Mocellin (2017, p. 23) o provedor possui uma responsabilidade condicionada, ou seja, só será responsabilizado se não retirar da web o conteúdo ofensivo, no prazo estabelecido na notificação judicial. Além do mais a notificação precisa ser pormenorizada, permitindo assim, a localização inequívoca do material apontado. Mocellin (2017, p. 31) ainda prossegue, aduzindo que se o provedor não retirar o conteúdo do site no prazo informado na notificação, seja por dolo ou culpa, a responsabilidade civil passará a ser solidária com o autor da postagem ofensiva, na obrigação de indenizar.

Como em toda regra há uma exceção, a elaboração da Lei do Marco Civil não seria diferente. As chamadas pornografias de vingança (imagens, vídeos que contem cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado) são exceções à regra determinada na lei, neste caso o sujeito lesado pode notificar o provedor de forma extrajudicial no intuito de retirar a postagem o mais rápido possível (MOCELLIN, 2017, p. 38). Se após notificado, o provedor não tomar soluções para retirar a divulgação, será responsabilizado pelo dano causado.

Para ratificar o dispositivo da lei que afirma que o provedor não vai responder civilmente pelo conteúdo postado por terceiro, Teixeira (2015, p. online), utiliza em sua obra o exemplo das companhias telefônicas, aduzindo que da mesma forma que as linhas telefônicas não podem ser responsabilizadas se alguém as utiliza para praticar determinado ilícito penal, o provedor também não pode ser responsabilizado se terceiro o utiliza para prática de ilícito civil.

Entendimento majoritário gira em torno de que os provedores não detêm obrigação de realizar o controle prévio dos conteúdos que são postados pelos usuários, já que não é sua atividade intrínseca, mesmo porque diante da inúmera quantidade de usuários logados na rede de computadores, se tornaria impossível a análise previa de todos os conteúdos e além do mais, a realização deste controle ocasionaria a censura, o que é contrário aos ditames constitucionais e aos princípios norteadores da própria lei,

no entanto, ao deparar-se com um conteúdo nocivo à personalidade, deve retirá-lo imediatamente da rede de computadores, sob pena de responder solidariamente pelos danos sofridos.

Já a crítica doutrinária circula no ponto da necessidade da notificação judicial para que o provedor seja obrigado a retirar a matéria difamatória. Para Marinho Júnior (2018, p. 31), a notificação extrajudicial seria muito mais célere e atenderia de forma mais eficaz a urgência da retirada, a fim de evitar uma desenfreada propagação da notícia e amenizar o dano sofrido. Cunha e Cruz (2015, p. 20) por sua vez entende que a imprescindibilidade da análise pelo Poder Judiciário do conteúdo ilícito e, conseqüentemente, a impossibilidade de notificação extrajudicial, caracterizam descrédito da moral dos usuários da rede, bem como direcionam a lei para preferência da liberdade de expressão em detrimento dos direitos da personalidade. Já Brant (2014), em uma visão global, pondera sobre a necessidade de uma lei mundial, já que a Lei do Marco Civil serve apenas para regulamentar fatos internos que ocorrem no ordenamento jurídico brasileiro, e como a internet é uma ferramenta que contempla o mundo todo, em muitos casos ocorrem conflitos internacionais que a lei interna não consegue ser aplicada para resolver tal embate.

Importante ressaltar que quando ocorrer infrações a direitos autorais no ambiente digital, a Lei do Marco Civil não é competente para solucionar este tipo de adversidade. Tal regramento encontra-se disposto nos artigos 19 §2º e 31 da referida lei (BRASIL, 2014). O motivo de não haver regulamentação, é pelo fato de que há uma lei específica que trata sobre direitos autorais (Lei n. 9610/98) e que há debates para sua possível reforma. Logo, não seria na Lei do Marco Civil que se conseguiria conciliar interesses e, ao mesmo tempo, encontrar uma forma de regulamentar a violação de direito autoral no meio digital.

Em resumo, a Lei do Marco Civil surgiu pela necessidade de regulamentação do uso da internet no Brasil, primando pela neutralidade da rede e pela liberdade de expressão. Levando em consideração o direito fundamental da liberdade de expressão, limitou a responsabilidade civil

dos provedores por atos de terceiros, condicionando sua responsabilidade. Assim, os provedores só serão responsabilizados quando, após notificação judicial pormenorizada, não retirarem da rede o conteúdo reputado ofensivo, lembrando que no caso de pornografia de vingança a pessoa lesada ou seu representante podem de forma extrajudicial notificar o provedor para que este retire imediatamente notícia lesiva, sob pena de responsabilidade civil, assunto este que será abordado a seguir.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM**

Seria inevitável que com um novo mecanismo de propagação de notícias, vídeos, imagens e demais conteúdos não traria consigo consequências desagradáveis aos usuários, principalmente no que tange ao uso da imagem. Muito comum a existência de pessoas que tiveram sua dignidade afetada pela exposição indevida de sua imagem na rede de computadores sem o seu consentimento.

Quando algum direito da personalidade for violado, é por meio do procedimento da responsabilidade civil, que se busca devolver ao lesado o equilíbrio pessoal, reparando os danos morais e materiais sofridos (SZANIAWSKI, 2005, p. 251).

A norma jurídica brasileira impõe ao sujeito um dever de abstenção, ou seja, dever de não causar dano a outrem, objetivando assim, o convívio social, mas se mesmo com esta imposição, vir a lesar terceiro, ser-lhe-á aplicada uma sanção, consistente em reparar o dano causado, como forma de reconstituir o *status quo ante* e desestimular e inibir condutas danosas. Se inexistisse a necessidade de responsabilizar o sujeito pela conduta causada por seu impulso, o convívio em coletividade seria insustentável (LAGO JUNIOR, 2001, p. 47).

Desta forma, tem-se que a responsabilidade civil possui três funções essenciais, quais sejam, reparatória, para restaurar e amenizar o dano sofrido pela vítima; punitiva, uma vez que pune o sujeito que causou o dano e precaucional para que a pessoa não mais reitere condutas danosas.

Imperioso destacar que a responsabilidade civil pode ser contratual e extracontratual ou aquiliana. A responsabilidade civil contratual deriva do descumprimento/inadimplemento de uma cláusula contratual estabelecida entre as partes, já a responsabilidade civil extracontratual resulta de uma infringência ao dever legal de não causar dano, inexistindo uma relação jurídica prévia entre as partes. Para Cavaliri Filho (2015, p. 33) a diferença dessas duas responsabilidades está no dever jurídico violado, enquanto na contratual o dever está inserido no contrato, na extracontratual o dever jurídico advém da própria norma.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva, para Gonçalves (2015, p. 59) será subjetiva quando houver necessidade de provar a culpa<sup>4</sup> para possível responsabilização pelo dano e será objetiva quando não se exigir a comprovação da culpa pelo agente.

Os artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil (BRASIL, 2002a), afirmam, em resumo, que aquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a terceiro, ainda que exclusivamente moral, cometerá ato ilícito, da mesma forma quem, sendo titular de um direito exerce-lo de maneira exagerada, cometerá ato ilícito e, dessa forma, ao cometer ato ilícito e causar dano a outrem, ficará obrigado a repará-lo, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim tem-se que o Código Civil adota como regra, a responsabilidade civil subjetiva, exceto nos casos em que o autor realiza atividade que implica

---

<sup>4</sup> A palavra culpa, neste caso, é empregada no sentido *lato sensu*, englobando tanto o dolo, como a culpa por negligência, imprudência e imperícia.

risco para os direitos de outrem ou quando a lei expressamente prever, caso em que será objetiva.

Para que seja possível a aplicação da responsabilidade civil é preciso a presença de certos elementos essenciais, quais sejam, a conduta, representada pela ação ou omissão, o nexo causal, o dano e culpa ou dolo do agente (GONÇALVES, 2015, p. 66).

A conduta é caracterizada pela reação humana que se revela através de um ato comissivo ou omissivo (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 41). Dessa forma, se do resultado decorrente de tal ato sobrevier prejuízos a outrem, haverá dever de indenizar. O nexo causal, por sua vez, leva em consideração que o dano sofrido deve ter advindo da conduta do sujeito, ou seja, deve haver comprovação de que o prejuízo experimentado decorreu da atitude do sujeito (SAMPAIO, 2002, p. 80). Já o dano, caracteriza-se pelo prejuízo que a vítima sofreu, seja ele moral ou material. Mesmo que haja violação de um preceito legal, se não houver dano, não há dever de indenizar (SOUZA, 2002, p. 24). Por fim a culpa, componente principal da teoria subjetiva (ALONSO, 2000, p. 23) que engloba tanto a culpa no seu sentido *stricto sensu*, no qual o resultado final não era pretendido, mas que por negligência, imprudência ou imperícia, aconteceu, como o dolo, caracterizado pela vontade externalizada pela pessoa, ou seja, o sujeito realiza a conduta com ânimo de produzir o resultado pretendido.

Pois bem, parte-se agora para a análise do ponto principal do presente artigo, a responsabilidade civil pela violação da imagem. Tendo em vista a proteção constitucional conferida à imagem, aquele que, por conduta comissiva ou omissiva, violar direito da imagem cometerá ato ilícito. Quando o direito de imagem for violado, o procedimento jurídico para tentar reconstituir o *status quo ante* realizar-se-á por meio da responsabilidade civil (SZANIAWSKI, 2005, p. 251), que nada mais é do que, segundo Braga Netto (2003, p. 9), consequência do ilícito.

O direito de imagem possui proteção constitucional, de modo que o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura que a imagem das pessoas é inviolável, garantido direito a indenização pelo dano material ou moral resultante de sua violação. Essa proteção que se tem contra a propagação da imagem, advém do preceito individualista, da qual somente seu titular tem o direito de expô-la e ou consentir que outro a o faça (SOUZA, 2002, p. 85).

A Constituição Federal, dessa forma, assevera que se houver violação da imagem, o seu detentor poderá pleitear indenização pelos danos sofridos. Pelo próprio dispositivo constitucional observa-se que a exposição da imagem, sem a devida autorização, gera uma responsabilidade objetiva, de modo que não é necessário a prova da culpa ou dolo do agente que publicou a imagem alheia. Braga Neto (2003, p. 94), no mesmo sentido, aduz que quando ato ilícito decorrer de violação a direitos da personalidade, o elemento culpa é fator irrelevante e prossegue dizendo que a caracterização de ofensa à personalidade dispensa a culpa. Do mesmo modo é o entendimento de Szaniawski (2005, p. 254) ao afirmar que a responsabilidade do sujeito, no caso de danos morais, é ocasionada pela simples violação do direito, sendo dispensada a prova de prejuízo.

Gonçalves (2015, p. 127), entende que se houver ofensa à imagem, tanto o autor da ofensa quanto aqueles que cooperaram para sua propagação podem ser responsabilizados. No mesmo sentido, é o entendimento de Sampaio (2002, p. 95), que firma que todas as pessoas que contribuírem para o resultado, responderão solidariamente pela incumbência de reparar o dano.

Tem-se assim a presença da teoria por ato próprio, na qual cada pessoa que concorreu para a exposição indevida da imagem responderá pela violação, conforme previsão expressa do artigo 942 do Código Civil, além do mais o mesmo dispositivo traz que se houver mais de um autor do dano, todos responderão solidariamente pela reparação.

Por sua vez, haverá hipóteses em que o sujeito responderá por ato de terceiros, quando se tratar das hipóteses previstas no artigo 932, do Código



Civil, quais sejam: os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua guarda e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelado que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; o empregador, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho, ou em razão dele; os donos de hotéis ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (BRASIL, 2002). Para Cavalieri Filho (2015, p. 273), trata-se de responsabilidade civil indireta, em que a pessoa está ligada a outra por um dever de proteção, segurança, guarda ou custódia. E prossegue afirmando que, essa terceira pessoa responderá, não necessariamente pelo ato de outrem, mas sim porque foi omissa no seu dever de vigilância. Para tanto, a responsabilidade civil, nestes casos, será solidária, por força do artigo 942, parágrafo único, do Código Civil e objetiva, sendo desnecessária a demonstração de culpa, conforme previsão do artigo 933, do Código Civil.

Nos casos de dano aos direitos da personalidade, pode haver, dependendo da violação, tanto prejuízo moral, quanto material. O dano moral caracteriza-se por não possuir caráter patrimonial, estando ligado com os direitos da personalidade (LAGO JUNIOR, 2001, p. 59) e o dano material ou também chamado patrimonial está ligado ao patrimônio, ao ressarcimento do *quantum* diminuído de seu patrimônio pelo dano causado.

Ora, se uma pessoa tem a imagem violada e por causa disso é despedida de seu emprego e não encontra mais trabalho em lugar algum, ela, além de danos morais, sofreu também danos materiais. Neste sentido, Araújo (2013, p. 93), entende que a reparação do dano deve considerar não somente o valor que perdeu, como também o valor deixou de ganhar.

Diferentemente da regra geral, o dano moral, no caso de violação de direitos da personalidade, possui natureza *in re ipsa*, sendo desnecessária a comprovação efetiva do dano causado, ou seja, o dano moral é presumido, bastando somente a comprovação, neste caso, da exposição da imagem sem

a devida autorização. Souza (2002, p. 86) entende que o prejuízo sucede no momento em que a imagem é divulgada sem expressa autorização do titular.

Isto porque tais direitos advindos da personalidade, estão assegurados pela dignidade humana, motivo pelo qual tais situações merecem proteção especial em nosso ordenamento (MORAES, 2010, p. 142).

Para evitar a responsabilização por danos à imagem, é necessário o consentimento do titular. O consentimento é elemento essencial e não admite forma tácita, salvo determinação legal que autorize. Se não há consentimento escrito, deve-se prevalecer a inferência de que não aceitou, sendo assim, ausente o consentimento, ocorre violação ao direito da imagem (SAHM, 2002, p. 199). Barbosa (1989, p. 64) depreende que quando é dado consentimento, a publicação da imagem é considerada legal, no entanto, tal publicação deve se dar nos limites da autorização. Se a utilização da imagem ir além do acordado, importará em violação do direito à imagem e ensejará o dever de indenizar o titular do direito. Bittar (1989, p. 89), nessa sequência, afirma que tanto a utilização não consentida da imagem, quanto utilização que extrapola limites contratuais, equivalem a condutas ilícitas.

Neste norte, é importante destacar a súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009), que menciona que “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” Assim, em situações que a imagem da pessoa é utilizada sem o seu consentimento, com finalidade de lucro, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que é desnecessária a comprovação de prejuízo, já que o prejuízo, neste caso é a própria divulgação indevida da imagem (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 151).

Por oportuno, vale lembrar, que, conforme abordado anteriormente, nem toda exposição da imagem é capaz de acarretar um dano, são os casos em que há interesse do poder público, para respeitar o direito à informação e quando o objetivo da imagem é retratar o cenário público ou eventos sociais,

assim por mais importante que seja o direito, ocorrerá hipóteses em que este será limitado em detrimento da coletividade (LAGO JUNIOR, 2001, p. 95).

Sendo assim, tem-se que, por ser direito da personalidade e inerente a dignidade humana, aquele que expor a imagem de outrem indevidamente responde objetivamente pelos danos causados, ou seja, a vítima não precisa demonstrar a culpa ou dolo do agente, muito menos comprovar o prejuízo, já que o dano, por ser *in re ipsa*, ocorre no instante em que o sujeito tiver sua imagem divulgada indevidamente e, havendo mais responsáveis pelo ilícito, todos responderão solidariamente pelo dano causado. Por fim, salienta-se que o consentimento é o foco central para que o sujeito não incorra em violação do direito à imagem e não tenha contra si uma demanda judicial.

#### 4.1 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DA IMAGEM NOS TRIBUNAIS

É sabido que quando os Tribunais começam a emitir decisões no mesmo sentido sobre determinado assunto, acaba-se por consolidar esse entendimento, o que chamamos de jurisprudência. Assim, passa-se à análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade civil decorrente da violação da imagem.

No julgamento do AgInt no REsp n. 1279361 / SP, julgado em 17/05/2018, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, contando como relator o Ministro Luiz Felipe Salomão, entendeu que, no caso de veiculação de imagem de uma mulher realizando topless em jornal de grande circulação, fotografada sem o seu consentimento, o dano moral é *in re ipsa*. Neste caso, a Corte entendeu que as fotografias retratadas tiveram objetivo de expor a imagem da mulher em fotos sequenciais com os peitos descobertos e não em retratar a paisagem praiana. A simples veiculação de imagem, sem a devida autorização, configura elemento suficiente para a caracterização do dano moral indenizável, notadamente ante o caráter *in re ipsa* que o permeia

(Súmula nº 403 STJ). Em análise, a Corte constatou ausência de consentimento da retratada (BRASIL, 2018a).

Se o objetivo da fotografia era registrar local público não há o que se falar em violação do direito da imagem, no entanto, no presente caso, o objetivo da fotografia foi de registrar uma mulher realizando topless na praia e não o local propriamente dito, desta forma, não havendo consentimento da retratada, haverá necessidade de indenizar.

Por outro lado, no REsp n. 1.449.082-RS, julgado em 21 de março de 2017, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo relatório do processo ficou a cargo do Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano, o Tribunal entendeu que no caso concreto, a divulgação da imagem do autor não ensejava dano moral, isto porque o autor foi fotografado em local público durante uma manifestação popular. Ficou claro que o objetivo do jornal era informacional e não comercial. O Tribunal verificou que na imagem publicada, não constava somente o autor, mas sim outras quatro pessoas e entendeu que neste caso, de veiculação informativa, o direito à informação e a liberdade de imprensa se sobressaiam sobre o direito de imagem. Ademais, o Ministro considerou que a imagem do autor sequer representava a essência da imagem, já que a mesma apareceu de forma acessória e imprevista (BRASIL, 2017).

Nesses casos, não há o que se falar de responsabilidade civil pela divulgação não autorizada da imagem, pois trata-se de imagem registrada em local público e de interesse de todas as pessoas, ocorrendo, assim, limite da imagem em detrimento do interesse público (ARAÚJO, 2013, p. 85). Diferentemente do julgado anterior, a veiculação da imagem tinha como objetivo retratar o evento, a manifestação que estava ocorrendo, e não o autor propriamente dito, mesmo porque na fotografia haviam mais pessoas. Assim, não há o que se falar em divulgação indevida da imagem e, por consequente, o dano moral.

Outrossim, o REsp 0027730-RJ, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 19/12/2000, que possuiu como relator o Ministro

Carlos Alberto Menezes Direito. Trata da ação de indenização proposta pela atriz Maitê Proença contra um jornal que divulgou uma foto sua publicada na revista Playboy, sem a sua devida autorização. Nos votos, houve divergência de entendimento dos Ministros. Enquanto uns entenderam que houve violação da imagem sem, no entanto, lhe gerar dor e sofrimento, não sendo passível de indenização por danos morais, uma vez que a foto já havia sido publicada por outra revista mensal com circulação muito maior que o jornal, bem como por ser uma das mulheres mais bonitas do Brasil, outros entenderam que independentemente disso, houve violação da imagem e, por consequência, dano moral. Por seu turno, o Ministro Ari Pargendler no voto- vista, entendeu que a atriz, mesmo bonita e já realizado ensaio para uma revista de grande circulação, poderia sofrer dano moral, já que havia autorizado somente a revista Playboy a publicar as fotos. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a divulgação da imagem da atriz em jornal, para qual não havia autorizado, afrontou a dignidade, causando sim, grande abalo moral (BRASIL, 2000).

Por sua vez, o RE n. 215984, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 04.06.2002, que possuiu como relator o Ministro Carlos Veloso, no qual tratava-se de recurso interposto por Cassia Kis contra o acórdão proferido que não reconheceu que a mesma havia sofrido dano moral com a publicação indevida de sua imagem, condenando a parte recorrida, apenas em danos materiais. O Supremo, diferentemente, entendeu que a própria divulgação da imagem, seja com fins econômicos ou não, causa aborrecimento e desconforto, pouco importando a extensão desse aborrecimento. Neste caso, o aborrecimento precisa somente existir, sendo inócua a sua extensão. O recurso foi conhecido e provido e, por consequência, a empresa foi condenada ao pagamento de danos morais para Cássia Kiss (BRASIL, 2009).

Por fim, o RE 115838, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 10/05/1988, que possuiu como relator o Ministro Carlos Madereira. Versava a demanda sobre uma sessão de fotos em que a modelo e autora tinha realizado para uma determinada agência e que havia

sido publicada por uma revista. Ocorre que, tempos depois, suas fotos foram parar em uma outra revista, a qual não possuía autorização da modelo. Em questão, a modelo ingressou com a demanda judicial questionando a divulgação indevida de suas imagens, posto que só havia autorizado a primeira revista a publicar suas fotos. A Suprema Corte entendeu que, se as reproduções das imagens foram realizadas sem a autorização da retratada, a reparação civil é a consequência lógica, por se tratar de locupletamento ilícito (BRASIL, 1988).

Importante mencionar que a Corte Superior também já emitiu entendimento no que tange a responsabilidade civil dos provedores, como se pode observar no AgInt no REsp n. 1.402.112, julgado em 19 de junho de 2018, pela Quarta Câmara, tendo como relator o Ministro Lázaro Guimarães. Tratava-se de recurso especial interposto pelo GOOGLE BRASIL INTERMET LTDA., no qual foi julgado precedente, para reconhecer a ausência de responsabilidade civil do mesmo por publicações indevidas de imagem por atos de terceiros (BRASIL, 2018b).

No voto, o relator, assim mencionou:

O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que os provedores de internet não podem exercer controle prévio do conteúdo dos sites que hospedam, motivo pelo qual não pode ser aplicada a responsabilidade objetiva preconizada no art. 14 do CDC. Nesse contexto, a responsabilidade desses provedores por eventuais danos se caracteriza quando, ciente de que determinada publicação causa lesão a outrem, não toma as providências necessária para retirá-la. (BRASIL, 2018b).

No caso concreto, o Tribunal de Justiça entendeu que era desnecessário a indicação da URLs para que o Google pudesse retirar a publicação, já que teria possibilidade para realizar a pesquisa das notícias narradas (BRASIL, 2018b).

Já em sede de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça, aplicou o entendimento jurisprudencial da própria Corte, consistente em que,

para que seja possível ao provedor realizar a retirada da publicação, o comando judicial deve ser claro e preciso, de modo a indicar com clareza a URLs. Assim sendo, negou-se provimento ao agravo interno, dando, por consequência, provimento ao Recurso Especial, para afastar a responsabilidade do Google, posto que o provedor não realiza controle prévio das publicações e necessita da indicação da URLs para retirá-la da web (BRASIL, 2018b).

Com a Lei do Marco Civil, pacificou-se o entendimento nas Cortes Superiores, o provedor só será responsabilizado se, depois de notificado judicialmente, deixar de realizar as medidas necessárias para a retirada da publicação ofensiva. Além disso, a determinação judicial deve ser clara, de modo a indicar o URLs onde se encontra a publicação. A exceção à regra são as chamadas pornografia de vingança, que tratam de fotos ou vídeos íntimos, nestes casos, a vítima não precisa socorrer ao judiciário, podendo notificar extrajudicialmente o provedor, que deverá retirá-la, sob pena de incorrer em responsabilidade solidária com o autor do dano.

Como se observa, os entendimentos firmados tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal são correspondentes, ambos seguem uma linha convergente no que diz respeito ao direito de imagem e sua reparação no caso de violação. Esta similitude de entendimentos é de suma importância para evitar contradições sobre o mesmo tema.

## 5 CONCLUSÃO

A internet é uma ferramenta muito útil e necessária, tanto para trabalho, estudo quanto para diversão. No entanto, há pessoas que veem neste instrumento uma forma de prejudicar as demais pessoas. A velocidade em que uma notícia publicada na internet se expande é impressionante, internautas de diversas localidades ficam sabendo em tempo real o que está

acontecendo no mundo. O que se percebe é que a internet acabou por deixar o sujeito vulnerável à ela.

Ao final deste artigo pode-se concluir que a imagem compõe um dos direitos da personalidade e por isso merece proteção integral. Por isso, se ocorrer sua divulgação sem a autorização, o titular poderá demandar ação indenizatória pelo dano moral ou material sofrido. O dano moral, no caso de violação dos direitos da personalidade é *in re ipsa*, sendo desnecessário provar que houve dano, sendo necessário apenas que haja violação do bem jurídico tutelado. A própria Constituição Federal assegura o dever de reparação no caso de violação da imagem.

Aquele que violar direito de imagem de outrem, por se tratar de direito inerente à dignidade da pessoa humana, responderá objetivamente pelos danos causados. Se houver mais autores, todos responderão solidariamente. Haverá, também, possibilidade de responsabilidade por ato de terceiro, nas hipóteses do artigo 932, do Código Civil.

Outrossim, existirá casos em que o interesse do poder público se sobressairá ao direito de imagem. Assim, quando a pessoa é retratada em local público, em que o objetivo da fotografia é o local e não o sujeito em si, não haverá violação ao direito de imagem.

Já no que tange a responsabilidade civil do provedor de internet por publicações dos internautas, este terá sua responsabilidade condicionada, ou seja, somente será responsabilizado por divulgação indevida da imagem realizada por terceiro, se, após notificação judicial clara e precisa, não tomar as devidas precauções para retirada da publicação indevida. Verificou-se que o provedor não possui como atividade principal o controle prévio das divulgações e mesmo se tivesse, tal medida não seria possível pois incorreria na censura, o que é vedado em nosso ordenamento.

O que se denota é que o consentimento é o elemento chave para afastar toda e qualquer hipótese de violação ao direito de imagem, para tanto, o consentimento deve ser externalizado de forma escrita, por meio de um contrato,



se a pessoa nada manifestar, deve ser entendido que não aceitou. Ademais, a veiculação deve se dar dentro dos limites estabelecidos, qualquer publicação além do convencionado, acarretará em violação do direito à imagem.

Por fim, constatou-se que o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal possuem entendimentos consolidados sobre o direito à imagem e sua reparação, nos mesmos termos acima mencionados.

As novas tecnologias, capazes de violar os direitos de imagem, estão praticamente no mundo todo e muitas pessoas estão e irão utilizá-las de forma prejudicial à outras pessoas, por isso é de suma importância que haja uma efetiva condenação para aquele que violar direito da personalidade de outrem, para, além de reparar o dano sofrido, desestimular tais condutas prejudiciais à dignidade da pessoa.

## REFERÊNCIAS

AFFORNALI, Maria Cecília Neressi Munhoz. *Direito à própria imagem*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. A responsabilidade civil dos provedores de serviço de internet. In: NERI, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 62. 2015.

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria Geral do Dano: De acordo com o novo código civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notanoberto. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com novo código civil*. São Paulo: Atlas S.A., 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989a.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989b.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRANDT, Cássio Augusto Barros. *Marco Civil da Internet: Comentários sobre a Lei n. 12.965/2014*. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=7tWkCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=lei+do+marco+civil&ots=RTYDNSVISY&sig=NHY\\_HYwjf09kMqhnTWBGOAQWB8I#v=one-page&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=7tWkCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=lei+do+marco+civil&ots=RTYDNSVISY&sig=NHY_HYwjf09kMqhnTWBGOAQWB8I#v=one-page&q&f=false). Acesso em: 08 jul. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

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, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em: 7 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 03 dez. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm). Acesso em: 4 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 403*. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014-38\\_capSumula403.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014-38_capSumula403.pdf). Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4815*. Relatora: Min. Carmem Lúcia, julgamento em 16 fev. 2016b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *RE 115838*. Relator: Min. Carlos Madeira, julgado em 10 maio 1988. Disponível em: <file:///D:/Unoesc/Downloads/RE%20115838.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *RE 215.984-1/RJ*. Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em 4 jun. 2002b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=246432>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3 Turma). *REsp n. 0027730/RJ*. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 19 dez. 2000. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200000783994&dt\\_publicacao=07/05/2001](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001). Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3 Turma). *REsp n. 1.449.082/RS*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano, julgamento em 21 mar. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/resp-1449082.pdf>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *AdInt nos EDcl no REsp n. 1.402.112-SE*. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, julgamento em 19 jun. 2018a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84146121&num\\_registro=201202380692&data=20180626&tipo=51](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84146121&num_registro=201202380692&data=20180626&tipo=51)>. Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *AgInt no REsp 1279361/SP*. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, julgamento em 17 maio 2018b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82939416&num\\_registro=201101589397&data=20180522&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82939416&num_registro=201101589397&data=20180522&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 01 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 2.126/2011*. [2011]. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Acesso em: 4 abr. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 5.403/2001*. [2001]. Dispõe sobre o acesso a informações da Internet, e dá outras providências. Autor: Luiz Estevão. 24 set. 2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=34462>. Acesso em: 4 abr. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. *A configuração constitucional do direito à própria imagem*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da; COSTA, Carlos; ARAUJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-marco civil da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, 2015.

DE MARCO, Cristhian Magnus. *Pressupostos para o estudo dos direitos da personalidade na dogmática dos direitos fundamentais*. 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/393/341>. Acesso em: 02 set. 2018.

- FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: Uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Aberto. *Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: Comentários à lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. [2014]. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580930>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- KAMINSKI, Omar. *Internet legal: o direito na tecnologia da informação*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- LAGO JUNIOR, Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*. São Paulo: LTr, 2001.
- LEONARDI, Marcelo. *Responsabilidade dos provedores de serviço de internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.
- LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARINHO JUNIOR, Jânio Urbano. Responsabilidade civil dos provedores de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. In: NERY JUNIOR, Nelson (org.). *Revista de direito privado*, São Paulo: Editora RT, ano 19, v. 91, jul. 2018.
- MOCELLIN, Caroline. A responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro no Marco Civil da Internet. In: NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RENAUX, Pedro. Nove entre dez usuários de Internet no país utilizam aplicativos de mensagens. *Agência IBGE*, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20077-nove-entre-dez-usuarios-de-internet-no-pais-utilizam-aplicativos-de-mensagens>. Acesso em: 10 maio 2018.

SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código de direito civil, Lei n. 10.406, de 10-01-2002*. São Paulo: Atlas, 2002.

SAMPAIO, Rogério Marone de Castro. *Direito civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001.

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

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. São Paulo: Manole, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Tarciso. *Comércio Eletrônico: Conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil*. [2015]. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580606>. Acesso em: 02 jun. 2018.

TEIXEIRA, Tarciso. *Curso de Direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2003.





# TRÁFICO PRIVILEGIADO DE ENTORPECENTES E SUA DESCARACTERIZAÇÃO DE HEDIONDEZ: PARÂMETROS PARA EXECUÇÃO DA PENA ADOTADOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA

Cristine Santiago Ghizoni<sup>1</sup>

Maurício Eing<sup>2</sup>

**Resumo:** Este trabalho propôs uma análise do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à não hediondez do crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada, bem como da sua aplicação no Estado de Santa Catarina. O estudo partiu de uma pesquisa teórica, pelo método indutivo, analisando elementos contidos na Constituição Federal, em leis infraconstitucionais e súmulas, assim como na jurisprudência, em decisões tomadas em diferentes instâncias. Após examinar a mudança jurisprudencial que se originou no STF, viu-se que, diante do afastamento do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de drogas, a execução da pena dos condenados por tal prática deve ter como base os parâmetros para crime comum. Entretanto, a aplicação do entendimento não foi imediata em Santa Catarina. Uma análise realizada na jurisprudência catarinense mostrou que houve resistência em conceder benefícios a partir de cálculos tidos com parâmetros para crime comum, considerando-os para crime hediondo, sob a alegação de que a decisão do Supremo não teve eficácia *erga omnes*. O Tribunal Catarinense acolheu o novo entendimento somente após o Superior Tribunal de Justiça adotar o seguimento dado pelo STF, passando a decidir por conceder tais benefícios baseado nos parâmetros comuns, tendo como principal argumento a segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Tráfico privilegiado de drogas. Crime hediondo. Crime comum. Execução Penal. Parâmetros de execução da pena. Santa Catarina.

---

<sup>1</sup> Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; tine.ghizoni@hotmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Processo Civil e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Assessor do Ministério Público Federal; maurício.eing@unoesc.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

No ano de 2016, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão no julgamento do *Habeas Corpus* N° 118533/MS, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, com o entendimento de que o chamado tráfico privilegiado (artigo 33, §4º, Lei N° 11.343/06) não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Embora o STF não tenha enfrentado a questão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ao mudar seu entendimento, a instituição trouxe à tona a possibilidade de o crime de tráfico de drogas privilegiado ser tratado como comum, o que atingiria de maneira abstrata qualquer pessoa que fosse penalizada por tal prática. As decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade exprimem efeitos muito maiores e mais abrangentes, sobretudo no que toca à Execução Penal, especialidade do direito cuja necessidade de celeridade demanda imediata adoção das decisões afetas a essa matéria, refletindo-se em maior alcance social as deliberações tomadas pela mais alta Corte do país.

A decisão do *habeas corpus* citado repercutiu de maneira geral no país, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em novembro do mesmo ano, cancelado a Súmula N° 512, que estabelecia que o tráfico privilegiado não afastava a hediondez do crime. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, após a decisão do STF, resistiu a entender da mesma forma que a Suprema Corte, mas após o cancelamento da Súmula do STJ, o Tribunal Catarinense pacificou o entendimento no sentido de afastar a hediondez do tráfico sob o manto do privilégio, aplicando o princípio da segurança jurídica.

Neste trabalho há uma ampla análise da decisão do STF quanto à descaracterização de hediondez do crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada, o impacto do novo entendimento tido pela instituição nos demais tribunais e as razões da mudança jurisprudencial.

## 2 CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/90)

Não é de hoje que se fala em criminalidade e de suas consequências, uma vez que a sociedade sempre lidou com pessoas que não respeitam e não se adequam às regras impostas por aquela. E é a partir do desrespeito à norma que surge uma infração, sendo imprescindível uma sanção para responsabilizar o agente infrator. Mas a finalidade da pena não se restringe apenas a punir, explicando Boschi (2004, p. 129) que “Em nosso meio, as finalidades de retribuição, de prevenção e de ressocialização transparecem dos artigos 59 do CP e 1º da Lei de Execuções.”

O cometimento de infrações penais, principalmente as criminais, causam grande reprovabilidade da conduta perante a sociedade, estando algumas situações revestidas de mais gravidade que outras. Para os crimes considerados mais repugnantes, o Brasil adotou uma legislação de maior repressão, estando em vigência a Lei Nº 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990). Mas a lei e a definição do termo “hediondo” provocam críticas na doutrina, conforme explica Franco (2000, p. 91):

O texto legal pecou, antes de mais nada, por sua indefinição a respeito da locução “crime hediondo”, contida na regra constitucional. Em vez de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que se entendia ser a hediondez do crime – o projeto de lei enviado ao Congresso Nacional sugeria uma definição a esse respeito –, o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão “hediondo”, tipos já descritos no Código Penal ou em leis penais especiais. Dessa forma, não é “hediondo” o delito que se mostre “repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjecto, horroroso, horrível”, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador. A insuficiência do critério é manifesta e dá azo a distorções sumamente injustas,

a partir da seleção, feita pelo legislador, das figuras criminosas ou da forma, extremamente abrangente de sua aplicação pelo juiz. A predeterminação de tipos delitivos, sem fixação conceitual de hediondez, provoca um certo grau de rigidez na aplicação tipológica.

A própria criação da lei é alvo de grandes críticas, uma vez que, conforme a doutrina, não se deu em razão de um apelo da grande população para que tais crimes fossem tratados de forma mais severa, mas tão somente porque algumas figuras públicas foram vítimas de determinados crimes que, posteriormente, começaram a ser tratados com mais rigidez.

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal prevê que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.” (BRASIL, 2016a).

Após dois anos da promulgação da Carta Magna (BRASIL, [2016a]), foi editada a Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), conforme expunha a carta constitucional. Contudo, o projeto de lei não teve a devida atenção no seu processo de construção, ignorando a necessidade de estudos e discussões profundas sobre assunto de tal importância. Sobre a pressa com que foi feita a lei, explica Monteiro (2002, p. 4) “que não se justifica [sic] de forma alguma as imprecisões contidas e os conflitos gerados”, e que a urgência se deu pela preocupação que diversas famílias brasileiras tinham com o “momento de pânico que atingia alguns setores da sociedade brasileira, sobretudo por causa da onda de sequestros no Rio de Janeiro”, mencionando o caso de sequestro do empresário Roberto Medina, irmão de Rubens Medina, Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro à época, o que deu estímulo e força para a edição da lei.

Vê-se, portanto, que a criação de uma lei que trouxesse mais severidade a determinadas condutas foi a forma que o legislador encontrou de combater crimes que estavam amedrontando a população, ou parte dela. A edição da lei ocorreu de forma imediata, sem a devida atenção inerente à

criação de um texto normativo e sem profundas discussões sobre o que a lei trataria. Em complemento, Franco (2000, p. 90) conclui sobre a criação da lei:

Sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante sequestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, etc.), um medo difuso e irracional, acompanhado de uma desconfiança para com os órgãos oficiais de controle social, tomou conta da população, atuando como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir. Na linha de pensamento da Law and Order, surgiu a Lei 8.072/90, que é, sem dúvida, um exemplo significativo de uma posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade.

Dito isso, percebe-se que a lei foi criada para atingir interesses pessoais, de pessoas que tinham forte influência no Poder Legislativo Federal e que queriam que o tratamento de indivíduos que cometeram determinadas condutas fosse o mais rígido possível. Contudo, tornar mais severa a pena de quem comete um crime arrolado pelo legislador como hediondo não resolve o problema da criminalidade, ainda que a população tenha a sensação de que assim a situação é atenuada.

Apesar de muito criticada, a Lei Nº 8.072/90 (BRASIL, 1990) continua em vigência e traz em seu artigo 1º o rol de crimes tipificados no Código Penal (BRASIL, 1940) que são hediondos, na forma consumada ou tentada. São eles: a) homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); b) lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela,

ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; c) latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); d) extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); e) extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); g) estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); h) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); i) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B.); j) favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º). O parágrafo único do mesmo artigo prevê também como hediondo o crime de genocídio, previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei No 2.889/56, tentado ou consumado (BRASIL, 1956).

Em razão do rol taxativo, crimes hediondos são aqueles previstos nessa lei, sendo tais condutas, portanto, repugnantes e sórdidas pela visão parlamentar. Conforme Monteiro (2002, p. 16), “Assim, crime hediondo é simples e tão-somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no art. 1º da lei.”

Não importa, para o legislador, quem é o agente infrator, quais os motivos que o levaram a cometer o crime, sua personalidade, sua conduta social, o comportamento da vítima, as consequências da infração. Para o legislador, independentemente da análise de tais critérios, o crime tipificado na lei é sempre sórdido e repugnante.

Tratar determinados tipos penais como hediondos sem a análise da situação concreta é, para grande parte da doutrina, inaceitável. Leal (2007, p. 40) explica, fazendo uma interessante analogia:

Qual, por exemplo, seria a diferença substancial entre um homicídio simples, praticado contra criança de cinco anos de idade, ou com a agravante de ser a vítima o filho do próprio sujeito ativo e uma extorsão mediante sequestro, ou um estupro, nestes dois últimos casos, sem que a vítima

tenha sofrido violência física de maior consequência? Nenhuma! Numa escala mais apurada e rigorosa de valores éticos, as duas hipóteses de homicídio, dependendo das circunstâncias, talvez possam ser mais graves e chocantes e, no entanto, não serão consideradas hediondas.

Diversas são as críticas à Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), tendo o Supremo Tribunal Federal até mesmo já emitido a Súmula Vinculante Nº 26 (BRASIL, 2009), sobre a inconstitucionalidade do artigo 2º, que impedia a progressão de regime e determinava que a pena deveria ser integralmente cumprida no regime fechado.

A política criminal não deve tratar a prevenção unicamente por meio de penas severas. O agente infrator não se preocupa com o *quantum* da pena, pois ele acredita em sua impunidade. É necessária uma reestruturação do sistema penal para medidas justas e proporcionais a cada caso, “começando pelo inquérito policial até o sistema penitenciário, reforma essa que traga uma confiável investigação policial e uma certeza da imediata condenação e real cumprimento da pena” ou “continuaremos a assistir à edição de leis como a de n. 8.072/90, de muita polêmica e pouca eficácia.” (MONTEIRO, 2002, p. 4).

O tratamento trazido pela Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990) fez uma “discutível opção pela superada teoria penal absoluta (clássico-retributiva), para a qual a forma mais eficaz de combater a criminalidade exige necessariamente leis penais mais severas e cruéis” (LEAL, 2007, p. 43). A Lei Nº 8.072/90 (BRASIL, 1990) dispôs sobre um tratamento mais severo a certos tipos penais, mas deixou de prestar o devido cuidado em sua elaboração, havendo lacunas e artigos contrários à Constituição Federal. Foi feita às pressas para saciar interesses de determinada parcela da população, e hoje consequências imensuráveis são causadas ao punir de forma tão objetiva, sem análise do caso concreto, o que é contraditório aos princípios do direito penal.

## 2.1 EXECUÇÃO PENAL PARA CRIMES HEDIONDOS

Ao tomar ciência do cometimento de uma infração penal, deve o Estado apurar a situação, por meio do devido processo legal, respeitando os princípios da ampla defesa e do contraditório, entre outros inerentes à elucidação do fato investigado. Após a confirmação do delito e de sua autoria, deve, então, prosseguir à efetiva punição do agente.

A pretensão punitiva do Estado não deve preocupar-se tão somente com a efetivação da pena, mas, também, com a forma como vai punir, pois, ao término de seu cumprimento, o agente estará em plena liberdade e deve estar preparado e habilitado a conviver em sociedade novamente.

No artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal (BRASIL, [2016a]), há a previsão de que “a lei regulará a individualização da pena”, consagrando tal princípio que sugere a apropriada condenação, levando em conta, sobretudo, as características pessoais do agente, bem como as peculiaridades do fato ilícito (CERNICCHIARO, 1990, p. 88).

A individualização da pena tem três importantes fases. A primeira, de sua instituição, quando atribuído determinado castigo a quem pratica um delito previsto no ordenamento jurídico, conhecida como fase legal. Já na fase judicial, momento que há confirmação de materialidade e autoria no caso concreto, o juiz determina o *quantum* da pena a ser atribuída ao agente infrator e o regime de seu cumprimento, servindo como orientação o artigo 59, do Código Penal (BRASIL, 1940):

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;



- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A terceira fase, de execução da pena, é o momento de fazer cumprir a sanção imposta na sentença, garantindo o Estado o seu efetivo cumprimento nos exatos termos impostos pelo juiz criminal, cuidando para que não haja excessos nem irregularidades. O cumprimento da pena adequadamente imposta objetiva, portanto, “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, conforme dispõe o artigo 1º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), assim concluído por Prado et al. (2013, p. 30):

O princípio da individualização da pena consiste numa diretriz constitucional orientadora de imposição, aplicação e execução da pena (art. 5º, XLVI), no sentido de que o condenado não só receba a pena adequada à reprovação e prevenção do crime, dentre os critérios previamente estabelecidos na lei, mas que também, no decorrer da execução, receba o condenado a devida atenção do Estado, não só no que tange às suas características pessoais, mas que, de igual forma, a expiação seja atenuada, à medida que se constate uma prognose positiva de reeducação penal.

Quanto às penas privativas de liberdade, dispôs o Código Penal (BRASIL, 1940), no artigo 33, acerca dos regimes de cumprimento, quais sejam o fechado, semiaberto e aberto, admitindo o ordenamento jurídico brasileiro a progressão de regime.

O artigo 112 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), por sua vez, prevê que a pena de privação da liberdade se dará em forma progressiva, transferindo-se o apenado ao regime menos rigoroso após o cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, sendo também necessária a comprovação de seu bom comportamento carcerário. Contudo, para os

crimes hediondos e equiparados, nem sempre houve o mesmo entendimento, porquanto havia vedação de progressão aos condenados por tais práticas.

Na versão original da Lei Nº 8.072/90 (BRASIL, 1990), o artigo 2º previa que o total cumprimento da pena deveria dar-se no regime fechado. Com o advento da lei, surgiram debates acerca da (in)constitucionalidade dessa previsão, cuja primeira discussão em Plenário, no STF, decidiu que não havia ofensa à Carta Magna, pois se optou o legislador por estabelecer o total cumprimento da pena em regime fechado, pela prática de crimes hediondos, “significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional” (BRASIL, 1993), conforme exposto no julgamento do *Habeas Corpus* Nº 69603, ocorrido em 18/02/1993, no Tribunal Pleno do STF, cujo relator foi o Ministro Paulo Brossard.

Com o passar dos anos e o avanço dos debates, houve mudança no entendimento, o que ocasionou a decisão *incidenter tantum* no julgamento do HC Nº 82959/SP, pelo Tribunal Pleno do STF, em 23/02/2006, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarando a inconstitucionalidade do referido artigo (BRASIL, 2006):

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Consolidado o entendimento, foi promulgada a Lei Nº 11.464/07 (BRASIL, 2007) para dar nova redação ao artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), admitindo que o cumprimento se daria *inicialmente* em regime fechado, com progressão de regime após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para o primário, e de 3/5 (três quintos) para o reincidente. Trouxe, também, a possibilidade de se recorrer em liberdade, o que era vedado na redação anterior.

O STF também editou súmula vinculante, abrangendo inclusive os casos anteriores à lei com as novas disposições (BRASIL, 2009):

Súmula Vinculante Nº 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Sobre o livramento condicional, dispõe o Código Penal (BRASIL, 1940), em seu artigo 83, inciso V, que poderá ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que cumpridos mais de 2/3 (dois terços) da pena, quando apenado por crime hediondo ou equiparado, se não for reincidente específico em crimes dessa natureza, parâmetro superior ao dispensado aos crimes comuns, sendo 1/3 (um terço) para o condenado sem reincidência em crime doloso e de 1/2 (um meio) para o reincidente em crime doloso, conforme exposto nos incisos I e II do mesmo artigo.

Quanto aos institutos de isenção da pena, o Código Penal (BRASIL, 1940), no artigo 107, traz a possibilidade de extinção de punibilidade por anistia, graça ou indulto. Esses benefícios têm como finalidade perdoar o agente pela prática de um ilícito em razão de uma grande causa, social ou humanitária.

A Carta Magna (BRASIL, [2016a]), em seu artigo 5º, XLIII, impede a concessão de graça e anistia àquele que comete crime hediondo ou equiparado, confirmada a vedação no artigo 2º, I, Lei N° 8.072/90 (BRASIL, 1990), este que acresce a impossibilidade da concessão de indulto. Sobre esta última previsão, há críticas na doutrina.

Uma das correntes afirma que a concessão do indulto e comutação são atos privativos do Presidente da República (artigo 84, XII, CRFB/88) e que não há exceção ao exercício dessa competência, não cabendo ao legislador limitá-lo (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 291). Já a outra corrente entende que a interpretação do termo *graça* deve ser estendido de modo a abranger o indulto, uma vez que aquela se refere ao perdão individual, enquanto este é coletivo, concluindo que a vedação constitucional permite ao legislador ampliar a proibição (LIMA, 2015, p. 61).

Sobre a questão, a Ministra Cármen Lúcia, Relatora no julgamento do HC N° 115099/SP, ocorrido em 19/02/2013, pela Segunda Turma do STF, manifestou que aquele tribunal firmou entendimento de que “o instituto da graça, previsto no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional” (BRASIL, 2013), confirmando, na decisão, que os referidos benefícios não podem ser concedidos aos condenados por crime hediondo.

Quanto ao indulto coletivo, o benefício é concedido anualmente por meio de decreto presidencial, que estipula as condições que ensejam ao direito. O indulto natalino, assim conhecido, propõe o perdão total da pena às pessoas que preencham os requisitos impostos pelo Poder Executivo.

No Decreto N° 8.940/2016 (BRASIL, 2016), que trouxe as possibilidades de concessão de indulto, o artigo 2º, III, reafirmou a proibição da concessão do benefício aos condenados por crime hediondo ou equiparado,

embora tenha permitido ao condenado pelo artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (tráfico privilegiado), tal regalia:

Art. 4º No caso dos crimes previstos no caput e no § 1º, combinados com o § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, quando a condenação tiver reconhecido a primariedade do agente, seus bons antecedentes e a ausência de dedicação a atividades criminosas ou inexistência de participação em organização criminosa, o indulto somente será concedido nas hipóteses do § 1º, do art. 1º deste Decreto e desde que tenha sido cumprido um quarto da pena.

A possibilidade se repetiu no ano de 2017, com a promulgação do Decreto Nº 9.246 (BRASIL, 2017), que permitiu, no artigo 1º, IV, a concessão de indulto ao condenado por tráfico privilegiado quando do cumprimento de 1/4 (um quarto) da pena se homem, e 1/6 (um sexto) da pena se mulher, nos casos em que a pena privativa de liberdade não seja superior a oito anos.

Percebe-se que há movimentação na legislação encaminhando-se para a consolidação do entendimento de que o tráfico privilegiado de drogas não se equipara a crime hediondo, dando azo à estipulação de parâmetros comuns ao cumprimento de pena desse delito.

### **3 TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, LEI Nº 11.343/06)**

A Lei Nº 11.343/06, chamada Lei de Drogas (BRASIL, 2006), foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a fim estabelecer normas quanto à política de drogas, tendo como principais objetivos a prevenção ao uso dessas substâncias, a assistência e reinserção social ao usuário e a repressão e punição de quem trafica e financia esse tipo de mercado.

O bem tutelado pelo texto legal é a saúde pública, bem de interesse coletivo, característico dos chamados direitos difusos ou transindividuais. Portanto, a vítima do tráfico não é o adquirente da droga, mas, sim, o

Estado (saúde pública), pois “A preocupação da lei não é a de se evitar os males causados pela droga àqueles que a consomem, mas o de evitar o risco à integridade social que os entorpecentes acarretam”, uma vez que o bem protegido é a saúde da coletividade, não do usuário ou do traficante, transcendendo a questão da pessoa à população em geral, conforme explicam Thums e Pacheco Filho (2005, p. 4).

O tráfico ilícito de entorpecentes tem se tornado, cada vez mais, um dos crimes mais praticados no mundo todo, não sendo diferente no Brasil. Em razão do grande aumento nos últimos anos de condutas relacionadas ao tráfico de drogas, a legislação brasileira se viu na necessidade de se adequar à nova realidade. Leal (2007, p. 28) explica:

É preciso assinalar que as três últimas décadas foram marcadas por acentuada e generalizada intensificação do tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes. Este fato acarretou, em contrapartida, a formação de uma consciência favorável a uma reação punitiva mais severa e eficaz em relação aos responsáveis pelo tráfico ilícito de drogas. [...]

Em nosso país, o problema também não deixou de constar do cotidiano das preocupações mais evidentes dos brasileiros, transformando-se em fator de pressão junto ao poder político, no sentido de se exigir medidas preventivas de maior eficácia e repressivas de maior severidade.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes encontra tipificação no artigo 33 da Lei N° 11.343/06 (BRASIL, 2006), que confere dezoito verbos para sua prática:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

A prática dos atos do mencionado artigo é crime equiparado a hediondo, uma vez que a Constituição Federal expõe em seu texto, no artigo 5º, inciso XLIII (BRASIL, [2016a]), que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.”

O tráfico ilícito de entorpecentes é crime previsto na Lei de Drogas (BRASIL, 2006). Entretanto, seu caráter hediondo não é definido na lei que tipifica tais crimes, e tampouco trata a Constituição Federal (BRASIL, [2016a]) dessa particularidade. O que se tem é a consolidação do entendimento de que, por não ser suscetível a fiança, graça ou anistia, o crime de tráfico de drogas é tão repugnante quanto os hediondos, recebendo o mesmo tratamento rígido imposto pela Lei Nº 8.072/90 (BRASIL, 1990). Portanto, segundo Franco (2000, p. 130, grifo do autor), “O denominado tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins não é, em verdade, crime hediondo, mas tão-somente um crime a ele assemelhado.” Por ser delito comparado a hediondo, então, o agente que pratica o crime de tráfico de drogas é condicionado às regras especiais, conferindo maior rigor ao tratamento penal desse tipo.

### 3.1 TRÁFICO PRIVILEGIADO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06)

O artigo 33 da Lei Nº 11.343/06 (BRASIL, 2006) expõe as condutas que tipificam o crime de tráfico de drogas, estando no § 4º do mesmo artigo as condições para diminuição de pena, caracterizando o tráfico privilegiado, explicado por Souza (2007, p. 52):

O agente verdadeiramente primário e de bons antecedentes, que tenha infringido as condutas previstas na cabeça do art. 33 e no seu §1º, tem o direito subjetivo a esta causa especial de diminuição de pena, extremamente significativa, pois suas penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que ele não seja um profissional do crime (não se dedique às atividades criminosas) nem integre alguma organização criminosa. Trata-se de uma opção do legislador por “separar o joio do trigo danificado”, aumentando o rigor em relação àquele e criando opções de minimizar a punição em relação a este, que em tese se encontra em uma situação onde (**sic**) a reinserção social é mais viável.

Tem-se, a partir do exposto acima, que o agente revestido das condições estabelecidas no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), é privilegiado com diminuição de pena, o que faz entender que, para esse indivíduo, a punição não deve ser tão rigorosa quanto à de quem pratica o tráfico de entorpecentes de maneira reiterada ou associada. Por assim entender, o Ministro Gilmar Mendes afirmou em seu voto, no julgamento do HC N° 118533/MS, ocorrido no Tribunal Pleno do STF em 23/06/2016, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que “a pequena monta do tráfico, a inexistência de habitualidade, eventuais motivos nobres, a coação irresistível etc. podem servir de fronteira para descaracterizar a hediondez.” (BRASIL, 2016c).

Sobre a causa de diminuição de pena em tela, o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator, no julgamento do HC N° 118351/MS, ocorrido em 19/11/2013, pela Segunda Turma do STF, destacou que “foi estabelecida não porque o legislador entendeu que a conduta, nos casos em que verificados aspectos favoráveis ao réu, seria menos grave, mas, sim, por razões de política criminal”, pensando na figura do pequeno traficante, conhecido como “correio” ou “mula” (BRASIL, 2013).

Para Bitencourt (2016, p. 784), as causas de aumento e diminuição de pena não criam novos tipos penais (derivados), como ocorre com as qualificadoras, que estabelecem novos limites mínimo e máximo, enquanto



aquelas apenas majoram ou reduzem o *quantum* já arbitrado. A partir disso, entende Lima (2014, p. 742) que “não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase do cálculo da pena no sistema trifásico de Nelson Hungria”.

Ao votar no julgamento do HC N° 118533/MS, ocorrido no Plenário do STF, em 23/06/2016, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Edson Fachin expôs que “Embora a causa de diminuição de pena não consubstancie tipo penal autônomo, a repercussão na pena é potencialmente tão intensa a ponto de traduzir alteração penal deveras substancial”, concluindo que é razoável aplicar os parâmetros comuns de execução da pena aos condenados por tráfico beneficiados com a diminuição de pena (BRASIL, 2016c).

Duas principais correntes se formam a partir da análise do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006): i) existe hediondez no crime de tráfico de drogas, tenha sido reconhecida a causa da diminuição de pena ou não; ii) a hediondez do crime de tráfico de drogas é afastada quando aplicada a causa de diminuição de pena.

Em razão da dúvida existente no meio jurídico é que foi levada ao Plenário do STF a discussão sobre o caráter hediondo conferido ao crime de tráfico de drogas, na modalidade privilegiada.

#### **4 HABEAS CORPUS N° 118.533/MS**

A qualidade hedionda conferida ao crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada serviu de discussão para o Plenário do STF em 23/06/2016, quando do julgamento do *Habeas Corpus* N° 118533/MS, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de dois réus condenados pela prática de tal crime, tendo como objeto o Recurso Especial N° 1297936, julgado em 25/04/2013, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. O julgamento do *Habeas Corpus* N° 118533/MS será objeto de análise deste tópico, que pretende abordar o posicionamento e argumentos de cada Ministro do STF.

O referido remédio constitucional esteve sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que apresentou um breve histórico do caso, no qual houve condenação dos dois Pacientes pela prática da infração prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), cuja sentença afastou a incidência da hediondez, motivo pelo qual apelou o Ministério Público, requerendo fosse reconhecida tal qualidade (BRASIL, 2016c). O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, por sua vez, manteve o afastamento do caráter hediondo do crime praticado quando do julgamento da Apelação Criminal Nº 2011/0300624-3, em 20/06/2011, entendendo que a Lei Nº 8.072/90 (BRASIL, 1990) não elenca o tipo em seu rol.

Contra essa decisão, o Ministério Público interpôs o Recurso Especial Nº 1297936 no STJ, que, julgado em 25/04/2013, sob relatoria e em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Bellizze, resultou no reconhecimento da natureza hedionda do crime praticado pelos Pacientes (BRASIL, 2013). Daí o *Habeas Corpus* em comento, no qual o Impetrante assim apontou:

[...] a incidência das agravantes da Lei dos Crimes Hediondos a toda condenação imposta pela Lei de Tóxico vem dando ensejo à desarrazoada situação de se tratar alguém que seja condenado a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses (por ser primário, ter bons antecedentes, não integrar organização criminosa, etc.) de maneira mais severa do que a outro que tenha sofrido uma condenação de 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos de reclusão, pena imposta no patamar máximo, diante de suas péssimas condições judiciais e legais.

Há de se destacar que o caso que serviu de base para a discussão encontra peculiaridades, sendo reconhecido pelos Ministros da Suprema Corte a complexidade da apuração. No caso, os Pacientes foram condenados por terem transportado cerca de 770 quilogramas de maconha, quantidade que faz presumir não se tratar de hipótese de aplicação da causa de diminuição de pena. Assim, na

visão dos Ministros, os agentes nem sequer poderiam ter sido beneficiados com a diminuição de pena no momento da aplicação da sentença (BRASIL, 2016c).

A situação fática, embora não estivesse em discussão no Plenário do STF, chamou a atenção dos julgadores, que entenderam não ser a melhor hipótese para argumentação de teses. Ao votar, a Ministra Rosa Weber asseverou que parece ter sido equívoco do juiz singular quando da aplicação da causa de diminuição de pena a alguém que carrega quase uma tonelada de droga, destacando que a má aplicação da lei poderia levá-la ao afastamento da tese arguida pelos Impetrantes (BRASIL, 2016c). A Ministra Cármen Lúcia, Relatora, afirmou durante todo o julgamento que estavam “discutindo uma tese num caso que não é nem um pouco bom para essa tese.” (BRASIL 2016c).

Diante da complexidade do caso, da situação fática, dos argumentos e das consequências que causariam a decisão do julgamento, os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes pediram vistas para melhor analisarem a situação, aquele tendo pedido vistas, aliás, após já ter declarado o voto em sessão plenária (BRASIL, 2016c).

#### 4.1 AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ NO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS – VOTOS PARA CONCEDER A ORDEM

A Relatora do *Habeas Corpus* N° 118533/MS, Ministra Cármen Lúcia, inaugurou a sessão apresentando o caso e fazendo ressalvas quanto à complexidade da situação fática e das consequências do julgamento (BRASIL, 2016c). Quanto à tese arguida pelos Impetrantes, destacou-se que o delito previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), é incompatível com a hediondez do tráfico de entorpecentes previsto no *caput* e no §1º, do artigo 33, do mesmo diploma:

O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados

o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosas. A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente. (BRASIL, 2016c).

A Ministra Cármen Lúcia entendeu, portanto, ser possível conceder a ordem considerando o “evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo.” (BRASIL, 2016c).

Na sessão ainda votou o Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhando a Relatora. Asseverou que o Supremo Tribunal Federal tem, ao longo dos anos, atenuado o rigor que resultou da equiparação do crime envolvendo drogas a crimes hediondos. Lembrou que o Tribunal já considerou ilegítima a exigência de regime inicial necessariamente fechado e já entendeu ser inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito e o impedimento à liberdade condicional. Completou afirmando que isso se deu por duas questões complexas, quais sejam o “fracasso da guerra às drogas, mediante exacerbação do Direito Penal, que hoje é uma constatação mundial, e a situação do hiperencarceramento, que aflige a todos nós que vivemos no Brasil.” (BRASIL, 2016c).

Ao votar por conceder a ordem, o Ministro Luís Roberto Barroso argumentou que, se a causa de diminuição de pena é aplicada no máximo, a pena cai para um ano e oito meses. Assim, “se o ordenamento jurídico apenas esta conduta com um ano e oito meses, o ordenamento jurídico não está tratando essa conduta como de reprovabilidade tal que possa merecer consequências de um crime hediondo.” (BRASIL, 2016c).

Após pedir vistas dos autos, o Ministro Gilmar Mendes apresentou seu voto também no sentido de conceder a ordem. Destacou que, em se tratando de tráfico de drogas, deve-se “avaliar se toda e qualquer transação ilícita envolvendo drogas é um crime submetido ao regime constitucional dos crimes hediondos, ou se o legislador tem algum espaço para definir de forma diversa.” (BRASIL, 2016c).

Ao argumentar que determinadas condutas envolvendo drogas podem, sim, ser de menor potencial ofensivo, sustentou que o legislador não reconheceu a prática do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006) como equiparado a hediondo, o que fez em relação aos artigos 33, *caput* e §§ 1º, 34 e 37, no artigo 44 da mesma lei, concluindo que “o legislador excluiu o tráfico privilegiado do tratamento dado aos crimes hediondos.” (BRASIL, 2016c).

O Ministro Edson Fachin inaugurou a divergência no julgamento, entendendo pelo não afastamento do caráter hediondo em relação ao tráfico privilegiado de drogas. Mas, ao acompanhar a discussão durante a sessão, pediu suspensão do seu voto e vista para analisar melhor a matéria (BRASIL, 2016c).

No Voto-Vista, o Ministro Edson Fachin iniciou destacando que o sistema normativo brasileiro elegeu o critério legal para definir os crimes hediondos, cabendo sua fixação pelo legislador ordinário. E, por ser necessária a previsão legal expressa e estrita a definição de um crime como hediondo ou equiparado, entendeu não ter esse tratamento o crime do tráfico privilegiado. Destacou que a Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990) foi explícita ao considerar hedionda também a tentativa dos crimes lá previstos. Já quanto à equiparação, não houve determinação precisa de hediondez (BRASIL, 2016c):

[...] mesmo diante da ausência de autonomia tipológica, ao elegeu os crimes hediondos, a Lei 8.072/90 foi expressa ao inserir os delitos tentados no regime especial em comento. Vale dizer, quando o legislador pretendeu que causas que ensejassem intensa diminuição da pena não interferissem no juízo de hediondez, o fez de modo expresso e estrito, providência que se coaduna com o, repita-se, excepcional e legal que caracteriza os crimes hediondos e equiparados.

Assim, a ausência de derivação típica não obstaculiza, por si, a interpretação no sentido de que o regime excepcional não se estende ao tráfico minorado.

Ainda, destacou a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade em casos complexos, como parâmetro de controle de constitucionalidade, servindo como “instrumento interpretativo dirigido a desvelar o real alcance da norma infraconstitucional.” (BRASIL, 2016c).

O Ministro Edson Fachin ainda argumentou que o crime de associação para o tráfico, previsto no artigo 35 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006) não é equiparado a hediondo, delito que “reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância”. Concluiu, então, que não há como admitir que o traficante ocasional tenha tratamento mais rigoroso do que aquele que exerce o tráfico de maneira estável e habitual. Por fim, entendeu que o legislador não incluiu o tráfico privilegiado no rol dos crimes hediondos e equiparados, pois, se assim fosse sua intenção, teria feito de forma expressa e precisa (BRASIL, 2016c).

Ao mudar de posicionamento e trazer robustos argumentos ao julgamento do *Habeas Corpus* N° 118533/MS (BRASIL, 2016c), o Ministro Edson Fachin fez com que os Ministros Rosa Weber e Teori Zavascki, que já tinham votado pela não concessão da ordem, entendessem por reajustar seus votos, acompanhando a Relatora.

E no mesmo sentido votou o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do STF à época. Destacou a realidade do cenário brasileiro, em que o desemprego e a precarização das relações de trabalho levam jovens e mulheres à prática do crime de tráfico de drogas “assumida como uma alternativa laboral e, até mesmo, para prover a própria subsistência.” Essas pessoas, segundo o Ministro, sofrem sanções desproporcionais, considerando a pequena participação nesse tipo de delito (BRASIL, 2016c):

Quer dizer, são pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico, tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade.

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trata decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira [sic]), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.

Pelo afastamento do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de drogas, os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Rosa Weber, Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski votaram por conceder a ordem, ensejando, por maioria, ao julgamento favorável aos Pacientes (BRASIL, 2016c).

#### 4.2 EQUIPARAÇÃO DE HEDIONDEZ AO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS – VOTOS PARA DENEGAR A ORDEM

Após a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, ter aberto a sessão apresentando seu voto pela concessão da ordem, o Ministro Edson Fachin, apresentou seu voto no sentido de denegar a ordem, justificando de forma simples e objetiva que a hediondez do crime de tráfico privilegiado de drogas não é afastada quando da incidência da causa de diminuição de pena. Ao acompanhar os votos e argumentos que se sucederam, o Ministro entendeu por bem pedir a suspensão de seu voto e vistas para melhor decidir. Após amplo estudo e análise da norma e da situação fática, Edson Fachin votou pela concessão da ordem. Disso resultou o reposicionamento dos Ministros

Rosa Weber e Teori Zavascki, que também mudaram seu voto por afastar a hediondez de tal modalidade (BRASIL, 2016c).

Na posição contrária, votou o Ministro Luiz Fux, que enfatizou a gravidade do delito do tráfico de drogas, “figura penal mais grave, tendo em vista os seus efeitos deletérios no meio social”. Destacou que essa gravidade deriva do dever do Estado de promover políticas públicas preventivas, com o intuito de evitar que jovens e adolescentes entrem para o tráfico de drogas (BRASIL, 2016c).

Asseverou que, em sua visão, tráfico é tráfico, não havendo razão para o afastamento do caráter hediondo, que, se ocorresse, causaria “incentivo para que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas.” (BRASIL, 2016c).

No mesmo sentido votou o Ministro Dias Toffoli, afirmando que o afastamento do caráter hediondo faria com que “cada vez mais, as organizações criminosas procurem pessoas com bons antecedentes e atraiam, muito provavelmente com oferecimento de valores razoáveis, para que elas corram o risco de se aventurar no ilícito.” (BRASIL, 2016c).

O Ministro Marco Aurélio acompanhou a divergência, argumentando que “não existe crime privilegiado” e que, no caso, “há causa de diminuição de pena”, explicando que o rigor maior conferido ao tráfico se deve às consequências que esse crime provoca, como causador de outros delitos, sustentando que ao tráfico de drogas é conferido tratamento mais severo, não importando a aplicação da diminuição de pena (BRASIL, 2016c).

Após extensa discussão, o Tribunal decidiu, por maioria de votos, pela concessão da ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, posicionamento adotado pela Ministra Cármen Lúcia, Relatora, e pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski. Os votos vencidos foram dos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio (BRASIL, 2016c).



## 5 EFEITOS DO JULGAMENTO NO JUDICIÁRIO CATARINENSE

A partir da decisão do Supremo quanto ao afastamento do caráter hediondo do crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada, houve alteração na jurisprudência pátria, embora o julgamento não se tenha dado com efeito vinculante. Como precedente, a decisão do STF ensejou a aplicação do entendimento na execução penal dos condenados pelo delito previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (BRASIL, 2006). Contudo, o emprego desse posicionamento não foi pacífico e imediato.

Logo após a decisão do Supremo, que ocorreu em junho de 2016, apenados condenados por tráfico privilegiado começaram a realizar pedidos de progressão de regime e outros benefícios a partir do entendimento de que a execução de sua pena deve ter como parâmetro a norma comum, não a destinada para crimes hediondos. Houve resistência por parte do Judiciário Catarinense a conceder tais benefícios baseado nos parâmetros comuns, sob a alegação de que o entendimento tido pelo STF ocorreu por meio de controle difuso e incidental de constitucionalidade, não produzindo, portanto, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, como afirmado, por exemplo, no julgamento do Agravo em Execução nº 0002860-06.2016.8.24.0022, julgado em 08/11/2016, pela Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sob relatoria do Desembargador Paulo Roberto Sartorato (SANTA CATARINA, 2016, grifou-se):

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME, FIXANDO O MONTANTE DE 2/5 (DOIS QUINTOS) DO CUMPRIMENTO DA PENA COMO REQUISITO OBJETIVO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MAGISTRADO A QUO QUE RECONHECEU DELITO DELINEADO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 COMO CRIME HEDIONDO PARA FINS DE BENEFÍCIOS EXECUCIONAIS. PLEITO PELO AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. IMPOSSIBILIDADE. RECENTE DECISÃO

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA POR MEIO DE CONTROLE DIFUSO E INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA ERGA OMNES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA INCÓLUME. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É cediço que a Suprema Corte, ao julgar o remédio constitucional n. 118.533/MS, entendeu, por maioria de votos, que o chamado “tráfico privilegiado”, no qual as penas podem ser reduzidas por força do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não deve ser considerado crime de natureza hedionda. **Todavia, o enfrentamento da questão ocorrerá por meio de controle difuso e incidental de constitucionalidade, produzindo efeitos somente entre as partes, sem propagar, portanto, efeito vinculante e eficácia erga omnes.** (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0002860-06.2016.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 08-11-2016).

A primeira grande mudança vista a partir do novo entendimento ocorreu quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 23/11/2016, na proposta de revisão de entendimento de Petição Nº 11796/DF, sob requerimento e relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, revisou seu entendimento e cancelou a Súmula Nº 512 (BRASIL, 2014), que expunha que “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”, seguindo o direcionamento dado pelo STF, no julgamento do *Habeas Corpus* Nº 118533/MS (BRASIL, 2016c, grifou-se):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS.

## CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria “contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.” (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

**2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos** (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o conseqüente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016).

Com o reposicionamento do STJ, o Tribunal Catarinense entendeu ser prudente adequar suas decisões de acordo com a jurisprudência pátria, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, definido por Jorge Vanossi (1982 apud SILVA, 2009, p. 133) como o “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.”

A partir do reconhecimento do afastamento do caráter hediondo do crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada pelo STF e pelo STJ, passou o Tribunal Catarinense a harmonizar-se com esse entendimento, como visto no julgamento do Agravo em Execução Nº 0007350-77.2016.8.24.0020, ocorrido em 20/04/2017, pela Primeira Câmara Criminal, sob relatoria do Desembargador Paulo Roberto Sartorato (SANTA CATARINA, 2017b, grifou-se):

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DEFENSIVO. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE MANTEVE A HEDIONDEZ DO DELITO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. PEDIDO DE AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO NOS TERMOS DO HABEAS CORPUS N. 118.533/MS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO DA SUPREMA CORTE PROFERIDA EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA ERGA OMNES. NECESSIDADE, NO ENTANTO, DE PONDERAR O NOVEL ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO DA PETIÇÃO N. 11.796/DF QUE GEROU O CANCELAMENTO DA SÚMULA 512 DA MENCIONADA CORTE. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO PARA AS HIPÓTESES DE PROGRESSÃO DE REGIME. TESE ACOLHIDA. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO DE REGIME JÁ EFETUADO PELA INSTÂNCIA A QUO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. DECISÃO REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO. O julgamento do Habeas Corpus n. 118.533/MS pelo STF - em que se afastou a hediondez do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - ocorreu por meio de controle difuso ou incidental de constitucionalidade, produzindo efeitos somente entre as partes, sem propagar, portanto, efeito vinculante e eficácia erga omnes. **No entanto, diante do cancelamento da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça, prudente se mostra harmonizar-se ao entendimento das Cortes Superiores, ao menos nas hipóteses que versam sobre progressão de regime, para afastar o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas privilegiado, postura tomada em prestígio ao princípio da segurança jurídica.** (TJSC,

Agravo de Execução Penal n. 0007350-77.2016.8.24.0020, de Içara, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 20-04-2017).

O Agravo em Execução N° 0005141-81.2016.8.224.0038, julgado em 11/04/2017, pela Terceira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob relatoria do Desembargador Leopoldo Augusto Brüggermann, também adotou o recente entendimento, apontando como fundamento a segurança jurídica e, ainda, os princípios da proteção da confiança e da isonomia (SANTA CATARINA, 2017a).

Sobre o princípio da proteção da confiança, explica Canotilho (2012, p. 257) que “se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.”

Quanto ao princípio da isonomia, expõe a Constituição Federal (BRASIL, [2016a]), no artigo 5º, que “Todos são iguais perante a lei”, não podendo haver distinções entre pessoas que se encontram na mesma situação, motivo pelo qual decidiu o Tribunal Catarinense por garantir a todos que se encontrem apenados pelo crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada tenham igual tratamento na execução de suas penas.

Para dar segurança jurídica, portanto, que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina adotou o entendimento em conformidade aos tribunais superiores, e “o assunto não comporta maiores discussões. A jurisprudência pátria pacificou o entendimento no sentido de afastar-se a hediondez do delito de tráfico de drogas quando privilegiado o crime”, exposição feita no julgamento do Agravo em Execução N° 0007867-88.2017.8.24.0039, julgado em 12/04/2018, pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal Catarinense, sob relatoria do Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo (SANTA CATARINA, 2018).

Hoje a jurisprudência catarinense encontra-se pacificada em relação ao tema, embora a mudança de entendimento tenha ocorrido não por análise

da matéria, mas, sim, por necessidade de adequação de tratamento igual àqueles que se encontrem nas mesmas condições penais.

## 6 CONCLUSÃO

Ao analisar a Constituição Federal, a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei de Drogas, constata-se que inexistente norma expressa e objetiva quanto ao caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, assim comparado por estar na Carta Magna a impossibilidade de, a esse delito, serem conferidos os benefícios da graça e anistia. Portanto, há apenas uma equiparação, não expressa, quanto ao seu caráter hediondo.

Quanto ao tráfico de drogas privilegiado, faz-se mais confuso ainda o entendimento sobre sua hediondez ou não. Essa configuração decorre da aplicação da causa de diminuição de pena, cujos requisitos evidenciam a menor reprovabilidade da conduta. É justamente por isso que a própria Lei de Drogas exclui essa modalidade do tratamento equiparado ao hediondo em sua redação.

A discussão havida no julgamento do *Habeas Corpus* N° 118533/MS tratou justamente da aplicabilidade do caráter hediondo ao delito de tráfico minorado, embora se tenha percebido a complexidade do caso concreto, em que o juiz singular condenou dois réus pela prática do crime de tráfico privilegiado de entorpecentes mesmo não parecendo ser o cenário ideal, levando em conta a quantidade da droga (770 quilogramas de maconha) apreendida. Daí já se percebe que a própria aplicação da minorante já causa oscilação de entendimento entre os juízes.

A definição de crime hediondo, desde a elaboração da lei, causa discussão, pois não se esclareceu o que é efetivamente repulsivo e pavoroso, mas apenas foi eleito um rol taxativo dos crimes que o legislador entendeu como repugnantes. As consequências dessa *falha* legislativa são imensuráveis,

uma vez que a própria condenação e a execução da pena são alteradas pela presença do caráter hediondo.

Desde a possibilidade de prestação de fiança, de aplicação de penas restritivas de direito e de fixação de regime mais brando até os parâmetros para progressão de regime e livramento condicional são afetados pela incidência da qualidade hedionda, sendo mais do que necessário que o legislador defina de modo convicto *o que é crime hediondo* e o motivo pelo qual determinados delitos revestem-se de hediondez, porquanto suas consequências são agravadas durante o processo e a execução penal.

Quanto à hediondez, ainda, destaca-se que, para o legislador, não interessa como se deu o crime, quais foram as consequências ou quem o cometeu, mas tão somente a prática e a tentativa é que se levam em consideração, o que é prejudicial à análise de cada caso concreto, pois não há discricionariedade do juiz para, analisando as peculiaridades, afastar ou empregar a qualidade hedionda, ainda mais porque o acusado se defende dos fatos e não do crime pelo qual é denunciado.

Não é suficiente que os crimes hediondos sejam tratados como repugnantes. Os crimes repugnantes é que deveriam ser tratados como hediondos.

A grande discussão enseja outra dúvida sobre aplicação da hediondez: deve ela dar-se pelas características do agente ou pela simples prática do delito assim tipificado? Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha eleito o critério legal para definição de crime hediondo, entende-se que, quanto ao tráfico minorado, houve afastamento do caráter hediondo por conta das condições do agente, invocando uma análise político-social da situação atual no país, tanto em relação ao jovem que entra para o tráfico, por diversas razões, quanto em relação à superlotação dos presídios e penitenciárias, que detêm grande número de indivíduos encarcerados por conta da prática do delito em tela.

Ainda que pacificada a questão do afastamento da hediondez do crime de tráfico privilegiado de drogas, há necessidade de reavaliação sobre a definição de crime hediondo, pois a forma como vem sendo tratada carece melhor interpretação, uma vez que a análise no caso concreto fica prejudicada quando da não possibilidade de o juiz avaliar como de fato ocorreu o delito para considerar se este deve ou não ser tratado como repulsivo e desumano. É imprescindível que o legislador examine a questão de forma detalhada e minuciosa a fim de garantir, na medida do possível, que as sanções sejam adequadas e proporcionais à prática do ato delituoso.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Leis Penal Especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEMFICA, Thaís Vani. *Crimes hediondos e assemelhados: questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Forence, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOSCHI, José Antonio Paganella; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 440 p.

BRASIL. *Código de processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 13 abr. 2017.



BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 13 jul. 1984.

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, 26 jul. 1990.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 24 ago. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 26257/SP. Relator: Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 15 de abril de 2003, *Diário da Justiça*, 02 jun. 2003. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=26257&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=26257&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3). Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Seção). Pet 11.796/DF. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 23 de novembro de 2016, *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 nov. 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=11796&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Seção). REsp 1329088/RS. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13 de março de 2013, *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 abr. 2013. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1329088&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1329088&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#). Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus n. 107.451/RS. Relator: Min. Jane Silva, (Desembargadora convocada do TJ/MG), julgado em 12 de agosto de 2008, *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 nov. 2008. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=116044&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=116044&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1). Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69603. Relator: Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 18 de fevereiro de 1993, *Diário da Justiça*, 23 abr. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71857>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82959. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23 de fevereiro de 2006, *Diário da Justiça*, 1 set. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959%2E%2E+OU+82959%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k5azyos>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Habeas Corpus 83656. Relator: Min. Nelson Jobim, julgado em 20 de abril de 2004, *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 maio 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000095904&base=baseAcordaos>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Habeas Corpus n. 115099. Relator: Min. Cármen Lúcia, julgado em 19 de fevereiro de 2013, *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000201943&base=baseAcordaos>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Habeas Corpus n. 118533. Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 23 de junho de 2016, *Diário da Justiça Eletrônico*, 01 ago. 2016c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=118533&classe=H-C-Extn-terceira-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 13 abr. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal Simplificado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRERO, Cláudia Barros Porto. *Leis Penais Especiais Comentadas para Concursos. Teoria, jurisprudência e mais de 200 questões comentadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 4. ed. Pituba: Juspodivm, 2010.

FELIX, Yuri. Breves notas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos crimes hediondos e equiparados. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 59, p. 63-76, maio 2014.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 845 p.

GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação criminal especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEAL, João José. *Crimes hediondos: a lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LEAL, João José. *Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8072/90*. São Paulo: Atlas, 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Especial Criminal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: textos, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. xvii, 187 p.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. 'O controle difuso abstrativizado', a progressão de regime nos crimes hediondos e o supremo tribunal federal: finalmente a novela chegou ao seu final. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 29-39, mar. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

PACHECO FILHO, Vilmar Velho; THUMS, Gilberto. *Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 334 p.

PRADO, Luiz Regis. *Direito de execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 301 p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (1. Câmara Criminal-TJSC). Acórdão n. 0002860-062016.8.24.0022. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato. *Diário Oficial do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, 08 nov. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (1. Câmara Criminal-TJSC). Acórdão n. 0007350-77.2016.8.24.0020. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato. *Diário Oficial do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, 20 abr. 2017b.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (1. Câmara Criminal-TJSC). Acórdão n. 0007867-88.2017.8.24.0039. Relator: Des. Júlio César M. Ferreira de Melo. *Diário Oficial do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, 12 abr. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (3. Câmara Criminal-TJSC). Acórdão n. 0005141-81.2016.8.224.0038. Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggermann. *Diário Oficial do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, 11 abr. 2017a.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. *Crimes hediondos: o regime prisional único e suas consequências práticas no sistema punitivo de Santa Catarina*. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Nova Lei Antidrogas: Manual Prático*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *A Nova Lei Antidrogas: Lei n. 11.343/2006*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2007.

SZNICK, Valdir. *Comentários à lei dos crimes hediondos: terrorismo, genocídio, tortura e prisão temporária*. São Paulo: LEUD, 1991.

TOVIL, Joel. *A (nova) lei dos crimes hediondos comentada: aspectos penais, processuais e jurisprudência (na forma das leis 8.930/94, 9.677/98, 9.695/98 e 11.464/2007)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VANOSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.



# TRIBUNAL DO JÚRI: CRITÉRIO DE ESCOLHA DOS JURADOS PARA COMPOR O CONSELHO DE SENTENÇA E MUDANÇAS NECESSÁRIAS PARA ATINGIR A FINALIDADE DA INSTITUIÇÃO

Ioná Larissa Ribeiro<sup>1</sup>

Mauricio Eing<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa realizar um estudo sobre um dos pontos mais controversos em relação ao Tribunal do Júri, o critério de escolha dos jurados que compõem o Conselho de Sentença, sua comunicação para deliberar e a forma como se chega ao veredicto final. Além de se fazer uma concisa comparação entre a instituição do Júri, no sistema norte-americano e no sistema brasileiro. Em relação à seleção dos jurados, pretende-se expor a necessidade de o instituto passar por uma revisão em sua formação e organização, a fim de atingir sua finalidade de forma íntegra, representando a sociedade, efetivamente, no intuito de se chegar a um julgamento correto e justo, com o veredicto baseado não somente na íntima convicção de cada um, mas, de forma democrática, visando ao reflexo social que o caso concreto julgado acarreta.

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri. Jurado. Conselho de Sentença.

## 1 INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é uma instituição jurídica brasileira, prevista na Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XXXVIII, como direito fundamental, e regulada pelo Código de Processo Penal – Lei n. 3.689/1941 (BRASIL, 2016, 1941). É um dos poucos institutos que proporciona o contato direto do povo com o poder de decidir, representando a democracia e julgando com base em

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; iona\_lr@hotmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Processo Civil e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Assessor do Ministério Público Federal; mauricio.eing@unoesc.edu.br

valores pessoais, analisando um fato concreto, para decidir se a conduta do acusado é reprovável ou aceitável perante a sociedade.

Ao observar que o tribunal do júri tem como finalidade chegar a um veredicto justo; trata-se de cláusula pétrea e sua decisão é soberana; exige-se de leigos, com base apenas em suas íntimas convicções, julgamentos de complexos crimes, que aumentam exponencialmente na sociedade, percebe-se, assim, que os atuais critérios de escolha dos jurados são brandos, fazendo-se necessária uma seleção de jurados mais rígida e detalhada.

A complexidade dos crimes que ocorrem na sociedade moderna não comporta mais a prática de seleção dos jurados, de acordo com o atual modelo. É preciso repensar o método de escolha utilizado, para que se chegue a um julgamento digno. Nesse contexto, pensar em uma reforma referente à seleção dos jurados é plenamente possível, se for considerada a previsão constitucional do art. 5º, XXXVIII, “com a organização que lhe der a lei”, respeitando os princípios estabelecidos.

A metodologia empregada para a realização da pesquisa consiste em uma abordagem dedutiva, baseada em premissas, a fim de concluir se a alteração do modo de seleção dos jurados é a melhor forma para se obter um veredicto justo, baseado no contexto social envolvido no caso, e não somente na sessão do júri em si. Ainda, é teórica, diante da realização de pesquisas em doutrinas, explorando conceitos, classificando-se como qualitativa, por utilizar contribuição de outros sistemas como modelos, no intuito de conhecer diversas realidades.

O procedimento utilizado na pesquisa foi o explicativo, para identificar fatores que determinam e contribuem para a ocorrência de um novo modelo de Conselho de Sentença no Brasil e, também, análise de alguns casos reais, cujo julgamento foi

baseado mais na influência da mídia do que nos fatos relacionados ao processo. Também, foi utilizado o método exploratório, pois com o levantamento bibliográfico foram analisados outros modelos de Júri, de outros países, como



os Estados Unidos. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica, desenvolvida com base em material já elaborado, como artigos científicos e doutrinas.

## 2 O TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri é uma instituição de origem incerta, há uma grande imprecisão doutrinária a respeito de seu surgimento, principalmente, pela falta de fontes seguras que identifiquem sua existência em tempos antigos. O Júri Popular, mais assemelhado ao atual modelo, originou-se na Inglaterra, depois do IV Concílio de Latrão<sup>3</sup> (BISINOTTO, 2011).

A propagação do Tribunal do Júri no mundo ocidental teve início, perdurando até hoje, em 1215, com o seguinte preceito: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento dos seus pares, segundo as leis do país.” (NUCCI, 2015b, p. 41).

Após a Revolução Francesa, de 1789, estabeleceu-se o júri na França, com o objetivo de substituir um Judiciário formado por juízes vinculados à monarquia, por um constituído pelo povo, fundamentado pelos novos ideais republicanos. A partir disso, espalhou-se pelo resto do continente Europeu, como um ideal de democracia (NUCCI, 2015b, p. 42).

O júri chegou até o Brasil pela colonização, sendo implantado em 18 de junho de 1822, por decreto do Príncipe Regente, atendendo-se ao fenômeno de propagação da instituição corrente na Europa. O júri era composto por 24 cidadãos, considerados bons, honrados, inteligentes e patriotas, sendo suas decisões passíveis de revisão pelo Príncipe Regente (NUCCI, 2015b, p. 43).

A partir de 1824, com a Constituição do Império, o Tribunal do Júri ficou previsto no capítulo referente ao Poder Judiciário (art. 151, do Capítulo Único, do Título 6º). À época, a competência estendia-se para causas cíveis e

---

<sup>3</sup> O IV Concílio de Latrão foi um dos maiores Concílios Ecumênicos medievais. Apesar de não ser tão conhecido na história do cristianismo ocidental quanto o Concílio de Trento, destaca-se por sua relevância, marcando uma etapa decisiva, do ponto de vista da prática religiosa, que definiu mudanças que se demonstraram duradouras (NUCCI, 2015b).

criminais, conformem determinassem as leis. Na Constituição Republicana, transferiu-se a instituição para os direitos e garantias individuais (art. 72, § 31, da Seção II, do Título IV) (NUCCI, 2015b, p. 43).

A Constituição de 1934 voltou a inserir o júri no capítulo referente ao Poder Judiciário (art. 72). Em 1937, foi totalmente retirado do texto constitucional, até que o Decreto-Lei 167, de 1938, confirmou a existência do júri, mas sem soberania (art. 96) (NUCCI, 2015b, p. 43).

Com a Constituição de 1946, o júri foi reinserido no capítulo dos direitos e garantias individuais, estabelecendo a soberania dos veredictos, sigilo nas votações e plenitude de defesa. A Constituição de 1967 manteve a instituição no mesmo capítulo (art. 150, § 18), esta última redação estabelece a competência do Júri de julgar os crimes dolosos contra a vida, mas não mencionou a soberania dos veredictos, sigilo das votações ou plenitude de defesa (NUCCI, 2015b, p. 43).

A Constituição Federal da República, de 1988, com a característica dominante da democracia, trouxe o Júri inserido no capítulo dos direitos e garantias individuais (art. 5º, XXXVIII), trazendo de volta os princípios da Constituição de 1946, que perpetuam até a atualidade, com a finalidade de ampliar o direito de defesa do réu e atuar como garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida, possibilitando a procedência do julgamento por seus pares. Como direito e garantia individual, aliado à condição de cláusula pétrea, não pode ser suprimido nem por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV da CF) (BRASIL, 2016).

De acordo com Lenza (2015, p. 45), os princípios são espécies de normas, e como orientação para o intérprete, que não guardam hierarquia com as demais, ante a ideia de unidade da Constituição. Apresentam dimensões de importância, peso, valor, ponderação, balanceamento, sopesamento entre princípios colidentes, são valorativos ou finalísticos, com papel fundamental no ordenamento jurídico, carecedores de enquadramento e mediações concretizadoras do intérprete.

A instituição do Júri atual é regida pelos seguintes princípios: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania do Veredicto e competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, *a a d*, CF) (BRASIL, 2016).

Entende-se por plenitude de defesa todos os meios lícitos de persuasão e convencimento, que devem ser empregados pelo defensor ou pelo próprio acusado, na busca por sua defesa no julgamento popular, com o objetivo de convencer o Conselho de Sentença (CAMPOS, 2015).

Nos processos do júri, além da ampla defesa exigida em todo e qualquer processo criminal, vigora a plenitude de defesa, de tal forma que, no júri, não apenas a defesa técnica, relativa aos aspectos jurídicos do fato, pode ser produzida. Ademais, dadas as peculiaridades do processo e o fato de que são leigos os juízes, permite-se a utilização de argumentação não jurídica, com referência às questões sociológicas, religiosas, morais, dentre outras; ou seja, argumentos que, normalmente, não seriam considerados, caso o julgamento fosse proferido por um juiz togado, no júri ganham especial relevância, podendo ser explorados à exaustão (SANCHES, 2009, p. 149).

O sigilo das votações é considerado como uma garantia de imparcialidade do conselho de sentença no momento da votação. Os jurados decidem somente com cédulas de “sim” e “não”, mediante votações secretas, visando resguardar a tranquilidade e segurança do Conselho de Sentença, evitando represálias (CAMPOS, 2015).

Segundo Almeida (2005, p. 57), compreende-se por soberano aquilo que tem poder supremo, assim, o veredicto proferido pelo conselho de sentença é definitivo, não podendo um tribunal togado substituir ou alterar no mérito um veredicto popular. Nas palavras de Almeida (2005, p. 57), “patrimônio da cidadania e garantia fundamental, a soberania plena dos veredictos do Júri está acima de quaisquer pretensas justificativas que possam permitir sua negação.”

Subsiste, no entanto, a possibilidade de se interpor o recurso de apelação das decisões do Júri proferidas ao arripio da prova (art. 593, III, d

do CPP), bem como de se desconstituir a sentença condenatória transitada em julgado proferida pelo Tribunal Popular, por meio de revisão criminal (arts. 621 a 631 do CPP). É o que entende boa parte da doutrina e jurisprudência. De fato, nenhum órgão do Poder Judiciário pode passar incólume ao controle de suas decisões, quando teratológicas, inclusive o Júri (MARQUES, 1997, p. 79).

A Constituição Federal atribuiu ao Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, descritos nos artigos 121 a 128 do Código Penal. Porém, nota-se que o texto constitucional assegura a competência para os delitos dolosos contra a vida e não somente para eles. Nada impede que, por meio de lei ordinária, amplie-se a competência do Júri para julgar outros delitos. A cláusula pétrea, impossível de ser alterada no direito brasileiro, não sofre nenhum impacto caso a competência do júri seja ampliada, pois visa apenas manter a instituição e sua competência mínima (CAMPOS, 2015).

O Tribunal do Júri Popular pode ser considerado de natureza híbrida, pois é um direito fundamental e também um órgão público, sendo um modo de intervenção direta do povo na administração da justiça, haja vista que os jurados têm a tarefa de julgar os fatos por intermédio das respostas dadas aos quesitos, e ao magistrado presidente, provido das respostas oferecidas, cabe fazer a entrega da prestação jurisdicional, mediante a sentença (NUCCI, 2015b).

Na opinião de Nucci (2015b, p. 45), verifica-se que o Júri é um órgão especial do Poder Judiciário, que assegura a participação popular direta nas suas decisões de caráter jurisdicional. Trata-se de uma instituição de apelo cívico, que demonstra a importância da cidadania e da democracia na vida em sociedade.

O julgamento pelos pares, visto já como uma marca associada ao Tribunal do Júri, desde sua concepção, baseia-se no pensamento de que, para julgar determinado réu, ninguém melhor do que um julgador que convivesse em um contexto de vida semelhante ao daquele (OLIVEIRA, 2008).

A grande crítica ao Tribunal do Júri é o fato de ser decidido por leigos, porém, pelo fato de o Brasil ser uma nação democrática, ou seja, aquela

em que o poder emana do povo, se os cidadãos comuns, isto é, a sociedade na qual o indivíduo vive, entender que este deva ser absolvido ou condenado, não existe erro ou injustiça.

O povo julga a si mesmo por meio de seus concidadãos, os quais ele nomeia para esse efeito, com livre escolha, como seus representantes, para cada ato particular. Somente o povo pode, ainda que de modo indireto, por meio de seus representantes, por ele mesmo nomeados (do júri), julgar cada um de seus membros (OLIVEIRA, 2008).

Assim, verifica-se que a real finalidade da instituição do Júri é dar uma resposta à população, por seus iguais, baseada em seus valores e costumes, sendo colocado ao lado do plebiscito e do referendo como um dos únicos momentos onde o corpo social participa de uma decisão relevante e demonstra seu poder de deliberar na sociedade, refletindo, de fato, a democracia. O real problema não está no instituto, mas no descaso do estado quanto à escolha do principal integrante: o jurado (CAMPOS, 2015, p. 5).

### **3 PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL**

O Tribunal do Júri está previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVIII (BRASIL, 2016), trata-se de uma cláusula pétrea, regulado pelo Código de Processo Penal (Lei 3.689/1941) (BRASIL, 1941). O procedimento consta entre os art. 406 e 497 do CPP, apesar de estar inserido como procedimento comum, trata-se de um procedimento especial.

Em se tratando de um procedimento bifásico, a primeira fase é conhecida como sumária de culpa e a segunda como juízo da causa. A fase de formação de culpa se inicia com o oferecimento da denúncia e vai até a decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação, é basicamente igual ao procedimento comum. A principal finalidade dessa primeira fase procedimental é verificar se o crime cometido é de competência para julgamento pelo Tribunal do Júri, se estão presentes a materialidade

do fato e se existem indícios suficientes de autoria ou participação para que o acusado seja pronunciado e, conseqüentemente, levado a julgamento em plenário (NUCCI, 2015b).

A sentença será de pronúncia quando o magistrado ficar convencido da possibilidade de ter havido crime doloso contra a vida e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado; entretanto, a fundamentação da pronúncia se limita à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, ainda, o juiz deve especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, sob risco de essas não serem arguidas em plenário (CAMPOS, 2015).

Para Oliveira (2009, p. 601), a pronúncia é a delimitação quase integral da matéria a ser submetida ao julgamento em plenário. Nela deverá constar a narração do fato delituoso, tal como ali é reconhecido, incluindo as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena (art. 413, §1º, CPP). As causas de privilégio e de diminuição da pena, bem como as atenuantes e agravantes poderão ser reconhecidas, ainda que não sejam constantes na pronúncia.

Caso o magistrado, após a realização da audiência de instrução e julgamento, não constate indícios suficientes de autoria, ou não se convença da existência da materialidade do delito, ele dará a sentença de impronúncia. É importante ressaltar que isso não significa absolver o réu, tampouco o condenar. O processo será extinto sem a resolução do mérito, portanto, torna-se tão somente coisa julgada formal.

Desse modo, a decisão poderá ser revista, desde que não haja prescrição, e diante do surgimento de novas provas (CAMPOS, 2015).

O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado (art. 415 do CPP) se: comprovada a inexistência do fato; provado não ser o acusado o autor ou partícipe do fato; o fato não se constituir infração penal ou demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime, salvo inimputabilidade. Importante ressaltar que somente comporta absolvição

sumária a situação que envolve quaisquer das situações supracitadas, quando, nitidamente, demonstradas pela prova colhida. Havendo dúvida razoável, torna-se mais indicada a pronúncia, pois o júri é o juízo competente para deliberar sobre o tema (CAMPOS, 2015).

Ainda, o juiz poderá entender que o fato narrado possui definição jurídica diversa da que constar na queixa ou denúncia, uma vez que o magistrado não fica preso à capitulação criminal inicial. Se durante a análise do processo, houve interpretação de que o crime não foi corretamente classificado, entendendo se tratar de delito que não constituiu crime doloso contra a vida, o juiz proferirá a decisão de desclassificação. Importante salientar que se trata de uma decisão interlocutória modificadora da competência do juízo, não adentrando no mérito, tampouco fazendo cessar o processo. Sobre a nova capitulação a ser dada ao delito, Sanches (2009) enfatiza que “o juiz ao proceder à desclassificação não deve fixar a nova capitulação legal (embora se o fizer, nenhuma nulidade ocorrerá) bastando que aponte a inexistência de um crime doloso contra a vida.” Com isso, a tarefa de classificar o delito é do juiz singular, que recebeu os autos, a quem caberá o julgamento. Se não fosse assim, o juiz, ao receber o delito já classificado, ficaria vinculado à prévia classificação dada por outro juiz, o qual não era o competente para julgar a causa (CUNHA, 2008, p. 152).

Encerrada a primeira fase do júri, no caso de pronúncia, o réu é submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri, saindo do juízo de admissibilidade e passando ao juízo da causa. Em plenário, o promotor de justiça acusará nos termos e limites da pronúncia, não podendo inovar em suas alegações (CAMPOS, 2015, p. 201).

Preclusa a decisão de pronúncia, o juiz presidente do Tribunal do Júri receberá os autos e determinará a intimação do Ministério Público e do defensor, para, no prazo de cinco dias, apresentarem o rol de testemunhas que irão depor em plenário, respeitando o limite de até, no máximo, cinco para cada fato criminoso. As partes também possuem o direito de juntar

documentos, desde que até três dias antes do julgamento em plenário (CAMPOS, 2015, p. 202).

A audiência para sorteio dos vinte e cinco jurados será realizada a portas abertas, entre o 15º (décimo quinto) e 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião, este ato será realizado independentemente do comparecimento das partes.

No dia da sessão do Júri, o juiz presidente verificará se a urna contém as cédulas dos vinte e cinco jurados sorteados, determinando ao escrivão proceder à chamada dos jurados presentes, comparecendo o mínimo de quinze deles (quórum mínimo), os trabalhos serão iniciados (CAMPOS, 2015, p. 212).

Escolhidos os sete jurados, o juiz e todos os presentes se levantarão e procederá a seguinte exortação: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.” Os jurados, nominalmente chamados pelo juiz, responderão: “Assim o prometo.” (art. 472 do CPP) (BRASIL, 1941).

Cada jurado receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores, que julgaram admissível a acusação, além do relatório do processo (art. 472, parágrafo único, do CPP) (BRASIL, 1941).

Iniciada a instrução em plenário, são colhidas as declarações da vítima, é feita a inquirição das testemunhas, arroladas pela acusação, e, posteriormente, das indicadas pela defesa. De modo eventual, os esclarecimentos dos peritos, acareações e reconhecimentos de pessoas e coisas, se houver requerimento das partes ou dos jurados, ocasional leitura de alguma peça e o interrogatório do réu (CAMPOS, 2015, p. 255).

Findada a instrução, iniciam-se os debates. Primeiro pelo Ministério Público, que fará a acusação, seguida pelo defensor, que realizará a defesa. Se existir apenas um réu, o tempo será de uma hora e meia para cada um deles, se for mais de um, o tempo será de duas horas e meia. Posteriormente, a acusação poderá replicar e a defesa treplicar, tendo o tempo de uma hora se



for um réu, ou duas horas, se houver mais acusados. Terminados os debates, o juiz presidente indagará aos jurados se eles estão habilitados a julgar, ou se há necessidade de mais esclarecimentos (CAMPOS, 2015, p. 296).

Concluída a instrução, sem restar qualquer esclarecimento, passam-se aos quesitos, que nada mais são do que perguntas formuladas pelo juiz presidente do tribunal, aos jurados, a respeito dos fatos narrados na denúncia e admitidos na decisão de pronúncia. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial, a fim de ser procedida a votação (art. 485 do CP).

De acordo com o artigo 483 do Código Penal, a ordem dos quesitos será: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia ou em decisões posteriores que julgarem admissível a acusação (CAMPOS, 2015, p. 339).

Antes de ocorrer a votação de cada quesito, o oficial de justiça distribuirá aos jurados cédulas dobráveis, contendo sete delas a palavra “sim” e sete delas a palavra “não”. Após esse procedimento, o juiz lerá o quesito que deve ser respondido e os jurados responderão: sim ou não. Em seguida, depois de cada resposta, o oficial recolherá em uma urna as cédulas com os votos dos jurados e, em outro receptáculo recolherá as cédulas não utilizadas (CAMPOS, 2015, p. 343).

Com o fim da votação dos quesitos na sala especial, pelo Conselho de Sentença, cabe ao juiz presidente redigir a sentença absolutória ou condenatória. O mais importante é não invadir, de qualquer forma, o mérito da decisão. Sem necessidade de relatório ou fundamentação, bastando apenas o dispositivo (NUCCI, 2015a, p. 415).

## 4 O TRIBUNAL DO JÚRI NOS ESTADOS UNIDOS

O sistema jurídico utilizado pelos Estados Unidos é o *Common Law*, adotado em razão da colonização inglesa. Esse sistema é originário das leis não escritas, sendo derivado de princípios e não somente de regras, na razão e no senso comum, determinados pelas necessidades sociais da comunidade, as quais mudam conforme a sociedade evolui. Tal instituto permaneceu mais vivo nos Estados Unidos do que na Inglaterra, uma vez que a instituição do júri é prevista pela própria Constituição dos Estados Unidos como garantia fundamental (DAVID, 2002, p. 482).

O júri norte-americano julga tanto causas criminais quanto civis, dividindo-se em grande júri, contemplado pela Quinta Emenda à Constituição americana, e em pequeno júri. O grande júri é composto por vinte e três jurados, que têm a função de investigar um caso, determinando se há provas suficientes para a comprovação da materialidade e indícios de autoria, para, posteriormente, remeter o caso a fim de que seja analisado pelo pequeno júri, o qual decidirá se é o caso de condenação ou absolvição do acusado. Frisa-se que o grande júri é um procedimento sigiloso, a cujas partes, estranhas ao corpo de jurados, não têm acesso (GRAZIOLI, 2014, p. 3).

A 6ª Emenda da Constituição prevê que “em todos os processos criminais o acusado tem direito a ser julgado por um júri imparcial do local onde o crime foi cometido.” Ainda, a 5ª e 7ª Emendas tratam do tribunal popular. Prevê a 5ª Emenda o direito de o réu ter a acusação contra ele formulada em crimes graves, especialmente, aqueles punidos com pena de morte, julgada admissível pelo grande júri (NUCCI, 2015b, p. 57).

A 7ª Emenda trata a respeito do direito ao júri nas causas civis, dispondo o seguinte texto: “Nenhum caso julgado por um júri popular poderá ser revisto por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão em conformidade com as regras do direito comum.” Apesar de conceder ao tribunal popular

certa independência, permite, expressamente, que suas decisões sejam revistas (NUCCI, 2015b, p. 58).

O júizo de admissibilidade, que no Brasil ocorre pela Pronúncia, nos EUA ocorre pelo Grande Júri (*Grand Jury*), sendo formado por eleitores da comunidade, variando a quantidade de Estado para Estado, entre 16 e 23 membros, os quais não têm como função decidir sobre a inocência ou a culpabilidade do acusado, mas acusar o infrator ou investigar o possível conhecimento do crime (TARTUCCI, 1999). Ressalta-se que o procedimento do pequeno júri se assemelha muito ao julgamento em plenário realizado pelo júri brasileiro, tendo como principal diferença a possibilidade de comunicação entre os jurados para chegarem ao veredicto e o fato de que este deve ser unânime (GRAZIOLI, 2014, p. 3).

Destaca-se que no júri americano existem duas técnicas principais: o *guilty plea* e o *plea bargain*. A primeira se constitui na possibilidade do acusado se declarar culpado, confessar espontaneamente a prática do crime, ganhando, desse modo, redução na pena fixada pelo júri; a segunda técnica consiste em um tipo de negociação entre a acusação e o réu, a fim de que este se declare culpado, ou seja, em um caso sob análise do júri a acusação propõe ao réu, sob a condição de que este confesse a prática do delito, a desclassificação de uma qualificadora ou algum outro benefício, sendo muito comum, na prática americana, a utilização dessa segunda técnica (GRAZIOLI, 2014, p. 4).

De acordo com Tucci (1999, p. 109), o mecanismo de seleção dos jurados sempre observa a respeitabilidade perante a causa e a capacidade para apreciar com isenção e adequada imparcialidade as provas colimadas pela acusação e pela defesa. A capacidade do jurado para julgar não implica conhecimento técnico, todavia, envolve critérios morais e de preparo pessoal, que qualificam o cidadão para atuar no Júri, seja homem, seja mulher. Exigências básicas prescrevem que, para ser jurado, a pessoa esteja em gozo dos direitos de cidadania; na faixa etária entre vinte e um e sessenta anos de idade; e que seja alfabetizado.

Nos Estados Unidos, em geral, ser jurado é função de honra, sendo direito de todo e qualquer cidadão que preencher os requisitos legais. O que regulamenta o Tribunal do Júri é a Constituição, estando o Processo Penal submetido a ela (RANGEL, 2015, p. 46).

Cada Estado norte-americano define a quantidade de jurados de maneira diferente, variando o tamanho do corpo de jurados e a questão da decisão por unanimidade, ou maioria de votos. Quanto ao Júri federal, este deve ser composto por 12 jurados, sendo obrigatória a decisão unânime. Há comunicabilidade entre os jurados, os quais devem discutir no sentido de absolver ou condenar o acusado, o que, segundo o doutrinador, faz com que não haja decisões arbitrárias na aplicação da lei (RANGEL, 2015).

O veredicto dos jurados precisa estar vinculado ao nexó lógico característico dos elementos probatórios submetidos à consideração em plenário. Em alguns Estados ainda permanece a tradição de o juiz fazer uma alocução explicativa aos jurados, antes do veredicto, chamando a atenção para a necessidade de uma decisão correta, em consonância com o desfecho das provas ante o livre convencimento, não esquecendo que ali será decidido o destino de uma pessoa. Por ser considerada uma interferência e pressão do juiz sobre os jurados, alguns Estados já abandonaram o ritual dessa preleção, chamado nos meios forenses de princípio *Allen Charge* (TUCCI, 1999, p. 110).

Passadas as fases de inquirição, exibição oral das provas e debates, os jurados devem se reunir em uma sala secreta e se comunicarem para chegar a uma decisão; chama-se *foreperson* o líder entre os jurados, que tem a tarefa de conduzir os passos a serem tomados para a decisão. Geralmente, o conselho de sentença somente delibera após longas reuniões a portas fechadas, que podem durar horas ou vários dias (TUCCI, 1999, p. 111).

Uma das principais diferenças entre o júri brasileiro e o Júri norte-americano é a questão da unanimidade no veredicto. No júri americano deve haver unanimidade nos veredictos, desse modo, o réu somente será declarado culpado, ou inocente, se o conselho de sentença decidir de forma unânime

o veredicto. No caso de desacordo será designado um novo julgamento, convocando-se um novo júri. Importante ressaltar que algumas jurisdições estaduais preveem a possibilidade de veredicto por maioria absoluta, respeitando o forte federalismo americano, segundo as diferentes jurisdições (GRAZIOLI, 2014, p. 5).

Contudo, no júri federal, o veredicto, obrigatoriamente, deve ser unânime. Do mesmo modo que, se na corte estadual se tratar de infrações penais graves ou punidas com a pena de morte, não se admite a maioria absoluta, somente a unanimidade (NUCCI, 2015b, p. 59).

De acordo com Nucci (2015b, p. 58), a formação do Conselho de Sentença é precedida do procedimento denominado *voir dire*, que significa a possibilidade de as partes fazerem perguntas aos jurados, sobre temas variados, de modo a conhecer, de antemão, seus posicionamentos interiores, podendo, então, recusá-los. Há recusas peremptórias (*challenge without cause*), que são limitadas. Para casos sujeitos à pena de morte, por exemplo, podem as partes recusar imotivadamente até vinte jurados cada uma (rule 24 [b] off Federal Rules of Criminal Procedure), embora o juiz presidente possa permitir um número bem maior de recusas, de acordo com seu critério (NUCCI, 2015b, p. 58).

Uma questão importante a ser realçada é que em cortes federais é permitido ao réu abrir mão de seu direito ao julgamento pelo júri, incluindo casos puníveis com a pena capital, desde que esteja devidamente aconselhado por um advogado e o faça conscientemente, além de ser necessário contar com a concordância do promotor e do juiz (NUCCI, 2015b, p. 59).

Nos Estados Unidos, o sistema impõe que juízes e promotores sejam eleitos ou nomeados pelo Poder Executivo, inexistindo concurso público para essa admissão, em que prevalece o sistema do direito costumeiro. Apesar da nítida garantia, o júri americano não tem a mesma força que o tribunal popular auferiu à Constituição brasileira. O réu, nos Estados Unidos, tem

a possibilidade de refutar esse direito, enquanto que, no Brasil, a regra constitucional é irrenunciável (NUCCI, 2015b, p. 60).

## **5 PONTOS A SEREM MODIFICADOS PARA QUE O TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO ATINJA SUA FINALIDADE**

Não há como comparar o sistema jurídico brasileiro, de uma forma geral, ao sistema jurídico americano, até porque se trata de uma questão cultural muito diferente, desde o início da colonização/povoação de cada um desses países.

Entretanto, no que se refere ao Tribunal do Júri é possível comparar, pois ambos os países adotam o modelo proveniente da Inglaterra, com algumas peculiaridades no que diz respeito à sua organização, buscando, porém atingir a mesma finalidade, qual seja, um julgamento pela sociedade local, no qual os cidadãos decidem se a conduta ali praticada é reprovável, ou aceitável (REIS, 2013). A função de jurado, no Brasil, não é um exercício de cidadania, como nos

EUA, mas um serviço obrigatório, razão pela qual o cidadão não pode se furtar à participação no júri, salvo certos casos expressos em lei. O jurado brasileiro é sorteado, dentre os cidadãos, tanto para integrar o corpo de jurados (vinte e cinco) quanto para, posteriormente, fazer parte do conselho de sentença (sete) (RANGEL, 2005).

No Brasil, os possíveis jurados constam em uma lista anual, elaborada pelo presidente do Tribunal do Júri, com base na indicação de pessoas que reúnem as condições para exercer a função de jurado, feita em atendimento à requisição do juiz por autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários. As condições para ser jurado, no Brasil, estão previstas no artigo 436 do Código de Processo Penal, são elas: ser maior de 18 anos e ter notória idoneidade (REIS, 2013).

Já nos Estados Unidos, a escolha dos jurados é feita aleatoriamente, por escriturários dos sistemas dos tribunais, mediante compilação de listas a partir do cadastro de eleitores, cadastro de licenciamentos de veículos ou mesmo de carteiras de motorista, sendo exigências básicas para ser jurado: o gozo dos direitos de cidadania, idade entre vinte e um e setenta anos, ser alfabetizado e não ter sido condenado por nenhum crime (REIS, 2013).

Ao se comparar esses procedimentos, nota-se que o Júri norte-americano atinge um julgamento mais justo e democrático, vez que, na maioria de seus Estados, os jurados precisam ter no mínimo 21 anos, uma idade razoável para julgar um igual. Ainda, a lista anual é feita de forma mais democrática, sendo somente verificado por escriturários dos sistemas, se o selecionado preenche os requisitos necessários para ser jurado (REIS, 2013).

Segundo Rangel (2005, p. 138), a escolha dos jurados deve ser feita entre todos da sociedade, mediante um processo de escolha aleatório e não predeterminado e de livre escolha pelo juiz. Os jurados devem ser chamados pela lista eleitoral da comarca, a fim de contemplar a todas as classes sociais e não apenas aos funcionários públicos e estudantes universitários como tem sido; criando, assim, um tribunal efetivamente democrático em sua formação.

Não obstante, no Brasil, o requisito para ser jurado se atém apenas ao fato de a pessoa possuir 18 anos e notória idoneidade, o que, na prática, resume-se em conferir se possui algum mau antecedente (BRASIL, 1941).

Verifica-se uma contradição jurídica a questão da idade, ao se considerar o entendimento do legislador, quando utiliza o argumento de que uma pessoa menor de 21 anos não possui formação de personalidade completa e, assim, em qualquer crime cometido por menor de 21 anos, deve-se atenuar a pena, sendo ainda considerada a rainha das minorantes. Como exemplo, colhe-se do Art. 279, inciso III do Código de Processo Penal “Não poderão ser peritos: III - os analfabetos e os menores de 21 anos.” (BRASIL, 1941). Assim, se da mesma maneira uma pessoa com menos de 21 anos, concursada ou com especialização, não pode fazer uma perícia, logo, também,

não poderia julgar um igual, já que, segundo Greco (2015, p. 654), “ainda não estão completamente amadurecidos e vivem uma das fases mais complicadas do desenvolvimento humano, que é a adolescência. Estão na verdade, numa fase de mudança, saindo da adolescência e ingressando na fase adulta.”

Ainda, uma lista de jurados anual escolhida pelo magistrado acaba elitizando a composição do conselho de sentença. O Júri deve ser composto pela sociedade em geral e não por quem um juiz julgue ser adequado, pois, dessa maneira, o grupo social que irá julgar pertencerá sempre a um grupo social já pré-selecionado, propiciando um Júri, de certa forma, parcial, na maioria das vezes.

Outro ponto bastante discutido se refere à incomunicabilidade dos jurados. Nos Estados Unidos, no que se refere à forma pela qual a decisão é tomada pelo Conselho de Sentença, importante ressaltar que não há incomunicabilidade entre os jurados, vez que estes discutem os fatos e as provas apresentadas durante a sessão, sob as orientações jurídicas dadas pelo juiz presidente, sendo debates mediados pelo jurado escolhido para ser o *foreperson*, líder entre os jurados, que tem a incumbência de conduzir na sala secreta os passos a serem tomados para a decisão (REIS, 2013).

O princípio da incomunicabilidade é o único dentre os princípios do Tribunal do Júri que não está previsto na Constituição Federal, mas sim no Código de Processo Penal, mais precisamente no seu artigo 466, §§ 1º e 2º, que dispõe:

Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 deste Código.

§ 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

§ 2º A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça. (BRASIL, 1941).



A incomunicabilidade somente diz respeito ao fato em julgamento ou a situação que possa ter repercussão na hipótese em análise pelo júri. Não se impõe aos jurados um voto de silêncio permanente, o que os submeteria a uma tortura no contato com o Poder Judiciário, que lhes estaria impedindo de proceder a qualquer forma de comunicação (TASSE, 2008).

Em favor da legitimidade do julgamento, por se tratar de uma instituição democrática, o correto seria ocorrer uma discussão prévia entre os jurados, na presença tão somente do juiz da causa, para garantir a manutenção do normal desenvolvimento dos debates entre eles, o que poderia acontecer numa sala onde permanecesse preservada a privacidade dos componentes do conselho, a fim de que, democrática e conciliatoriamente, todos chegassem a um consenso, o que decerto imprimiria mais força impositiva e de convencimento à decisão dos jurados (OLIVEIRA, 2009).

Nada poderia ser mais proveitoso do que esse encontro privado entre os jurados para troca de ideias e impressões sobre a causa, desde que não ocorressem coações. As soluções de consenso evitam, normalmente, os exageros acusatórios e as franquias irresponsáveis, gerando um forte sentimento de responsabilidade à atividade do jurado, como expressão não apenas de uma convicção pessoal, mas comunitária, que se guarda o veredicto (TUCCI, 1999, p. 287).

O Estado Brasileiro, em razão do exposto no Art. 1º da Constituição Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito, sendo que a incomunicabilidade imposta aos jurados retira-lhes a possibilidade de deliberarem sobre a causa, não se refletindo na realidade democrática adotada pela norma constitucional, espelhando uma realidade histórica anterior, autoritária, despótica e repressora (LUCINDO, 2009, p. 43).

A incomunicabilidade do conselho de sentença impede que os fatos sejam debatidos amplamente pelos jurados, a fim de que se chegue, democraticamente, a uma decisão mais representativa, evitando-se o arbítrio e

decisões estigmatizadas, o que não deixa de ser um contrassenso à democracia, principal fundamento do julgamento pelos pares (LUCINDO, 2009, p. 44).

Segundo Rangel (2005, p. 93), a justificativa de que a incomunicabilidade é necessária, para que um jurado não venha a influir no voto do outro, é falsa e desprovida de sentido e explicação histórica. Trata-se de uma medida arbitrária que não espelha a realidade do significado do tribunal do júri, enquanto instituição democrática, muito menos, hoje, alcança o estágio de civilidade vivido pelos cidadãos brasileiros.

A esta altura, resta claro que a incomunicabilidade do júri e o sigilo das votações não se confundem, em razão de a primeira ser interna ao Conselho de Sentença e voltar-se à ausência de expressão verbal entre os jurados durante o julgamento, para que decidam segundo suas íntimas convicções. Quanto ao sigilo das votações, é externo, para o público e para as partes, cabendo a tarefa de evitar que os jurados sofram qualquer tipo de pressão externa, como ameaças, perseguições e chantagens, no sentido de perturbar sua livre manifestação (LUCINDO, 2009, p. 42).

Um ponto que vale a pena frisar é que o julgamento pode demorar de poucas horas a alguns dias. Se for demorar mais de um dia, os jurados são hospedados pelo poder público em hotéis ou estabelecimentos congêneres. Serão sempre acompanhados por oficiais de justiça, responsáveis por fiscalizar a incomunicabilidade dos jurados (MARTINS, 2012).

Assim, fica evidenciada que a incomunicabilidade, além de ser contrária à democracia, gera transtornos, pois é necessária a supervisão de um servidor, o que gera desconforto tanto para os jurados quanto para o próprio oficial de justiça (MARTINS, 2012).

Não há dúvida, portanto, de que há no júri expresse exercício de poder que, como tal, deve ser democrático, sob pena de invalidar a decisão dos jurados. Logo, não basta uma decisão ser apenas por maioria, ela precisa estar comprometida com a liberdade do outro, ou seja, deve haver um compromisso

ético na decisão, que somente será alcançado pela plena comunicação entre o conselho de sentença (RANGEL, 2005).

A formação do Conselho de Sentença se atém somente aos impedimentos previstos nos artigos 448 a 451 do Código Penal, que dispõe:

Art. 448. São impedidos de servir no mesmo Conselho: I – marido e mulher; II – ascendente e descendente; III – sogro e genro ou nora; IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio; V – tio e sobrinho; VI – padrasto, madrasta ou enteado.

§ 1o O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar.

§ 2o Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados.

Art. 449. Não poderá servir o jurado que:

- tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;
- no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;
- tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.

Art. 450. Dos impedidos entre si por parentesco ou relação de convivência, servirá o que houver sido sorteado em primeiro lugar.

Art. 451. Os jurados excluídos por impedimento, suspeição ou incompatibilidade serão considerados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão. (BRASIL, 1941).

Assim, preenchendo os requisitos do artigo 436 do CPP e não se enquadrando nas hipóteses supramencionadas, o indivíduo está apto a ser jurado, não sendo exigido mais nada, e sem qualquer outra análise, podendo apenas a defesa e o Ministério Público recusarem três, cada parte, sem motivar a recusa (BRASIL, 1941).

A constituição do Conselho de Sentença guarda alguma similaridade quando analisada a possibilidade de recusa dos jurados. Nos Estados Unidos,

durante a escolha dos jurados, que irão efetivamente compor o grupo que julgará a causa, é possível a recusa de pretensos jurados, dependendo da concordância do juiz

presidente, que inquirirá o candidato a respeito de sua disposição, capacidade para atuar no julgamento e se é moralmente idôneo para decidir de modo justo, rejeitando-se pessoas tendenciosas e com juízo pré-formado. Essa circunstância não é encontrada no Brasil, todavia, as partes poderão se insurgir, de maneira ilimitada, contra os jurados sorteados, alegando impedimento, suspeição ou incompatibilidade, que serão decididas de imediato pelo juiz presidente (REIS, 2013).

Nos Estados Unidos, os cidadãos são convocados para se apresentar no tribunal perante o juiz e os advogados das partes. Quando os possíveis jurados comparecem, eles são submetidos a um processo chamado de *Voir Dire*, expressão de origem anglo-normanda, em latim conhecida como *verum dicere*, isto é, “dizer o que é verdadeiro”, em outras palavras, “o que implica verdade” ou “reúne verdade em sua essência.” (BALIARDO, 2010).

Esse procedimento busca excluir do grupo de possíveis jurados aqueles cidadãos que aparentam ser parciais por algum motivo. No *Voir Dire* eliminam-se os cidadãos que conhecem alguma das partes do litígio, ou que já possuem uma opinião pré-fixada a respeito do caso. Nessa fase, os advogados, promotores e o juiz fazem perguntas aos jurados, e podem eliminar um número ilimitado de jurados (CAMPOS, 2014).

O ideal seria a implantação de uma audiência preliminar, com os 25 possíveis jurados para compor o Conselho de Sentença, onde as partes – Acusação e Defesa – conseguissem interrogar os possíveis candidatos a jurados, a respeito de questões pessoais não relacionadas ao processo, avaliando suas características e, caso fosse constatada a pessoa como tendenciosa ou parcial, esta não deveria fazer parte do julgamento.

## 6 CONCLUSÃO

O Tribunal do Júri é uma instituição popular e democrática, em se tratando de uma forma de participação popular, na administração da Justiça, realizada por pessoas do povo. Na sua origem, o Tribunal do Júri refletia uma realidade autoritária, pois prevalecia a vontade do soberano e da nobreza, sendo o povo submetido à vontade de seu governante.

No Brasil, o Tribunal do Júri surgiu no Império, tempo em que a incomunicabilidade visava evitar pressões e influências externas, até porque o povo estava submisso às regras ditas pelo imperador e, caso a decisão tomada fosse contrária ao que agradava o governante, havia grandes chances de sofrer retaliações. Decorre que desde a criação até os tempos atuais houve várias reformas procedimentais no Tribunal do Júri, que acarretaram perda ao caráter democrático.

Nos dias de hoje, ao se considerar toda a evolução, desde a implantação do Tribunal do Júri no Brasil, em 1832, participar dos julgamentos, na função de jurado, é uma forma de exercício da cidadania, sem correr o risco de represália, haja vista que a lei se tornou igual para todos, sendo o Princípio da Igualdade um dos mais importantes da Constituição Federal, previsto no seu artigo 5º, *caput*.

A real finalidade do Tribunal do Júri é aumentar o direito de defesa do acusado, servindo como garantia individual a todos que cometerem crimes dolosos contra a vida, permitindo que sejam julgados por seus pares, com julgamento específico a cada caso. Deve-se reforçar que essa decisão tomada pelo Conselho de Sentença não está ligada à legislação existente, mas sim pela íntima convicção do jurado.

Contudo, para a decisão do conselho de sentença ser democrática, não basta que atinja somente a maioria dos votos. O assunto necessita da soma de cinco requisitos: a representatividade dos jurados; comunicabilidade

do júri; decisão por maioria de votos; maturidade para julgar; e, compromisso ético com a sociedade.

A comunicabilidade, portanto, é exercício de democracia processual pelo qual o outro será julgado, por meio de seus pares, com a ética devida e necessária. O fato de um jurado poder influenciar outro, durante o debate da causa, não pode, por si só, impedir o exercício da linguagem. Tal influência, se houver, é fruto do sistema democrático de que o poder emana do povo, e em seu nome é exercido, pois a eleição comum de candidato a cargo público também está sujeita a tal influência e nem por isso perde seu caráter de representatividade popular. No júri, quanto maior for a discussão da causa, mais representativa será a decisão dos jurados.

Em outras situações de representação direta do povo, na democracia, como o referendo, o plebiscito e até mesmo as eleições, o que mais existe é a comunicação entre as pessoas, muitas vezes até mesmo debates, pois não há nada mais democrático do que expressar a própria opinião e entender a opinião do outro, estabelecer comunicação em geral. Não existe democracia possível sem que o indivíduo possa exercer, plenamente, seus direitos constitucionais. Do contrário, o exercício do poder não tem legitimidade.

A formação do conselho de sentença com todos os seguimentos sociais, tem o fim de obter, ao máximo, uma decisão que espelhe o sentimento da coletividade, sem preconceitos. Júri é democracia em toda sua dimensão, ou seja, nele são reunidas as condições necessárias para que a sociedade possa conhecer os fatos, por intermédio de todos os seus representantes, externando suas experiências e vivências possíveis. Por isso, a comunicação entre os jurados é o que funda sua existência e manutenção.

Ainda, é totalmente contraditório dizer que o indivíduo que completou 18 anos está pronto para entender todo o contexto de uma situação na qual ocorreu um crime doloso contra a vida, já que há o entendimento de que, na faixa etária entre 18 e 21 anos, o sujeito ainda não possui a maturidade

necessária, razão pela qual deve receber o beneplácito do juiz, no momento em que fixar a pena, decorrente de sua condenação de qualquer crime.

Como se não bastasse, o Código de Processo Penal veda que o menor de 21 anos seja perito, condição esta que se atém somente à questão do saber técnico, não sendo relevante o nível de maturidade para se passar em uma prova de conhecimentos específicos ou para fazer um laudo científico.

Assim, deve-se exigir o mínimo de maturidade e de experiência de vida para uma pessoa decidir e julgar os fatos cometidos por outrem, em um contexto social que se refletirá na comunidade onde ocorreu o crime.

Outrossim, ao se considerar o caráter democrático da instituição e a relevante importância do instituto, já que a decisão é tomada por pessoas leigas, o melhor a se fazer é uma prévia audiência a fim de conhecer as características pessoais dos jurados envolvidos, para que na formação do Conselho de Sentença não haja candidatos com juízos pré-formados, até porque, na maioria dos júris, a mídia influencia, significativamente, a opinião popular. O jurado deve se ater ao contexto fático ocorrido e baseado na apresentação em plenário, juntamente com os outros jurados que compõem o Conselho de Sentença, visando decidir se a conduta foi reprovável ou não.

É visível que o legislador errou na maneira de como proceder à escolha dos jurados. As mudanças processuais empreendidas pela Lei n. 11.689/08 modificaram apenas superficialmente a forma pela qual ocorre a inserção dos jurados no Tribunal do Júri, pois não há nenhum sentido cívico na participação deles. Eles são inseridos em uma cadeia de procedimentos burocratizados, cujo objetivo é fazer as coisas acontecerem.

Em 1941, na criação do Código de Processo Penal, era possível que a lista anual de jurados fosse feita de pessoas que o juiz presidente considerasse íntegras. Com toda a mudança social, nos tempos atuais, ser jurado não é uma questão de honra, mas uma simples função necessária a se cumprir, para que não se tenha que pagar a pena de multa.

Outro ponto importante, é que a lista anual é composta por pessoas que o juiz presidente escolhe, fazendo com que o julgamento nem sempre seja realizado pelos pares, vez que a discrepância entre os grupos sociais no Brasil é bastante acentuada, e, na 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. Razão pela qual a escolha da lista anual de jurados deve ser feita de modo aleatório, sendo somente verificado por escriturários dos sistemas se o selecionado preenche os requisitos necessários para ser jurado.

O exercício efetivo da função de jurado constitui-se em serviço público relevante, estabelecendo presunção de idoneidade moral e assegurando prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo. Constitui-se, também, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e nos provimentos, mediante concurso de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária, benefícios acadêmicos, em conformidade com os critérios adotados pela instituição de ensino.

Assim, para que se chegue, efetivamente, a um Tribunal do Júri verdadeiramente democrático e justo, são necessárias algumas mudanças, começando pelo critério da idade para ser jurado, devendo o candidato possuir, ao menos, 21 anos, idade em que se deduz maturidade suficiente para entender o contexto social. Pode-se iniciar com a elaboração de uma lista anual de forma aleatória, de modo que possa abranger todas as classes sociais; posteriormente, com a implantação de uma audiência prévia, na qual acusação e defesa possam entrevistar os 25 jurados que podem vir a compor o Conselho de Sentença, e, por fim, a permissão de comunicabilidade entre os jurados na hora de deliberarem.



O Tribunal do Júri Americano deve servir de parâmetro para o Júri Brasileiro nessas questões. Nos Estados Unidos, ser jurado é função de honra e antes da escolha do Conselho de Sentença, os jurados são previamente entrevistados, para que tanto a acusação quanto a defesa, ou o juiz presidente, consigam identificar se há chances de que o jurado corra risco de não ser imparcial, ou motivar sua decisão em fundamento preconceituoso.

Essas mudanças seriam perfeitamente possíveis, pois o Tribunal do Júri é uma instituição jurídica brasileira prevista na Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XXXVIII, ou seja, uma garantia individual, que por expressa vedação do art. 60, § 4º, IV, não pode ser retirada do ordenamento jurídico nacional. Entretanto, já ocorreram diversas reformas, já que está regulamentado pelo Código de Processo Penal, por se tratar de uma lei ordinária.

Por fim, o que se visualiza é que o procedimento do Tribunal do Júri efetiva a participação do povo de maneira direta, porém, do modo como se organiza, o julgamento não é realizado pelos seus iguais. Portanto, os requisitos supramencionados podem fazer com que essa instituição atinja sua finalidade por inteiro, validando a democracia e os direitos constitucionais e processuais penais garantidos ao réu.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Ferraz de. Ninguém quer ser jurado: uma etnografia da participação dos jurados no Tribunal do júri de Juiz de Fora/MG. *Confluências: Revista interdisciplinar de Sociologia e Direito, Reino Unido*, [s. l.], v. 3, n. 16, p. 244-273, 10 out. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Ioná TCC/379-1164-1- PB.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ALMEIDA, Ricardo Vital de. *O júri no Brasil. Aspectos constitucionais – Soberania e democracia social*. Leme: Edijur, 2005. p. 57.

BALIARDO, Rafael. Ação do júri: 90% dos Júris acontecem nos Estados Unidos. *Consultor Jurídico*, São Paulo: Dublê Editorial, 28 out. 2010. Mensal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-out-28/estima-90-tribunais-juri-acontecem-estados-unidos>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. Origem, história, principiologia e competência do tribunal do júri. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 86, mar. 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9185](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9185). Acesso em: 10 maio 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONFIM, Edilson Mougenout. *Curso de Processo Penal*. 4. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORBA, Lise Anne de. Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2695>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2017.

CAMPOS, Diego Borghetti de Queiroz. *O Tribunal do Júri e suas Decisões Enviadas no Brasil e nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014. 14 f. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2014/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Diego Campos.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Diego Campos.pdf). Acesso em: 20 abr. 2018.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 18. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. *Democratização do Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CUNHA, Rogério Sanches. *Processo Penal: Doutrina e Prática*. São Paulo: Jus Podivm, 2008. 152 p.

CUNHA, Thayssa Pogorzelski da. *Tribunal do júri: sistema democrático ou inquisitorial*. 2017. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/User/Desktop/Ioná TCC/TCC Thayssa.pdf. Acesso em: 23 abr. 2018.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEZEN, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESTEFAM, André. *O Novo Júri – Lei n. 11.689/2008*. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2009.

FEITOSA, Maria Izabel Ribeiro. *Jurados e tribunal do júri*. 2010. 46 f. Monografia (Especialização em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/JURADOS-E-TRIBUNAL-DO-JURI.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *O ritual judiciário do tribunal do júri*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

GRAZIOLI, Maria Carolina Wandekoken. O tribunal do júri: um estudo comparado. In: Fórum Científico da Fema, 8., 2015. *Anais [...]* Assis: Fundação Educacional do Município de Assis, 2015. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1111400221P594.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios (coord.). *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, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Salvador: Jus Podvim, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUCINDO, Micheline Amorim. *A incomunicabilidade dos jurados no tribunal do júri brasileiro: a possibilidade de deliberação pelo conselho de sentença*. 2009. 54f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/265/3/20782626.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1997.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri: doutrina, jurisprudência, questionários, roteiros práticos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Jesus Nazareno Lopes. *Tribunal do Juri passo a passo*. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Integrada do Ceará, Ceará, 2012. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAqQoAL/tribunal-juri-passo-a-passo>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MORE. *Mecanismo online para referências*. Versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: <http://www.more.ufsc.br/>. Acesso em: 7 out. 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processos*. São Paulo: Atlas, 1999.

NASSIF, Aramis. *O novo júri brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015a.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. xii, 1514 p.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Tribunal do júri popular nas constituições*. [S. l.: s. n.], 2010. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/juri1.html>>. Acesso em: 18 abr. 2018.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14. ed. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2015.
- PEREIRA, José Ruy Borges. *O Plenário do júri: manual do profissional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: Procedimentos e Aspectos do Julgamento – questionários*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RANGEL, Paulo. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do Conselho de sentença no tribunal do júri brasileiro*. 2005. 141 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009451.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2015. 308 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ementa n. 70045755931*. Acr 70045755931/rs. Porto Alegre, 28 mar. 2013. Disponível em: <https://tjs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112696705/apelacao-crime-acr-70045755931-rs/inteiro-teor-112696716>. Acesso em: 29 set. 2017.

REIS, Wanderlei José dos. O Júri no Brasil e nos Estados Unidos: algumas considerações. *Ibrajus – Revista Jurídica on-line do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário*, Curitiba, 21 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=275>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

SANCHES, Rogério Cunha. *Processo Penal Doutrina e Prática*. São Paulo: Juspodium, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. 1432 p.

SARTÓRIO, Milton Tiago Elias Santos. *A exigência da capacidade processual para ser jurado no tribunal do júri*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1314/1254>. Acesso em: 18 abr. 2018.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. *Tribunal do júri: o novo rito interpretado*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Thiago Hanney Medeiros de. *Seleção dos jurados no tribunal do júri segundo o direito brasileiro*. 2013. 24 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5669/1/000454372-Texto+Parcial-0.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. 183 p.

TASSE, Adel El. *O novo rito do tribunal do júri: em conformidade com a Lei 11.689, de 09.06.2008*. Curitiba: Juruá, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando. Pode o juízo revidendo absolver o réu condenado pelo Tribunal do Júri? *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 11, n. 73, p. 75-83, maio 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FRENTE À RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Mayara Smaniotto<sup>1</sup>  
Alessandra Franke Steffens<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como principal objetivo analisar a execução provisória da pena sob o prisma da relativização do princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, com viés dedutivo, dedicando-se aos problemas analítico-conceituais dos direitos fundamentais, dos princípios jurídicos, da colisão de direitos fundamentais, do princípio da presunção de inocência e da execução provisória da pena. Na jurisprudência prevalecia a orientação da possibilidade do início da execução da pena após o recurso em segunda instância. Todavia, esse entendimento passou por uma significativa alteração no ano de 2009, quando se considerou impossível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença. Ocorre que, no de 2016, reconheceu-se novamente possível a prisão após confirmação por tribunal de segundo grau, com o fundamento de que o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Devido a isso, esse artigo pretende demonstrar que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado, justifica-se, sobretudo, na relativização do princípio da presunção da inocência, importando em restrição legítima de um direito fundamental.

**Palavras-chave:** Execução provisória da pena. Princípio da presunção de inocência. Direitos fundamentais. Relativização.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; mayarasmaniotto@hotmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Direito Privado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora no Curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste e Pinhalzinho; alessandra.steffens@unoesc.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará a execução provisória da pena de acordo com a relativização do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. O tema torna-se relevante na medida em que o histórico jurisprudencial oscila sobre a possibilidade ou impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

As constantes alterações de entendimento são demonstradas, pois, desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, até o ano 2009, vigeu a máxima que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição. O principal fundamento era que os recursos especial e extraordinário não desfrutavam de efeito suspensivo e não se prestam a rever condenações, já que não há qualquer reexame dos fatos e provas.

Todavia, em julgamento realizado em 2009, o entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias do réu.

No ano de 2016, em meio a diversas discussões doutrinárias e jurisprudências sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal afetou novamente a matéria e alterou seu posicionamento no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, fundamentando que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, ou seja, que a execução provisória da pena não viola o direito fundamental da presunção de inocência.

O que o presente artigo busca expor, consoante com o novo entendimento jurisprudencial, é que não há garantias ou direitos absolutos. Portanto, a relativização do princípio constitucional da presunção de inocência importa em restrição legítima de um direito fundamental.

Para tanto, será estudado o tema dos direitos fundamentais, analisando a relatividade desses direitos, no que consiste o seu suporte fático, as teorias interna e externa e as restrições baseadas em princípios.

Posteriormente, será abordado o tema dos princípios jurídicos, com a definição do que é princípio para o direito, a normatividade dos princípios, as distinções entre regras e princípios, os conflitos entre normas e, na sequência, a principal forma de controle das restrições a direitos fundamentais, consistente na máxima da proporcionalidade.

Após, será aprofundado no que consiste o princípio da presunção de inocência e sua previsão no ordenamento nacional e, ao final, será exposto o histórico da jurisprudência acerca da execução provisória da pena, com as principais alterações sobre o tema, dentre elas, o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, destacando-se os principais argumentos apresentados pela Suprema Corte.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A definição do que é direito fundamental é apresentada por Marmelstein (2011, p. 20) da seguinte forma:

os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, a teoria dos direitos fundamentais alcançou prestígio com a edição da Constituição Federal de 1988. O autor explica que a nossa Constituição “pretendeu sepultar o cadáver autoritário da ditadura militar e representou, para os brasileiros, a certidão de nascimento de uma democracia tardia.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 68).

Dentro do texto constitucional, os direitos fundamentais estão estampados entre os artigos 5º a 17 da Constituição Federal de 1988 (MARMELSTEIN, 2011, p. 69). Portanto, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, é considerado como uma norma de direito fundamental.

## 2.1 A RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da importância dos direitos fundamentais no sistema jurídico, até porque “eles foram considerados como cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emendas constitucionais” (MARMELSTEIN, 2011, p. 69), é possível crer, em um primeiro momento, que eles sejam absolutos. No entanto, é plenamente possível a limitação dos direitos fundamentais.

Nos ensinamentos de Moraes (2010, p. 32-33), “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos consagrados pela Carta Magna.”

No mesmo sentido, Barroso (2009, p. 329) afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Na lição de Sarmiento (2006, p. 293), os direitos fundamentais podem sofrer restrições:

apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. Colhe-se da jurisprudência:

[...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...] (MS 23452, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

No caso de haver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, Moraes (2010, p. 33) explica:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando sacrifício total de uns em relação as outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

As situações que envolvem a colisão de direitos fundamentais são de complexa solução. Tudo depende das informações do caso concreto, de modo que o meio adequado de solução parte da ponderação. O resultado da ponderação vai esclarecer qual direito ou garantia se sobrepõe ao outro (MARMELSTEIN, 2011, p. 402-403).

Marmelstein (2011, p. 403) sustenta que a colisão dos direitos fundamentais “decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são enunciados quase sempre através de princípios.” O autor justifica que os princípios, ao contrário das regras, “estabelecem diversas obrigações que são cumpridas em diferentes graus.” Logo, não são absolutos, “pois o seu grau de aplicabilidade dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente.”

O autor ainda pondera que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 29, reconhece que os direitos ali estabelecidos são relativos, uma vez que podem ser limitados no intuito de satisfazer às exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar em uma comunidade democrática (MARMELSTEIN, 2011, p. 405).

Alexy (2011, p. 111) discorre que “é fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais”:

princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios



absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.

Dessa forma, considerar os direitos fundamentais como princípios significa, portanto, aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que eles são passíveis de limitações. No mais, é possível concluir que a colisão entre direitos e limitação deles em algumas situações resulta na restrição a direitos fundamentais. Não obstante, para entender a forma como ocorrem essas restrições, é preciso abordar no que consiste o suporte fático de um direito fundamental, bem como no que se baseiam as teorias interna e externa e as restrições baseadas em princípios.

## 2.2 O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira distinção importante quando se fala no conceito de suporte fático é aquela entre suporte fático abstrato e concreto. Silva (2010, p. 67) explica que o suporte fático abstrato representa fatos ou atos previstos na hipótese normativa, cuja realização ou violação decorre uma determinada consequência jurídica. Já o suporte fático concreto, diretamente ligado ao abstrato, representa a ocorrência prática de fatos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou. Conforme Moraes (2010, p. 356) o suporte fático concreto “é a ocorrência daquilo que estava previsto no texto legal.”

Silva (2010, p. 68) afirma que “as consequências do que se entende por suporte fático e, sobretudo, de sua extensão são enormes e de vital importância na teoria e na prática dos direitos fundamentais..Isso porque, essas consequências vão além de incluir ou excluir determinada conduta do suporte fático de um direito.

Conforme Silva (2010, p. 68):

a forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a colisão entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático.

Para definir, então, o suporte fático de um direito fundamental, o autor aduz que é preciso responder a quatro perguntas importantes: “O que é protegido? Contra o quê? Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? O que é necessário ocorrer para que a consequência possa ocorrer também?” Para isso, é necessária uma análise mais detalhada dos seus componentes, como o âmbito de proteção, a intervenção estatal e a sua composição (SILVA, 2010, p. 71-72).

O âmbito de proteção de um direito fundamental é, primeiramente, o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental, sendo que bens protegidos são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa. Trata-se, portanto, daquilo que define o que é protegido por uma norma de direito fundamental, como, por exemplo, a vida e a liberdade. O suporte fático, posteriormente, somente é preenchido se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo. O conceito de suporte fático, por fim, é composto pela soma dos dois elementos, o âmbito de proteção e a intervenção. Além dos dois elementos, tem-se a fundamentação constitucional, cuja ausência daria ensejo a consequência jurídica do direito fundamental (SILVA, 2010, p. 72-74).

Além disso, há duas teorias que discorrem sobre a amplitude ou extensão do suporte fático dos direitos fundamentais: a teoria do suporte fático restrito e a teoria do suporte fático amplo.

Para Silva (2010, p. 79-80), a principal característica da teoria do suporte fático restrito é a não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que, em abstrato, poderiam ser incluídas no âmbito de proteção destas normas. O autor destaca que em todas as formas de argumentação baseadas no suporte fático restrito “não há que se falar em restrição a direitos fundamentais e, sobretudo, não há espaço para se falar em sopesamento entre princípios.” (SILVA, 2010, p. 80).

Para definir o conteúdo do suporte fático restrito, ou seja, para excluir, primeiro, determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais, são usadas várias estratégias e conceitos. O que todas elas costumam ter em comum, no geral, são: a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 82).

Por sua vez, segundo Silva (2010, p. 109) definir o que é protegido pelo suporte fático amplo é menos problemático do que pelo suporte fático restrito. Em se tratando de suporte fático amplo, Silva (2010, p. 110) entende que é necessário definir o que é protegido *prima facie* e o que é protegido definitivamente. O autor afirma que direitos *prima facie* são aqueles protegidos integralmente pela norma de direito fundamental, todavia, isso não significa que tais direitos são absolutos, pois o âmbito de proteção, de acordo com essa teoria, define apenas o amparo *prima facie* de um direito e poderá sofrer restrições (SILVA, 2010, p. 110).

Em relação ao suporte fático amplo, Alexy (2011, p. 326) destaca que a proteção expandida não é necessariamente do direito definitivo, mas do direito *prima facie*, o que aumenta o número de casos solucionados por meio de um sopesamento entre uma razão, presente no âmbito do suporte fático, e proteção constitucional e razão, presente no âmbito das restrições.

Apesar de essa teoria sofrer algumas críticas, Alexy (2011, p. 238) conclui que a teoria ampla do suporte fático apresenta algumas vantagens, inclusive porque possibilita a argumentação substancial por meio da máxima

da proporcionalidade, nos casos em que existir incerteza acerca da proteção ou da não proteção constitucional.

Silva (2010, p. 244) acrescenta que “a aceitação de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais implica numa extensão do âmbito de proteção de todos os direitos fundamentais e do conceito de intervenção estatal.” A extensão do âmbito de proteção, conseqüentemente, aumenta o número de colisões entre direitos fundamentais, as quais somente podem ser resolvidas por meio de sopesamento ou pela aplicação da regra da proporcionalidade.

### 2.3 AS TEORIAS EXTERNA E INTERNA E AS RESTRIÇÕES BASEADAS EM PRINCÍPIOS

De acordo com o que foi visto anteriormente, um modelo que amplia a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve estar pronto para enfrentar um problema decorrente dessa expansão: a colisão entre direitos e a necessária restrição deles em algumas situações (SILVA, 2010, p. 126). Por isso, ligado à questão da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais está o problema da relação entre os direitos e seus limites e restrições. Nesse aspecto, da Silva (2010, p. 127) ensina que há dois enfoques principais a serem discriminados: as teorias interna e externa.

De acordo com a teoria interna, a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatos externos e, principalmente, não sofre influência de eventuais colisões. Conclui-se que “direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras” e, por isso, não podem participar do processo de sopesamento (SILVA, 2010, p. 129).

A diferença entre a teoria interna e a teoria externa é que esta última pressupõe, em quase todos os casos, a necessidade de restrição a direitos fundamentais. Já a teoria interna, utiliza o conceito de limite para rejeitar essa necessidade. “A contraposição entre definição de limites, de um lado,

e a imposição de restrições, de outro, explicita as diferenças entre os dois enfoques.” (SILVA, 2010, p. 131).

Conforme Silva (2010, p. 131) a teoria interna admite que os direitos fundamentais não são absolutos e recorre à ideia de limites imanentes, que significa esses direitos têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria Constituição.

Além disso, Silva (2010, p. 132-133) explica que a diferença entre os limites imanentes e as restrições a direitos fundamentais decorrente de colisões pode ser percebida pelo binômio declarar/constituir:

Enquanto no caso de colisões se constituem novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata de limites imanentes o que a interpretação constitucional faz é a apenas declarar limites previamente existentes. [...] O grande problema da teoria dos limites imanentes é a definição do que é protegido (= dentro dos limites imanentes) e do que não é protegido.

Por sua vez, ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanentes), a teoria externa divide esse objeto em dois: o direito em si e, separado dele, as suas restrições. Essa diferença, em que pese pareça insignificante, tem consequências, em especial, porque com base “nessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade.” (SILVA, 2010, p. 138).

Sobre a importância da teoria externa, Silva (2010, p. 138) esclarece:

[...] somente a partir do paradigma da teoria externa – segundo o qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no *conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu *exercício* – que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor do outro não tem afetadas a sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*.

Outrossim, há estreita ligação entre a teoria externa e a teoria dos princípios.

A teoria dos princípios assegura que os “direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*”. O suporte fático da norma de direito fundamental, que tem a estrutura de princípio, “é o mais amplo possível”.

Como consequência, a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio. “Essas normas constituem, portanto, as restrições ao direito fundamental garantido pelo princípio em questão.” (SILVA, 2010, p. 139). O autor avança:

Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria ideia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade da existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, [...] entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe. (SILVA, 2010, p. 140).

Assim, o direito definitivo não é definido internamente. Apenas no caso concreto, após sopesamento ou aplicação da regra da proporcionalidade, é que é possível definir o que definitivamente vale. Logo, a definição do conteúdo definitivo do direito é definida “partir de fora”, considerando as condições fáticas e jurídicas existentes. Todavia, essa restrição a partir de fora, pode ocorrer de duas formas: restrição por meio de regras e restrição por meio de princípios (SILVA, 2010, p. 140141).

As restrições a direitos fundamentais são, no sentido material, baseadas sempre em princípios. Como já visto, as restrições ocorrem em razão do choque entre dois ou mais princípios. Todavia, no sentido formal, as

restrições podem ocorrer de diversas formas, uma vez que pode ser que não haja uma regra na legislação infraconstitucional que discipline a colisão entre princípios. Ou seja, “pode ser quem em uma dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador.” (SILVA, 2010, p. 142-143).

Caso isso aconteça, Silva (2010, p. 143) ilustra que cabe ao juiz, analisando o caso concreto, decidir qual princípio prevalecerá. Assim, essas restrições não encontram um fundamento em uma regra da legislação infraconstitucional e são, portanto, realizadas por meio de decisões judiciais baseadas em princípios.

À face do exposto, a primeira parte do presente trabalho ponderou que é possível a restrição de direitos fundamentais. Viu-se que os princípios desempenham papel fundamental nessas restrições. Agora, para melhor compreender a restrição dos direitos fundamentais enquanto princípios é preciso assimilar no que consistem os princípios, o que permitirá, após, abordar a principal forma de controle a direitos fundamentais.

### **3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS**

Neste tópico, será abordado o tema princípios jurídicos, com o conceito do que é princípio para o direito, se os princípios são normativos, a distinção entre regras e princípios e como são solucionados os conflitos entre normas.

#### **3.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO NO DIREITO**

Delgado (2011, p. 181) refere que princípio traduz a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

Reale (2003, p. 37) aduz que os princípios direcionam o ordenamento jurídico:

princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Os princípios também podem ser compreendidos como uma exigência da justiça. Nesse sentido, Dworkin (2002, p. 36):

denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

O doutrinador Reale (2003, p. 305) ainda discorre sobre a amplitude da função integradora dos princípios:

a nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. [...] Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para a proteção dos direitos adquiridos, etc.



Desse modo, conclui-se que os princípios são elementos componentes do direito e que a violação de um princípio é mais gravosa do que a violação de uma regra, tendo em vista que não ofende apenas um mandamento obrigatório, mas a todo um sistema. Todavia, à medida que este artigo avança, será possível perceber que os princípios podem sofrer certas restrições em determinadas situações concretas.

### 3.2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Atualmente, no pensamento jurídico contemporâneo “existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, norma jurídica”. Assim, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, tem eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas (ESPÍNDOLA, 2002, p. 60).

A normatividade dos princípios, acentuando-se o caráter de norma jurídica, foi muito bem definida por Crisafulli (1952, p. 15 apud BONAVIDES, 1996, p. 230):

Princípio é, com todo efeito toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determina, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivadas, sejam, ao contrário apenas dedutíveis do respetivo princípio geral que as contém.

Denota-se, em especial pela definição de Crisafulli, que a normatividade não decorre apenas dos princípios positivados no ordenamento

jurídico, mas também daqueles usados pela doutrina ou jurisprudência no ato de aplicar o direito.

Contudo, a normatividade hoje atribuída aos princípios jurídicos, tanto no campo teórico quanto normativo, não surgiu de um dia para outro, foi necessária muita discussão na doutrina, que formou uma nova concepção, chamada de ótica pós-positivista do direito contemporâneo (ESPÍNDOLA, 2002, p. 62-63).

Conforme lição de Bonavides (1996, p. 232), a normatividade dos princípios passou por três fases distintas: o jusnaturalismo, o juspositivismo e o póspositivismo.

A fase jusnaturalista posiciona os princípios jurídicos em esfera abstrata e metafísica em que eram reconhecidos como inspiradores de um ideal de justiça. Assim, os princípios ocupavam uma função meramente informativa, mas sem qualquer eficácia normativa. Eram, em definitivo, “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.” (BONAVIDES, 1996, p. 232 e 234).

Na segunda fase, no juspositivismo, os princípios entraram nos Códigos como fonte normativa subsidiária dos textos legais. Eles não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não pudessem prever. Os princípios eram, portanto, fontes de integração do direito, quando ocorriam vazios legais (BONAVIDES, 1996, p. 235-236 apud ESPÍNDOLA, 2002, p. 63).

Na última fase, o pós-positivismo, Bonavides (1996, p. 237) que os princípios foram positivados nos textos constitucionais e conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do direito.

Bonavides (1996, p. 265) sintetiza que após as duas primeiras fases os princípios chegaram à fase do pós-positivismo com os seguintes resultados:

a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito,

com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivativa (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra, sobretudo das Constituições; **a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma**, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (grifo nosso).

Vê-se que um dos resultados da evolução da aplicabilidade nos princípios no ordenamento jurídico foi a sua distinção em relação às regras. Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas, Alexy (2011, p. 87) instituiu a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito, que será esclarecida nos próximos tópicos.

### 3.3 DISTINÇÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme Alexy (2011, p. 85), o mais importante para a definição dos direitos fundamentais é a distinção entre regras e princípios. Assim, indispensável se faz expor a distinção entre regras e princípios dentro de uma teoria cuja qual tem por objetivo estruturar a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

O jurista Dworkin (1978, p. 24 apud BONAVIDES, 1996, p. 253) foi um dos primeiros a apontar a distinção entre regras e princípios e, segundo ele, as regras são aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”. O conceito de validade da regra é conceito de tudo ou nada e é incompatível com a dimensão do peso, que pertence à natureza dos princípios.

Segundo Dworkin (1978, p. 24 e 27 apud BONAVIDES, 1996, p. 253), apenas os princípios possuem a dimensão do peso, as regras não, sendo este, talvez, o critério mais seguro para distinguir os princípios das normas. Além disso, o jurista destaca que um princípio, aplicado a determinado caso, se não prevalecer, nada obsta que, em outro dia, com outras circunstâncias, volte a ser utilizado.

Alexy (2011, p. 87) sustenta que regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma. Explica que tanto regras quanto princípios são normas, porque dizem o que deve ser feito. Uma diferença proposta é de que os princípios têm uma generalidade maior que as regras. Outro ponto é o de que as regras têm sua aplicação determinada. Mas, apesar destes pontos, a distinção continua sendo muito difícil.

As teses de diferenciação podem se distinguir em três: a primeira afirma que não dá para diferenciar; a segunda prevê uma diferenciação de grau; e a terceira prevê que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que existe entre eles uma diferenciação qualitativa, defendida por Alexy (2011, p. 89).

A distinção, assim, se baseia na aplicabilidade, no grau de generalidade e na diferença qualitativa destas normas. Princípios são mandamentos de otimização (ALEXY, 2011, p. 90), ou seja, devem ser aplicados ao máximo dentro das possibilidades que o caso concreto e o conteúdo normativo permitir. Este tipo de norma possui um grau de generalidade maior, já que é usado como ponto cardeal a ser seguido com o cumprimento das regras.

A característica principal das regras, por sua vez, é que elas possuem determinações (ALEXY, 2011, p. 91). Este tipo de norma deve ser aplicada ao seu esgotamento, sem flexibilização ou ponderação. São menos genéricas que os princípios, justamente por serem oriundas destes.

Assim, para o autor, princípios são mandamentos de otimização decorrentes do fato de eles serem normas que ordenam que algo seja

realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras em oposição. As regras, por sua vez, são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou não, de forma que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente como exigido.

Outrossim, Alexy (2011, p. 90) explica que os princípios não expressam mandamentos definitivos, pois apenas ordenam que algo seja feito na maior medida possível, considerando determinadas condições. Logo, o fato de um princípio ser aplicado em um caso concreto não significa que o que ele determina seja um resultado definitivo para o caso. Por isso, os princípios não possuem conteúdo de determinação, ou seja, suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser substituídas por outras razões opostas.

O caso das regras é totalmente diverso, pois como elas devem ser cumpridas exatamente como são exigidas, possuem um caráter de determinação em relação às circunstâncias fáticas e jurídicas, ou seja, uma vez aplicadas, determinam um resultado definitivo. Essa determinação prevalece em todos os casos de aplicação das regras, exceto quando a regra é declarada inválida (ALEXY, 2011, p. 91).

Outro ponto importante consiste no distinto caráter *prima facie* de regras e de princípios. Como os princípios são mandamentos de otimização, eles não contêm mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*; vale dizer, a solução exigida pelo princípio não necessariamente será a solução adequada para o caso. Isso somente poderá ser verificado levando-se em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, através da ponderação (ALEXY, 2011, p. 104).

As regras, por outro lado, são mandamentos definitivos; no caso delas, as possibilidades jurídicas e fáticas estão dadas (subsunção). Isso, contudo, não significa que elas tenham sempre o mesmo caráter definitivo. Uma regra pode ser superada quando se atribui, no caso concreto, um peso

maior ao princípio que colide com o princípio que sustenta essa regra e quando ele é capaz de, ao mesmo tempo, superar os princípios formais que determinam a obediência às regras emanadas das autoridades legitimadas para sua fixação. O caráter *prima facie* das regras é, portanto, substancialmente mais forte que o dos princípios (ALEXY, 2011, p. 104).

### 3.4 CONFLITO ENTRE NORMAS

De modo geral, para a Alexy (2011, p. 91-92) a diferença entre regras e princípios, passa a ser mais bem compreendida a partir do ponto em que se estuda o conflito entre normas. O método utilizado para resolver impasses quando regras se conflitam é diferente do que se usa quando princípios se colidem.

Assim, regras, quando entram em conflito, só possuem dois desfechos. Ou se inclui uma cláusula de restrição, acoplando à regra um acessório de exceção – evitando sua exclusão do ordenamento jurídico – ou se anula uma das regras e aplica-se a outra remanescente (ALEXY, 2011, p. 92).

No caso de conflito entre princípios, Alexy (2011, p. 93-94) explica que a solução é diversa. Quando dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder ao outro, mas isso não significa que o princípio desprezado tenha que ser declarado inválido ou que tenha que ser introduzida uma cláusula de exceção. A solução reside no fato de que, de acordo com determinadas circunstâncias, analisadas no caso concreto, um princípio deve preceder ao outro.

Alexy (2011, p. 94) ainda explica que nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e que princípios com maior peso devem preceder aos com peso menor. Além disso, o autor esclarece que conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisão entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

Portanto, as regras e princípios se diferenciam com base no modo de aplicação e no modelo de colisão. Assim, enquanto as regras são aplicadas

mediante subsunção, os princípios são aplicados mediante ponderação. Para este trabalho, importa qual solução deve ser aplicada no caso de colisão entre princípios.

#### 4 A PONDERAÇÃO E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

De acordo com Marmelstein (2011, p. 401) “as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica qualquer Estado Democrático de Direito.” Por esse motivo, é comum que essas normas entrem em rota de colisão e necessitem sofrer certas restrições.

A principal forma de controle das restrições a direitos fundamentais é por meio da máxima da proporcionalidade e, dentre as concepções de proporcionalidade, será utilizada aquela que defende a máxima da proporcionalidade como instrumento de sopesamento de princípios. Destaca-se que o método da ponderação é hoje chamado por Alexy como máxima da proporcionalidade.

Enquanto as regras ou são válidas ou inválidas e, nesse caso, devem ser retiradas do ordenamento, valendo a regra do tudo ou nada (ALEXY, 2011, p. 104), os princípios devem ser sopesados. De acordo com Alexy (2011, p. 95) “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”

Além disso, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* (ALEXY, 2011, p. 104). Portanto, a colisão entre princípios deve ser resolvida com a aplicação da máxima da proporcionalidade. Isso porque, princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas, após o sopesamento. Ambos os princípios permanecem no ordenamento jurídico, devendo-se apenas ser escolhida a interpretação que lhes dê maior efetividade (ALEXY, 2011, p. 588).

Alexy (2011, p. 116) sustenta que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Salienta ainda que a máxima da proporcionalidade exige três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O autor explica (2011, p. 117-118):

princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, a exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Como visto, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Por sua vez, as máximas da necessidade e da adequação decorrem na natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 118).

Ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito é idêntica à lei de sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2011, p. 593).

As máximas da necessidade e da adequação, por sua vez, expressam a exigência, contida na própria definição de princípio, de uma máxima



realização em relação às possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 588). Assim, com a máxima da adequação busca-se excluir meios inadequados e, com a máxima da necessidade escolhe-se o meio menos gravoso, aquele que intervenha de modo menos intenso do princípio (ALEXY, 2011, p. 590).

Ainda sobre a máxima da proporcionalidade, Silva (2002, p. 25) esclarece:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.

Dessa forma, os princípios devem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. No caso de colisão entre princípios, será necessário empregar a máxima da proporcionalidade entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe prevalência.

## **5 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE**

O princípio da presunção de inocência é uma das principais garantias constitucionais e processuais penais do ordenamento jurídico

brasileiro. Consiste em um direito de o acusado não ser declarado culpado até o final de sua ação penal (LIMA, 2015, p. 43).

Por ser considerado um direito fundamental, o princípio da presunção de inocência deve ser compreendido em sua dimensão subjetiva e objetiva. Como direito subjetivo, garante uma posição de vantagem ou ativa em relação ao Estado e impede ou limita as atuações deste. Do ponto de vista objetivo, estabelece critérios de atuação estatal para a construção de um arcabouço normativo, organizacional e procedimental destinado à maior efetivação do direito fundamental (MORAES, 2010, p. 229 e 241).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas, descreve em seu artigo XI:

Art. XI. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a 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.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade é um direito fundamental e está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *in fine*:

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:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A presunção de inocência, direito fundamental com estrutura normativa de princípio, representa um direito que veio atender à igualdade,

ao respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade do cidadão e ao devido processo penal, porquanto (MORAES, 2010, p. 440):

a) torna a relação jurídica entre imputado e órgãos persecutórios mais equilibrada (garantia à igualdade), impedindo que as manifestações do poder público ultrapassem o necessário para a apuração dos fatos; b) impede, de ordinário, que ao imputado seja dado tratamento de condenado, antes do reconhecimento definitivo de sua culpa (garantia à dignidade da pessoa); c) impõe a necessidade de um processo condizente com todos os padrões constitucionais de justiça para que se proceda à verificação e declaração de culpa do cidadão (garantia do devido processo legal); d) impõe uma decisão menos prejudicial ao imputado sempre que houver dúvida fática ou se possa proceder à mais favorável escolha jurídica, como asseveração do prestígio à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer decisão judicial penal.

De acordo com Moraes (2010, p. 449), a finalidade da inserção constitucional da presunção de inocência é político-ideológica. O constituinte ao consagrá-la em tal nível normativo demonstrou uma escolha juspolítica clara: “a *persecutio criminis* deve ter, em todos os seus instantes, um cunho garantidor e igualitário ao imputado, não se admitindo mais um sistema autoritário e desigual.”

Por ser uma norma fundamental com estrutura de princípio, Moraes (2010, p. 449) ensina que deve ser cumprida na maior medida possível, ou seja, é expansível até que uma intervenção estatal justificada constitucionalmente a restrinja em situações concretas, específicas e proporcionalmente limitadas.

Segundo Moraes (2010, p. 452), a função da presunção de inocência:

é servir de eixo estrutural de um processo penal a ser feito conforme ao determinado pela Constituição. Sua posição central explica-se na medida em que ela representa uma maneira de compreender, administrar e construir um sistema processual penal para o qual o indivíduo,

já no início da persecução, é inocente e assim deve ser considerado e tratado até que o judiciário tenha a certeza e declare de modo definitivo a sua culpabilidade, com base em conjunto probatório incriminador mínimo e lícito.

Sua ampla extensão e incidência faz com que ela se relacione, direta ou indiretamente, com cada ponto do sistema, porém, é como “norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma de juízo” que tem maior emprego na prática forense (MORAES, 2010, p. 453).

Como visto no suporte fático dos direitos fundamentais, é pelo âmbito de proteção que se estabelece a extensão de tutela da norma-princípio, “dentro da qual se deve incluir todo o segmento da vida que o constituinte quis assegurar aos cidadãos.” (MORAES, 2010, p. 455).

De acordo com a perspectiva constitucional de um âmbito de proteção amplo, a concepção da presunção de inocência (MORAES, 2010, p. 531):

compreende um significado de “norma de tratamento”, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados (“norma de juízo” e “norma probatória”) mais ligados à matéria probatória. Sob a perspectiva ora implementada, no âmbito de proteção da norma fundamental da presunção de inocência articulam-se esses três significados, que ela orienta e inspira como norma constitucional maior. São formas de manifestações autônomas que interagem e não esgotam a presunção de inocência.

A presunção de inocência, como norma de tratamento, tem relevância, pois por ela se garante que, até o término do devido processo penal, a esfera de direitos dos indivíduos não sofrerá com eventuais atos estatais violadores (MORAES, 2010, p. 533).

Compreender a presunção de inocência como norma de tratamento é considerá-la como uma garantia de que o cidadão será tratado na persecução

penal como inocente. Isto é, garante-se que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após o seu trânsito em julgado (MOARES, 2010, p. 534).

Outrossim, Moraes (2010, p. 533) leciona que a presunção de inocência, tanto como norma de tratamento, quanto na forma de norma de juízo e norma probatória, integram o âmbito de proteção dessa norma fundamental (MORAES, 2010, p. 533).

Quando se observa a presunção de inocência como norma de tratamento, evidenciam-se com mais nitidez outros direitos fundamentais também garantidos por ela, mas agora de modo indireto. Segundo Moraes (2010, p. 533):

esses direitos são aqueles que sofrem restrições (totais ou parciais) quando sobre a presunção de inocência se aplica uma intervenção estatal e, com isso, antecipa-se um ou mais efeitos de eventual e futura condenação. Todas as espécies de sanções penais previstas para as mais diversas infrações implicam lesão total ou parcial a um feixe de direitos fundamentais; portanto, todas as vezes em que uma dessas sanções é antecipada afasta-se (total ou parcialmente) a presunção de inocência e, com isso, atingem-se indiretamente também outros direitos.

Desse modo, infere-se que a garantia de ser tratado como inocente durante a persecução penal significa que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente podem ser aplicados após o seu trânsito em julgado. Todavia, entre os efeitos principais da condenação, está a execução da pena privativa de liberdade.

O que se será apresentado a seguir é se é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da condenação, levando-se em consideração o caráter não absoluto do princípio da presunção de inocência e o histórico jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

## 6 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DEFINITIVO

O que se pretende a apresentar, a partir de então, é a discussão acerca da possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado do acórdão condenatório, apresentando e sistematizando o entendimento atual da jurisprudência sobre o tema, sob o enfoque da relativização do princípio da presunção de inocência.

### 6.1 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitiu historicamente o recolhimento do réu à prisão antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nessa esteira, no ano de 2002, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.490, a Suprema Corte decidiu que mesmo a decisão estando sujeita aos recursos especial e extraordinário, a pena poderia ser executada provisoriamente.

O principal argumento na Suprema Corte que autorizou durante anos a execução provisória da sentença penal condenatória, quando confirmada em segunda instância, é de que os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores não possuem efeito suspensivo, de modo que interposto o recurso especial ou extraordinário, os autos deveriam retornar à primeira instância para execução da sentença.

Contudo, o entendimento até então unânime no Supremo Tribunal Federal foi modificado no ano de 2009, no mérito do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau. Nesse momento, entendeu-se que a execução da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, atentaria contra a garantia fundamental do cidadão de ser considerado presumidamente inocente até o trânsito em julgado da condenação.

O ministro Eros Grau (BRASIL, 2009) que foi o relator do julgamento, sustentou:

A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma Rogério Lauria Tucci, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: “o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva”. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

A decisão ainda traz o entendimento de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação poderá ser decretada apenas a título cautelar e consideram o trânsito em julgado o principal requisito para o início do cumprimento da pena, ou seja, seria constitucionalmente inadmissível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado definitivo.

Entretanto, decorridos cerca de 7 (sete) anos, o Supremo Tribunal afetou novamente a matéria relativa à execução provisória da pena, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, a fim de modificar a orientação jurisprudencial, retomando entendimento da possibilidade da execução provisória de sentença condenatória após confirmação pelos segundo grau de jurisdição.

No mesmo sentido, foi o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em que o Supremo Tribunal Federal declarou

a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal,<sup>3</sup> com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

## 6.2 O HABEAS CORPUS N. 126.292/SP

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente Marcio Rodrigues Dantas, que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal), contra o relator que indeferiu o pedido liminar para que o recorrente aguardasse em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Votaram a favor da possibilidade de execução provisória da pena os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Tofoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Extrai-se do julgado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da

<sup>3</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.



Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

A seguir, serão analisados os principais votos que melhor representam os argumentos trazidos pelos ministros para defender a possibilidade e a impossibilidade da execução provisória da pena.

### **6.2.1 Favoráveis à mudança jurisprudencial**

O ministro Teori Zavascki foi o relator de caso e argumentou que o tema relacionado à execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre: o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal.

Trouxe como argumento para sustentar a constitucionalidade da execução antecipada da pena que nas instâncias ordinárias é que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas, sendo este o momento em que se fixa a responsabilidade criminal do acusado. Portanto, a retomada da jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário, “é mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção e inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.”

O ministro Luís Roberto Barroso fundamentou seu voto em três partes: o delineamento da controvérsia, os fundamentos jurídicos para a possibilidade da execução da condenação penal após a decisão em segundo grau e os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento.

Após discorrer sobre a oscilação da jurisprudência sobre a matéria, o ministro destacou como fundamento da possibilidade da execução provisória da pena a ocorrência de mutação constitucional, que trata “de maquinismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas

da constituição, sem que se opere qualquer modificação de seu texto.” Argumentou que esse novo sentido da norma constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito.

Aplicou, no caso, a teoria à realidade, já que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências jurídicas negativas ao sistema de justiça criminal: funcionou como um incentivo à incessante interposição de recursos protelatórios; reforçou a seletividade do sistema penal (a possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo os réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos); o entendimento de 2009 contribuiu para agravar o descrédito no sistema de justiça penal junto à sociedade (já que aguardar o trânsito em julgados do recurso especial e extraordinário tem conduzido à prescrição da pretensão punitiva ou a enorme distância temporal entre a prática do delito e a punição definitiva).

Por isso, alegou que “é necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal.” Isto é, que se trata de caso de mutação constitucional, em que há múltiplos fundamentos que legitimam entendimento.

O ministro expôs três fundamentos jurídicos para a possibilidade da execução da condenação penal após decisão de segundo grau: I) que o pressuposto para a decretação da prisão no direito não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente; II) a presunção de inocência é princípio e como tal está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais; III) após a condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública.

Barroso sustentou o argumento que, de acordo com todo o contexto deste artigo, é o principal fundamento que autoriza a execução provisória da pena após a decisão de segundo grau (BRASIL, 2016):

enquanto princípio, tal presunção (referindo-se ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade) pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

O ministro alegou de um lado está a presunção de inocência, que postula que a sentença não pode produzir efeito até a definitiva responsabilidade criminal do acusado. De outro lado aparece o interesse constitucional da efetividade da lei penal, “em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal.”

Mencionou, por fim, que a reversão do entendimento jurisprudencial sobre o tema, pode, desse modo, promover: a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema da justiça criminal; a redução da seletividade do sistema penal; a quebra do paradigma de impunidade.

O ministro Luiz Fux sustentou que a presunção de inocência não exige o trânsito em julgado. Isso porque, a coisa julgada significa imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão, sendo que é justamente este último que ocorre no processo penal.

Aduziu que o Supremo Tribunal Federal já afirmou que se admite a coisa em julgada em capítulos. Assim, a matéria fático-probatória se torna indiscutível, já que os recursos especial e extraordinário não servem para analisar fatos e provas, de modo que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente (no máximo, em segundo grau de jurisdição).

### **6.2.2 Contrários à mudança jurisprudencial**

O ministro Marco Aurélio rechaçou a possibilidade de execução provisória da sentença. Reconheceu que a delinquência é maior, até mesmo em

razão do crescimento demográfico desenfreado, que a Justiça é morosa, que o tempo é precioso tanto para o Estado acusador quanto para o acusado, enfim, que a época é de crise. Justamente por essa razão, afirmou que a proteção aos direitos humanos deve ser maior, bem como a segurança jurídica. Ponderou que o princípio da presunção de inocência não permite interpretações.

Do mesmo modo, o ministro Celso de Mello fundamenta seu voto em um argumento simples: a manifesta clareza do texto constitucional. Segundo seu entendimento, a prerrogativa da presunção de inocência deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como culpados fossem. Asseverou que a constituição estabelece, “de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal”. Acentuou, por fim, que a presunção de inocência não se esvazia à medida em que se sucedem os graus de jurisdição.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a execução provisória da pena de acordo com a relativização do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Tal problemática deu-se em virtude das constantes alterações de entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal.

Abordou-se que é possível a relativização dos direitos fundamentais. Além disso, que em razão dos direitos fundamentais se expressarem através de princípios, significa aceitar que esses direitos não são absolutos. No mais, que a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais implica no aumento do número de colisões entre essas normas.

Analisando o tema dos princípios, foi possível verificar que, no caso de conflito entre princípios, a solução a ser adotada é a ponderação, que significa a máxima da proporcionalidade. Portanto, os princípios devem ser

aplicados com maior ou menor intensidade, sendo que, em determinadas situações concretas, um deles prevalecerá ao outro.

Em vista disso, foi possível concluir que o princípio da presunção de inocência refere-se a um direito fundamental que, na análise de determinados casos concretos, comporta restrições. Isso porque, não há direito ou garantia absoluto. Além disso, a presunção de inocência trata-se de um princípio, o que significa que eles não são aplicados com base no “tudo ou nada”.

No caso da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, mostra-se evidente conflito entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade da função jurisdicional penal. Assim, não há dúvidas que há um sopesamento a ser realizado. Através da máxima da proporcionalidade, é possível observar que a presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire um peso gradativamente menor na medida em que o processo avança. Os recursos extraordinário e especial tutelam a higidez do ordenamento jurídico, ou seja, examinam apenas matérias de direito e não se prestam a analisar os fatos e provas do processo.

Vê-se, pois, que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade impede o tratamento do réu como culpado até o tratamento do trânsito em julgado da sentença. Todavia, não se impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o curso do processo. Conforme o processo avança, há certeza jurídica acerca da materialidade e autoria do delito e a impossibilidade de rediscussão acerca de fatos e provas.

Dessa feita, ao passo que a culpa vai sendo demonstrada, é possível impor tratamento diferenciado ao acusado, no caso deste artigo, a execução provisória da pena, sem que isso importe em restrição ilegítima do direito fundamental da presunção de inocência, visto que o que se pretende é a efetivação do interesse constitucional da efetividade da lei penal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 5 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 5 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello, 16 de setembro de 1999. *Diário de Justiça eletrônico*, 12 maio 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&ba se=baseAcordaos>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Constitucionalidade n. 43/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, 05 de outubro de 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, 10 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Constitucionalidade n. 44/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, 05 de outubro de 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, 10 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n. 82.490/RN. Relator: Sepúlveda Pertence, 29 de outubro de 2002. *Diário de Justiça eletrônico*, 29 nov. 2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772445/habeas-corpus-hc82490-rn>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n. 84.078/MG. Paciente: Omar Coelho Vitor e outros. Relator: Ministro Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009,. *Diário de Justiça eletrônico*, 25 fev. 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus n. 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, 17 maio 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10 ago. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo Penal*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 591 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. 922 p.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso: 05 ago. 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



# IDENTIDADES PRECARIZADAS E TRABALHO: INTERLOCUÇÕES CONJUNTURAIAS

Rodrigo Espíúca dos Anjos Siqueira <sup>1</sup>

Tháís Janaina Wenczenovicz <sup>2</sup>

**Resumo:** A precarização do trabalho parece ser uma dimensão permanente do trabalho sob os modelos econômicos do período pós-guerras. No caso do Brasil, considerando os quatro séculos de escravidão, a precarização do trabalho é uma característica constitutiva de sua formação social. As repercussões desta história vêm sendo estudadas e ainda estão por ser aprofundadas analiticamente. As formas de dominação personalizadas prevaletentes na agricultura brasileira – setor que concentra a maioria da população brasileira até os anos de 1960 – têm importância na forma que assume o processo de proletarização e formação de um operariado no Brasil. O artigo analisa a relação da institucionalização do assalariamento formal com a precarização do trabalho, mediante a análise da lógica precarizante do trabalho, que se estabeleceu como resultado da economia de mercado. Para tanto, em sua primeira parte, apresenta dados estatísticos a respeito do desemprego e do subemprego que evidenciam precarização do trabalho e o surgimento de uma nova classe social, o precariado. Na segunda seção, analisa as condições econômicas e as estratégias adotadas pelo capital para sustentar essa nova realidade laboral, para, ao final, em sua terceira e última parte apresentar alternativas para enfrentamento da crescente tendência de desmonte da proteção à pessoa trabalhadora. O procedimento metodológico é o analítico-interpretativo de investigação bibliográfica.

**Palavras-chave:** Trabalho precário. Flexibilização. Terceirização. Trabalho digno. Dignidade humana.

---

<sup>1</sup> Advogado, Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato sensu da Faculdade Anglicana de Erechim-RS, e da FAT – Faculdade e Escola de Tapejara-RS.

<sup>2</sup> Docente Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Professora Colaboradora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Educação em Educação na Universidade Estadual do Paraná e Docente Titular no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho é a marca da existência humana em sociedade. Através do trabalho a pessoa realiza suas aspirações pessoais e coletivas. O trabalho também garante a própria existência física da pessoa trabalhadora. Sem o trabalho, a sociedade contemporânea não conseguiria a necessária coesão e funcionamento.

O capital também desempenha papel essencial no funcionamento da sociedade contemporânea. Ele é quem financia a atividade produtiva, assim como, depende da existência do trabalho como fator utilizado na produção. Capital atrelado ao trabalho é o que sustenta o sistema produtivo existente na atualidade.

Insta assinalar que as relações entre esses dois fatores produtivos não são, raramente foram, em essência, pacíficas e de estreita cooperação. Interesses contrapostos estão sempre produzindo alterações, para um lado ou para outro, nas relações entre capital e trabalho. No início dessa interação, prevaleciam os interesses do detentor dos meios de produção, ao passo que, ao longo da história, foram sendo produzidas peças de legislação, estatal e privada, que tinham o condão de promover o equilíbrio entre as partes integrantes da relação de tomada e prestação de trabalho.

O Estado Social interveio para garantir a proteção da parte mais vulnerável da relação laboral, o trabalhador. O surgimento do direito do trabalho se dá exatamente com essa finalidade, proteger a pessoa humana trabalhadora dos abusos cometidos pelo capital.

Contudo, nos últimos anos, nota-se uma crescente tendência de flexibilização das regras que regem o contrato de trabalho subordinado, com o fito de privilegiar os interesses do capital. As reformas da legislação laboral levadas a cabo buscam amenizar as regras de proteção da pessoa, sob o pretexto de diminuir as supostas peias impostas ao crescimento econômico pelas regras de proteção dos direitos trabalhistas e previdenciários da pessoa

trabalhadora. É nesse contexto de flexibilização, que conduz à precarização do trabalho, que se insere a presente pesquisa.

Desse modo, a pergunta que se pretende responder é: diante do cenário tendente à flexibilização das normas laborais, que conduz à extrema precarização do trabalho, quais as alternativas de resposta, e qual papel que deve assumir do direito do trabalho nesse contexto?

Para tanto, a pesquisa subdivide-se em três partes. A primeira apresenta dados estatísticos concernentes ao desemprego e ao subemprego, como evidência do surgimento de uma nova classe social, chamada de precariado – fortemente marcada pelo exercício do trabalho sob condições precárias e inseguras – que vive em permanente incerteza como resultado das novas estratégias do capital.

A segunda seção apresenta exemplos dessas novas estratégias adotadas pelo capital, para oferecer suporte à lógica da economia de mercado, apresentando também algumas de suas principais repercussões nos direitos sociais, laborais e previdenciários da pessoa humana trabalhadora.

A terceira, e última parte, analisa o papel que o Estado, a sociedade civil, a articulação dos trabalhadores e trabalhadoras tiveram na construção dos direitos fundamentais adquiridos, bem como, o papel que tais instituições sociais devem ter para a proteção e garantia dos mencionados direitos.

O método lógico de abordagem é o dedutivo, organizado pelo procedimento metodológico analítico-interpretativo de investigação bibliográfica.

## **2 TRABALHO E PRECARIZAÇÃO**

Diversos são os aspectos analisados quando o objeto de pesquisa centra-se no trabalho. O trabalho está em pauta desde a constituição da sociedade sedentarizada até os dias atuais. Para cada periodicidade histórico-social analisam-se elementos novos para configurar a ação do trabalho em

consonância aos anseios da coletividade. Por outro lado, a categoria trabalho é entendida para além das relações técnicas de produção, implicando num feixe de relações sociais, culturais e identitárias de indivíduos e grupos coletivos.<sup>3</sup>

No tocante as questões e relações sociais, Castel (2005, p. 31) aponta:

O hiato entre a organização política e o sistema econômico permite assinalar, pela primeira vez com clareza, o lugar do “social”: desdobrar-se nesse entre-dois, restaurar ou estabelecer laços que não obedecem nem a uma lógica estritamente econômica nem a uma jurisdição estritamente política. “O social” consiste em sistemas de regulações não mercantis, instituídas para tentar preencher esse espaço. Em tal contexto, a questão social torna-se a questão do lugar que as franjas mais dessocializadas dos trabalhadores podem ocupar na sociedade industrial. A resposta para ela será o conjunto dos dispositivos montados para promover sua integração.

É notório que os desempregados, sentem-se ameaçados pela demora, ou ausência de perspectivas, na conquista de um novo emprego. Alguns buscam auxílio familiar – financeiro – para pagamento de possíveis prestações pecuniárias. Posteriormente retiram filhos de escolas particulares, quando é o caso. O círculo de amigos torna-se reduzido, uma vez que em não tendo “o que oferecer e, mais precisar”, as pessoas tendem a se distanciar. O status de funcionário da empresa x, y ou z, impõe alguns limites – clubes, amizades, dentre outros quando do rompimento do contrato de trabalho. Alguns direitos – saúde, educação, lazer - são findados, quando o funcionário é demitido. Aqueles que nunca se inseriram no mercado de trabalho, sentem-se angustiados na demora para conseguir um emprego ou estágio. Muitas vezes,

---

<sup>3</sup> A obra de Castel intitulada “Metamorfoses da questão social” permite refletir sobre as novas faces da exclusão presentes na sociedade contemporânea, mesmo que o foco do autor seja o cenário francês, muitos elementos são úteis para questionarmos a presença da “precariedade do emprego” e “desfiliação social” no contexto brasileiro. Inclui-se também especificamente ao contexto brasileiro a possibilidade de elaboração de políticas públicas para o bem comum, e especificamente, na elaboração de uma cultura política baseada no direito e na cidadania, em se tratando de mundo do trabalho.

são obrigados a incluírem-se no rol dos trabalhos temporários, precários – sem contrato, sem segurança. Cada vez mais tem aumentado o número de desempregados, empregados sem carteira assinada, subempregados e os “desalentados” no Brasil.

Sobre a tendência à desqualificação dos trabalhadores, comenta Antunes (1998, p. 52):

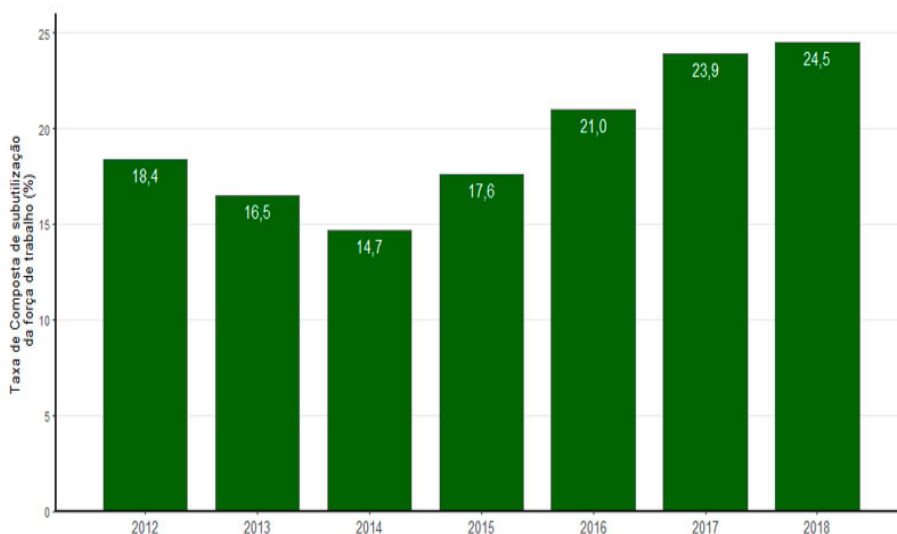
Paralelamente a esta tendência se acrescenta outra, dada pela desqualificação de inúmeros setores operários, atingidos por uma gama diversa de transformações que levaram, de um lado, à desespecialização do operário industrial oriundo do fordismo e, por outro, à massa de trabalhadores que oscila entre os temporários (que não tem nenhuma garantia no emprego), aos parciais (integrados precariamente às empresas), aos subcontratados, terceirizados (embora se saiba que há, também, terceirização em segmentos ultraqualificados), aos trabalhadores da ‘economia informal’, enfim, a este enorme contingente que chega até a faixa de 50% da população trabalhadora dos países avançados, quando nele se incluem também os desempregados, que alguns chamam de proletariado pós-industrial e que preferimos denominar de subproletariado moderno.

Na prática, o que tem elevado a taxa de ocupação no Brasil é o emprego sem carteira assinada e o trabalhador por conta própria. Apesar de ser positiva a queda da desocupação, ela ocorre devido à criação de postos de trabalho precários. Nesta crise atual é muito comum profissionais mais qualificados aceitarem trabalhar em outras funções com menores remunerações, embora façam os mesmos serviços que desenvolviam anteriormente e ganhavam remuneração maior.

Segundo dados do IBGE (2018), falta trabalho para 27,7 milhões de pessoas no Brasil e o desemprego é maior na região Nordeste, onde a taxa

chega a 15,9. Deste, 13,7 milhões procuram emprego e não encontram.<sup>4</sup> Outra parte enquadra-se na categoria de subocupação, subutilização e desalento.<sup>5</sup> Ou seja, 4,6 milhões de pessoas desistiram de procurar trabalho, sendo a maioria composta de jovens negros e pardos.

Gráfico 1 – Taxa de Composta de subutilização da força de trabalho nos trimestres de maio a julho de 2018 – Brasil – (em %) - 2012/2018



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios contínua

Já o contingente de pessoas subocupadas por insuficiência de horas (6,6 milhões) no trimestre de maio a julho de 2018 subiu 4,3% em relação ao

<sup>4</sup> Desde 1998, esse desemprego encontra-se acima de 9% do total da força de trabalho no Brasil, se considerada somente a medida simplista de desemprego (procura ativa, disponibilidade imediata para trabalhar e sem atividade superior a uma hora na semana da pesquisa). Mas se tomada como referência a situação mais ampla do desemprego estrutural, como uma pressão contínua por demanda de trabalho, a taxa de desemprego chega a alcançar 27% do total da força de trabalho, uma vez que se incorpora não somente o desemprego aberto, mas também os trabalhadores com jornadas inferiores a 15 horas semanais, os com remuneração abaixo de meio salário mínimo mensal e aqueles que demandam ocupação (ANTUNES, 2007).

<sup>5</sup> A taxa de desocupação foi estimada em 12,3% no trimestre móvel referente aos meses de maio a julho de 2018. Na comparação com o mesmo trimestre móvel do ano anterior, maio a julho de 2017, quando a taxa foi estimada em 12,8% (IBGE/PNAD, 2018).

trimestre anterior (fevereiro a abril de 2018), ou seja, um adicional de 271 mil pessoas. Em relação ao mesmo trimestre de 2017, houve alta de 9,3% (ou mais 560 mil pessoas subocupadas) (IBGE/PNAD, 2018).

De acordo com Castel (2005, p. 34-35),

[...] os integrados, vulneráveis e desfiliaados pertencem a um mesmo conjunto social. O problema é constituir a unidade desses grupos numa esfera social, questionando se a redefinição da economia e da competência social deva ser realizada ao preço de excluir grande parte da população. [...] Estamos sem dúvida, diante de uma bifurcação: aceitar uma sociedade inteiramente submetida às exigências da economia ou construir uma figura do Estado social a altura dos novos desafios. A aceitação da primeira parte da alternativa não pode ser excluída. Mas poderia custar o desmoronamento da sociedade salarial, isto é, desta montagem inédita de trabalho e de proteções que teve tanta dificuldade para se impor.

No contexto enquanto mundo laboral e do trabalho, importante assinalar que os debates também giram em torno da valorização laboral, profissionalização, escolaridade e ocupação, trabalho e dignidade humana, trabalho escravo, precarização do trabalho, dentre outros.

O surgimento da noção de precarização parece estar associado às modificações na organização da produção no período pós-fordista, dos anos de 1980 em diante, no sentido de diminuir custos e subtrair direitos da força de trabalho. O termo estaria também correlacionado às novas práticas de terceirização (passagem de atividades supostamente não essenciais à finalidade da empresa) passadas a outras empresas, empresas terceiras, com diminuição de direitos dos trabalhadores, com a frequência de contratos temporários de mão de obra.

Standing afirma o surgimento de uma nova classe social, a qual denomina: precariado. Para o autor inglês, o principal fator do surgimento do precariado é o mercado global, que pode até elevar as condições de vida

em certos locais, mas também trouxe insegurança econômica para muitos milhões de pessoas. E é essa insegurança que distingue o precariado da classe média e da classe trabalhadora mais baixa. A lógica neoliberal ou libertária de mercado dos anos 1970, apresentada como solução para o crescimento e o desenvolvimento, acarreta a busca pela flexibilidade do mercado de trabalho transferindo a insegurança aos trabalhadores e suas famílias (STANDING, 2014, p. 12-15).

O precariado é, na opinião do autor, formado por aquelas pessoas que vivem em condições de permanente insegurança e incerteza, inseridas em atividades e ofícios degradantes, mal-remunerados, definidos por uma ética do “curto-prazismo”, sem identidade profissional ou possibilidades de construção de carreira profissional. Essa nova classe social é, também, fortemente afetada pelo uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação que está reprogramando os cérebros e destruindo o processo de aquisição de memória social e de longo prazo. Esse uso exacerbado destrói a capacidade de raciocinar mediante processos complexos e de criação de novas ideias e modos de imaginação (STANDING, 2014, p. 39).

São marcas do precariado, também, os empregos temporários, “descenso profissional”, empregos de meio-período, call centers, estágios, pois, tais tipos de emprego não contribuem para a construção de uma identidade desejável ou uma carreira cobiçada. Para ilustrar essa condição do trabalhador em constante insegurança, o autor apresenta os conceitos de *kintractship* (contratos de trabalho no qual o empregador proporcionava tantas garantias e benefícios ao empregado, que esperava deste último uma atitude quase servil) e *salaryman*, (versão japonesa de contrato de trabalho cuja existência reforça a subserviência do empregado) e *uptitling* (inflação da pompa nos títulos das funções laborais, mas sem qualquer relevância concreta, camuflando as estruturas profissionais achatadas e irrelevantes) (STANDING, 2014, p. 36-39).



Vários são os resultados para as pessoas inseridas no precariado, destacando-se dentre eles: a raiva (decorrente da frustração de uma vida de acenos de empregos temporários); a anomia (passividade nascida do desespero e da indiferença associada a um sentimento de derrota constante); a ansiedade (insegurança crônica decorrente à oscilação e constante medo de se perder o que tem), e a alienação (decorrente da sensação de que tudo o que se faz não é para si, mas para outrem e sob ordem deste) (STANDING, 2014, p. 39-41).

Por fim, a “mercadorização” das relações laborais enfraquece a reciprocidade moral, diminui o interesse em compromissos de longo prazo. O precariado sofre, portanto, de uma profunda falta de auto-estima e dignidade social em seu trabalho. A postura estatal de eliminar formas trabalhistas que fortalecem a solidariedade social também acarreta a falta de formas alternativas de solidariedade (STANDING, 2014, p. 43-44).

Dessa forma, os trabalhadores inseridos no contexto do precariado vão, gradativamente, perdendo a sua identidade profissional e deixam de perseguir a construção de uma carreira. Essa desarticulação apenas intensifica os efeitos nocivos e condena tais pessoas a viverem em permanente condição de insegurança e incerteza. Essas são as principais marcas do precariado.

### **3 FORMALIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO EM TEMPOS DE REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA**

O mundo passa atualmente por uma reestruturação da atividade produtiva como decorrência da globalização do capital que vem, continuamente, assumindo postura cada vez mais dinâmica. A financeirização do capital, isto é, a migração do capital da atividade produtiva para a especulação financeira também é fonte de modificação das relações entre capital e trabalho.

Esse desatrelamento do capital em relação ao trabalho, resultado direto da globalização e do crescimento da economia de mercado, é fator

primordial na precarização do trabalho. O distanciamento do capital da atividade produtiva conduz a um redesenho da renda social, através da migração dos investimentos da produção para a especulação financeira nacional e internacional.

O redesenho da renda social, em termos de capitalismo global, traz enorme insegurança. Enquanto as companhias tornam-se cada vez mais leves causando múltiplas camadas de insegurança de renda para o precariado. E essa insegurança é intensificada pelo desaparecimento dos mecanismos informais de ajuda da comunidade (existentes antes do estado de bem-estar social), como decorrência do crescimento dos benefícios de empresa e do estado. Mas, quando tais benefícios são diminuídos ou extintos, as pessoas restam sem o apoio comunitário anteriormente presente (STANDING, 2014, p. 74-76).

Assim se expressa Standing (2014, p. 25) a respeito dos fatores que precarizam o trabalho:

Na medida em que ocorria a globalização e os governos e corporações se perseguiram mutuamente para tornar suas relações trabalhistas mais flexíveis, o número de pessoas em regimes de trabalho inseguros aumentou. Esse fato não foi determinado em termos tecnológicos. Conforme o trabalho flexível se propagava, as desigualdades cresciam, e a estrutura de classe que sustentava a sociedade industrial deu lugar a algo mais complexo, porém certamente não menos classista. [...] No entanto, as mudanças políticas e as respostas das corporações aos ditames da economia do mercado globalizante geraram em todo o mundo um a tendência que jamais havia sido prevista pelos neoliberais ou pelos líderes políticos que estavam pondo em prática suas políticas.

Então, é possível afirmar que a globalização do capital força os governos a flexibilizarem as garantias laborais como medida de prevenção do esvaziamento das iniciativas de investimento na atividade produtiva. Essa reação da lógica da economia de mercado acarreta sérios ataques aos direitos sociais conquistados ao longo da história. Os direitos relacionados ao

trabalho e à seguridade social passam a ser considerados como entraves ao desenvolvimento econômico e, portanto, devem ser revistos.

Boschetti afirma, apoiando-se nas conclusões de Behring, existir uma forte tendência, generalizada em todas as regiões do planeta, de desmonte das garantias sociais e previdenciárias:

Em contexto de crise do capital, todos os países capitalistas de norte a sul do globo seguiram orientações do Banco Mundial e instituíram contrarreformas (Behring, 2003; 2012) no âmbito do Estado social que reduziram direitos conquistados pela classe trabalhadora. Esta tendência geral foi agressiva tanto nos países do capitalismo central em que a previdência e a saúde públicas atingiram a quase totalidade da população, quanto nos países do capitalismo periférico, em que essas políticas ficaram longe da possibilidade da universalização. Desde a década de 1970, direitos sociais como aposentadorias, pensões e saúde são acusados de serem os “vilões” que impedem a superação da crise estrutural do capital, sob acusação neoliberal de absorverem parte importante do fundo público, de onerarem as empresas e impedirem o desenvolvimento. (BOSCHETTI, 2017, p. 111).

Assim, os direitos sociais da pessoa humana são tomados por uma compreensão de que devem ser reduzidos, mitigados, sob a alegação de promover o crescimento econômico e desonerar aqueles responsáveis pelo desenvolvimento da sociedade contemporânea, o detentor do capital e dos meios de produção. Ocorre, na verdade, uma acentuação do desequilíbrio inerente às relações laborais. Fragiliza-se ainda mais aquele em situação de vulnerabilidade, o trabalhador. Essa é a lógica que vem regendo as reformas legislativas.

Oliveira Júnior e Souza alertam para a prática de retirada de direitos como ferramenta de atingimento dos fins do mercado:

O que se observa, de modo cada vez menos sutil, é a manutenção da ideia de que os fins justificam os meios e

que, para atingi-los, cabe qualquer método de cooptação. É possível constatar um atrelamento inaceitável para a democracia tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário ao Poder Executivo. Percebe-se também uma tentativa de manipulação das chamadas reformas de enxugamento do Estado a tal ponto de se tentar atingir os direitos adquiridos, como no caso das constantes alterações na previdência. (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 84).

Outro resultado deletério para o trabalhador, da lógica imposta pela economia de mercado, é aquilo que se pode denominar de “mercadorização” do trabalho. A “mercadorização” pode ser definida como a tendência de tratar tudo como mercadoria, passível de ser comprada e vendida conforme a demanda do mercado. Essa compreensão é o principal fator do crescimento do precariado. A lógica das economias de mercado emergentes estão plenamente inseridas nesse contexto (STANDING, 2014, p. 50-51).

A “mercadorização” do trabalho acarreta muitas situações, no mínimo, infelizes aos trabalhadores, citando-se como exemplo aquilo que Standing chama de “Chíndia” (resultado do ingresso massivo de mão-de-obra extremamente barata de origem chinesa e indiana), de forma a achatar os salários e reduzir o poder de barganha dos demais trabalhadores. Esses novos mercados de trabalho são marcados pela alta rotatividade, pela contratação de migrantes internos, pelo aumento dos salários nominais e pelos cortes profundos nos benefícios, e consequentes taxas alarmantes de suicídios. Tais exemplos evidenciam essa globalização que eleva salários nas zonas primordiais, mas reduz benefícios em geral e move as zonas produtivas para áreas mais benéficas ao capital em detrimento do trabalho (STANDING, 2014, p. 52-54).

A “mercadorização” das empresas também é fator de crescimento do precariado, pois, implica em um aumento da mobilidade funcional e da utilização do trabalho terceirizado. Essa transformação das empresas acarreta um aumento da flexibilidade numérica (que significa ausência ou diminuição das garantias de vínculo de emprego), e da flexibilidade

funcional (remanejamento interno ou externo, incrementando a insegurança no emprego). A fluidez da divisão do trabalho, a re-regulamentação estatal das profissões (fragmentação da profissão que produz “para-profissões”), também acarretam crescimento do precariado (STANDING, 2014, p. 54-65).

Também é possível afirmar que essa nova conformação fluida das empresas e do processo produtivo impõe a flexibilização das relações de trabalho sob a lógica da transferência dos custos da mão-de-obra para empresas especializadas em cessão de trabalhadores, seja na modalidade da terceirização (na qual não se transfere a subordinação do trabalhador), seja na modalidade do trabalho temporário (em que há cessão da subordinação, mas sem a configuração do vínculo de emprego com a tomadora).

Para Fontes, esse desmonte dos direitos sociais se configura em verdadeira mercantilização da existência social, e tem por claro objetivo subordinar essa existência ao capital. Nas palavras da autora, essa expropriação de direitos sociais:

Trata-se da imposição – mais ou menos violenta – de uma lógica da vida social pautada pela supressão de meios de existência ao lado da mercantilização crescente dos elementos necessários à vida, dentre os quais figura centralmente a nova necessidade, sentida objetiva e subjetivamente, de venda da força de trabalho. (FONTES, 2010, p. 88).

A contratação de mão-de-obra terceirizada ou temporária, aliada à noção de trabalho como mercadoria – que pode ser livremente negociada, vendida conforme a demanda do tomador e a necessidade do prestador – consolida-se como estratégia neoliberal de desoneração do setor produtivo (do capital, essencialmente) em detrimento da manutenção dos direitos laborais do trabalhador. Este último, diante da necessidade de subsistência pessoal e de sua família, sujeita-se às condições cada vez mais precárias de trabalho, vivendo em permanente insegurança e incerteza, transforma-se em

“mercadoria” subvertendo, assim, a lógica protecionista do trabalhador que deu origem ao direito do trabalho.

Boschetti (2017, p. 118), lucidamente, assevera:

O aumento do desemprego de longa duração, de empregos temporários e a institucionalização da flexibilização e precarização do trabalho, determinadas pela constante busca de redução do custo do trabalho e forte redução da massa das horas trabalhadas, constituem as principais expressões da redução do trabalho com direitos. A destruição de direitos trabalhistas é uma resposta da ofensiva burguesa à crise do capital em sua busca incessante por superlucros. Cresce e ganha força, mesmo entre a classe trabalhadora, a retórica da aceitação de qualquer negociação para manter o emprego, mesmo que isso signifique perder direitos. E as políticas de ativação do trabalho se assentam na lógica de incitar o trabalhador a aceitar qualquer tipo de trabalho.

A terceirização também acarreta sérios danos ao trabalhador em termos de segurança do ambiente de trabalho. Exemplificativamente, Coutinho demonstra que no setor elétrico brasileiro há desproporcionalidade entre os acidentes fatais com trabalhadores próprios e trabalhadores terceirizados:

Em 2012, para nove acidentes fatais entre trabalhadores próprios morreram 58 trabalhadores terceirizados em decorrência do desempenho de atividades laborais no setor elétrico brasileiro, ainda que a quantidade da força de trabalho em cada um dos segmentos não guarde proporção tão desigual (35% a mais de pessoal no âmbito das subcontratadas). (COUTINHO, 2017, p. 167).

Esse dado, por si só, não é suficiente para comprovar que a mesma situação concreta de insegurança se repete em todos os setores produtivos, no que diz respeito aos trabalhadores terceirizados. Mas, sem sombra de dúvida, é uma evidência do grande perigo à vida do trabalhador em condições de trabalho precarizado e flexibilizado.

Coutinho, de maneira bastante assertiva, assim se manifesta a respeito da terceirização:

A terceirização existe para aumentar a margem de lucros das empresas principais, de modo que a isonomia, em sua integralidade, tornaria desinteressante a sua adoção, ao menos do prisma econômico. Em outros termos, qualquer terceirização sempre redundará em algum tipo de precariedade das condições de trabalho em relação ao pessoal contratado diretamente pelos donos dos negócios mais lucrativos. Precariedade laboral é sinônimo de mortes, mutilações, acidentes e adoecimentos laborais. (COUTINHO, 2017, p. 173).

Não é possível, portanto, sustentar a lógica segundo a qual se privilegia os interesses do capital em detrimento da pessoa humana trabalhadora. O ser humano é, e deve sempre ser, o centro, o fim da legislação social, especialmente a laboral. Como enfrentar e resistir à essa lógica nociva à pessoa humana? É o que se discute na próxima seção do presente artigo.

#### **4 AÇÕES AFIRMATIVAS DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR COMO REAÇÃO À PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO**

É nesse contexto de flexibilização das regras laborais, que conduzem à precarização do próprio trabalho e, por consequência, à desarticulação do movimento operário e à desconstrução do conteúdo protetivo do direito do trabalho que a lógica de mercado se impõe. Necessário, portanto reagir ao avanço da onda flexibilizante e precarizante do trabalho.

Não se pode olvidar as origens do direito do trabalho. Esse ramo específico se origina da especial necessidade de proteção dos trabalhadores, primeiro dos operários das fábricas, e, depois, dos trabalhadores em geral. Essa proteção especial tem duplo fundamento: a) a dependência (submissão às ordens do empregador) do trabalhador que implica a sua própria pessoa, vez que está obrigado à prestação pessoal de trabalho (mediante um contrato

jurídico-obrigacional) e; b) a dependência econômica do trabalhador (que necessita trabalhar para a manutenção própria e de sua família), em relação ao empregador (detentor dos meios de produção e do capital). A tarefa mais importante do Direito do Trabalho é, portanto, limitar os inconvenientes resultantes dessa dependência pessoal e econômica (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 46).

Contudo, o que se percebe pelo atual movimento legislativo laboral reformista é, na verdade, articulação na direção oposta às origens protetivas do direito laboral. A reforma trabalhista brasileira tende a desconsiderar a condição desigual entre empregado e empregador, e amplia o alcance da autonomia privada na celebração do contrato de trabalho para relegar às partes contratantes maior poder de negociação sem intromissão estatal.

Importa destacar que a mencionada tendência protetiva ao empregado não pode ser efetivada sem limites, de forma a inviabilizar o funcionamento do empreendimento econômico do empregador. Essa era a compreensão esposada por Hueck e Nipperdey já na década de 1960. Necessário se faz que seja traçada uma linha de demarcação que traga justiça às relações laborais. Essa é, contudo, a tarefa mais difícil da política laboral: traçar a linha de demarcação justa. Na oposição entre a economia de mercado (com ampla prevalência da autonomia individual) e a perspectiva da máxima intervenção estatal (com mínima concessão à autonomia da vontade das partes), é tarefa do juiz traçar os limites no caso concreto. Desta forma, ele deve cuidar para não interpretar “todos os preceitos laborais somente em favor do trabalhador. Deve-se impugnar, portanto, a decidida tendência jurisprudencial neste sentido.” (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 47).

Para Bobbio, não mais se reveste de relevância a tarefa de estudar a possibilidade de estabelecer fundamentos (quer relativos ou absolutos) dos direitos fundamentais do homem, mas sim, a sua concreta efetivação. A tarefa mais importante seria, então, descobrir “qual o modo mais seguro



para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.” (BOBBIO, 2004, p. 25).

Esse é o cerne da questão. Como impedir que ondas reformistas, precarizantes e flexibilizantes agridam o núcleo essencial dos direitos fundamentais do ser humano, e, no caso do presente estudo, o direito fundamental ao trabalho digno?

Necessária se faz a intervenção estatal para a edição de leis que promovam e garantam os direitos fundamentais do homem, em especial os de natureza social. Isso é especialmente verdade no que concerne aos direitos fundamentais sociais porque estes “requerem necessariamente uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social.” (OLIVEIRA JÚNIOR; SOUZA, 2016, p. 81).

A alternativa que aqui se quer propor é que a edição da legislação laboral deve sempre pautar-se com o objetivo de ampliar as garantias e melhorar as condições de trabalho, assim como a negociação coletiva deve afirmar-se como o fórum de construção das normas laborais cujo intuito é garantir o bem-estar e a segurança do trabalhador.

Apesar dessa compreensão protetiva, o que se verifica é uma onda precarizante que agora vem em sentido contrário à proteção, e que intenciona ampliar a satisfação dos interesses patronais usando como combustível o desmonte das garantias laborais conquistadas ao longo de décadas de luta da classe operária, através da ruptura com o princípio fundamental da igualdade material que deve sustentar as relações laborais (intensamente marcadas pela assimetria entre os contratantes). Importa destacar a opinião de Goldschmidt a esse respeito:

Nesse viés – o dos reflexos da globalização neoliberal sobre os direitos sociais – o ideário neoliberal difunde um “discurso de crise” do Direito do Trabalho, que

culmina com a conclusão de que o intervencionismo estatal de proteção ao trabalhador atrapalha a nova onda econômica, suprimindo o investimento e, por isso, causando a derrocada do emprego. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 121-122).

Afirma-se, portanto, que as mudanças legislativas em matéria laboral não acarretar condições prejudiciais ao trabalhador, ser humano que se coloca à disposição do outro portando apenas sua energia vital – canalizada na força de trabalho – mediante a qual luta para garantir sua subsistência e de sua família. Necessário resistir às iniciativas precarizantes e que almejam desconstituir o patamar civilizatório alcançado. Imprescindível impedir retrocesso e o desequilíbrio de forças nas relações laborais.

Invoca-se aqui a relevante a posição de Camino, em relação à necessidade de implementar regras e métodos juslaborais que permitam alcançar a igualdade entre patrão e trabalhador, cuja relação acarreta desigualdade intrínseca manifesta na hierarquia jurídica, que culmina na vulnerabilidade de uma das partes. A principal tarefa do Direito do Trabalho, é mitigar tal desigualdade e garantir ao trabalhador paridade no embate com o empregador. Nas palavras da autora:

O direito do trabalho é uma política de Estado destinada a garantir o direito social ao trabalho para os trabalhadores hipossuficientes, garantindo-lhes um patamar mínimo de igualdade na negociação com o capital. É instrumento de realização substancial da igualdade, direito fundamental assegurado no artigo 5º da Constituição, razão de estar, seu conteúdo mínimo, assegurado nos artigos 7º, 8º, 9º e integrado no espaço nobre dos direitos fundamentais. (CAMINO, 2013, p. 43).

A pessoa humana deve ser, sempre, o objetivo da lei laboral. A garantia de condições de trabalho que permitam o livre desenvolvimento

do trabalhador, e promovam a sua dignidade é o fim último da legislação trabalhista. Neste sentido, relevante o pensamento de Sarmiento:

A centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se logo na organização da Lei maior. Se as constituições anteriores começavam disciplinando a estrutura estatal e só depois enunciavam os direitos fundamentais, a Carta de 88 faz o oposto, principiando pela consagração dos direitos das pessoas. A inversão não foi gratuita. Trata-se do modelo adotado em diversas constituições europeias do 2º pós-guerra, que indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais em nosso sistema jurídico. Tal prioridade, por outro lado, se entrevê também na elevação dos direitos fundamentais à qualidade de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, CF), o que ocorreu pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo. Como cláusulas pétreas, os direitos são garantidos como “trunfos”, postos ao abrigo da vontade das maiorias políticas, mesmo as mais qualificadas. (SARMENTO, 2016, p. 72-73).

O ser humano, na condição de pessoa trabalhadora, deve ser o fim da ordem jurídica estatal. Isso é especialmente verdade no que diz respeito à ordem jurídica laboral. O direito do trabalho surgiu e existe como medida de proteção ao trabalhador vulnerável, e, por isso, não deve ser desvirtuado para servir aos interesses patronais exclusivamente. Necessário traçar uma linha demarcatória que proteja a dignidade do trabalhador ao mesmo tempo que garanta a continuidade da atividade econômica do empregador.

A centralidade da pessoa humana é o que orienta a proteção e assistência ao trabalhador, que não deve limitar-se ao aspecto material da relação de trabalho, pois, o trabalhador deve ser valorizado como pessoa. Não é possível compreender o trabalho como mercadoria ou, na concepção do direito romano, como uma relação de arrendamento. “O trabalho não se esgota em um intercâmbio de prestações patrimoniais, mesmo quando exista tal intercâmbio, sendo que estão em primazia os vínculos jurídico-pessoais,

que constituem uma relação comunitária entre trabalhador e empregador.” (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 47).

Esta relação está dominada pelo princípio da lealdade recíproca. Por parte do empregador, há o dever de proteção e assistência. E são princípios fundamentais decisivos do Direito do Trabalho o dever de assistência do empregador e o dever de fidelidade do trabalhador. Também o dever de igualdade de tratamento tem estreita conexão com estes dois (HUECK; NIPPERDEY, 1963, p. 47).

Goldschmidt assevera que o Estado não é o único produtor do Direito em sociedade. Embora seja o maior produtor de normas, e, por isso, tenha o principal dever de proteger o trabalhador em sua atividade legislativa, o Estado pode socorrer-se da atividade normativa produzida pela sociedade civil, em especial através da negociação coletiva. A atividade sindical deve, portanto, também ser direcionada à proteção da pessoa humana trabalhadora (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 177).

Necessário, portanto, que a atividade normativa, seja estatal ou privada (mediante a negociação coletiva), seja exercida sempre para implementar ações afirmativas da dignidade da pessoa humana, protegendo o trabalhador na sua condição de pessoa, de cidadão.

Mas, para que o Estado cumpra o seu papel precípua e fundamental, inclusive implantando ações afirmativas da dignidade da pessoa humana pela via legislativa e pela via das políticas públicas, corrigindo as citadas discriminações, é necessário que os trabalhadores exerçam sua cidadania, vale dizer, que reivindiquem e lutem por seus direitos tão sofridamente conquistados ao longo da história, exigindo o cumprimento da Constituição, principalmente na afirmação e promoção da dignidade da pessoa humana. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 158).

Por todo o acima exposto, seja através da ação estatal, seja através da articulação dos trabalhadores e trabalhadoras mediante a atividade

sindical, e mesmo mediante a articulação da sociedade civil na defesa dos seus direitos conquistados, é possível afirmar a importância de uma “necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco.” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 15-21).

## 5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão é possível afirmar que o trabalho desempenha essencial papel na manutenção da pessoa humana trabalhadora, e de sua célula familiar. Também é de primordial importância para o atual sistema produtivo da sociedade, essencialmente se associarmos o modelo econômico e o político no contexto mundial após o ano de 2000.

Os interesses contrapostos entre trabalho e capital geram conflitos constantes e que demandam respostas da sociedade, à medida que esta depende do equilíbrio e pacificação os interesses conflitantes das classes sociais envolvidas, os detentores dos meios de produção, e os prestadores de trabalho subordinado.

As crescentes taxas de desemprego e de subemprego causam alarme e insatisfação social, relegando milhões de pessoas à condições de vida que violam a dignidade da pessoa humana. Trabalhadores e trabalhadoras em todo o mundo enfrentam situações de trabalho em extrema precariedade e insegurança, que ameaçam a integridade física e psicológica da pessoa que depende da cessão de sua força de trabalho para sobreviver.

O capital, apoiado na lógica da economia de mercado, demanda menor rigor nas regras que regem as relações laborais, sob o pretexto de que tais regras apresentam-se como verdadeiros obstáculos ao crescimento econômico. Os Estados cedem às demandas do capital e, sob ameaça de desinvestimento e estagnação econômica, estabelecem condições que

precarizam o trabalho e forçam as pessoas trabalhadoras a desempenhar sua atividade profissional em situações de extrema insegurança. Os milhões de trabalhadores e trabalhadoras que se submetem a tais condições precárias passam a formar uma nova classe social, a qual se denominou: o precariado.

Tais pessoas passam sua existência em permanente estado de incerteza, desconfiança e insegurança. O desmonte do sistema de proteção social estabelecido pelos direitos trabalhistas e previdenciários acentua essa insegurança, e os trabalhadores e trabalhadoras passam a aceitar essa realidade como imutável e submetem-se, resignadamente, à qualquer trabalho que lhe for oferecido.

A “mercantilização” do trabalho, tratado como mercadoria comprada e vendida livremente, e a terceirização da mão-de-obra, se apresentam como principais estratégias de crescimento econômico, em detrimento dos efeitos negativos nas condições de trabalho e, por consequência, nas vidas das pessoas trabalhadoras.

Assim, o direito do trabalho, seja estatal, seja produzido entre as partes mediante a articulação profissional e da negociação coletiva, deve retomar seu papel protetivo da pessoa humana trabalhadora, que deve ser considerada como centro, como fim dessa mesma legislação social. As ondas reformadoras da legislação devem ser interpretadas sob a ótica protetiva (que deu origem ao direito laboral) do polo mais débil da relação laboral, o trabalhador, pessoa física que dedica sua força de trabalho aos interesses do detentor dos meios de produção, como meio de subsistência pessoal e de sua família.

É para a garantia da segurança, da integridade física, moral e psicológica do trabalhador que devem ser editadas as normas reguladoras das condições de execução do trabalho. E é sob essa ótica que devem ser interpretadas todas e quais quer normas laborais, reconhecendo-se, contudo, que tal proteção não deve ser exercida sem limites, mas deve levar em conta a preservação da atividade econômica, sem, entretanto, privilegiar demasiadamente esta última em detrimento da primeira. Isso deve ser assim, sob pena de retirar do ser

humano seu valor intrínseco e primazia no ordenamento jurídico, sem a qual, essa mesma pessoa humana restará violada em sua dignidade, passando a ser considerada mero meio, e não fim em si mesma.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* 5. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1998.

ANTUNES, Ricardo. A desconstrução do trabalho e a explosão do desemprego estrutural e da pobreza no Brasil. In: CIMADAMORE, Alberto D.; CATTANI, Antônio David et al. (org.). *Produção de pobreza e desigualdade na América Latina*. Tradução: Ernani Ssó. Porto Alegre: Tomo Editorial/Clacso, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 10. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSCHETTI, Ivanete. Precarização do trabalho e expropriação dos direitos da seguridade social. In: NAVARRO, Vera Lúcia; LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza (org.). *O avesso do trabalho IV: terceirização: precarização e adoecimento no mundo do trabalho*. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2017.

CAMINO, Carmen. Direito do trabalho e direitos humanos: O exercício da resistência na trincheira da constituição. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. (org.). *Temas de direito e processo do trabalho*. Vol. 2. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 19-45.

CASTEL, Roberto. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução: Iraci D. Poleti. Petrópolis: Vozes, 1998.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. A terceirização é o gatilho neoliberal impiedoso contra a classe trabalhadora: mata, mutila corpos humanos e dilacera a organização coletiva obreira. In: NAVARRO, Vera Lúcia; LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza (org.). *O avesso do trabalho IV: terceirização: precarização e adoecimento no mundo do trabalho*. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2017.

FONTES, Virgínia. *O Brasil e o capital-imperialismo. Teoria e história*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2010.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade como forma de resistência*. São Paulo: LTR, 2009.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 18. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Carl. *Compendio de derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1963.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD. Dados e Estatísticas*. Disponível em: <https://ibge.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2018.

LEITE LOPES, Jose Sergio *et al.* *A ambientalização dos conflitos sociais*. Núcleo de Antropologia da política, Relume Dumará, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado: a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *Sociologia do direito: desafios contemporâneos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Tradução: Cristina Antunes. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. (Invenções Democráticas, v. IV).



# IDENTIDADES COLETIVAS E RESISTÊNCIA: COLONIALIDADE E SUBALTERNIDADE A MULHER INDÍGENA<sup>1</sup>

Thais Janaina Wenczenovicz<sup>2</sup>

**Resumo:** Resistências e novas estratégias políticas de lutas acompanham os Povos Indígenas no Brasil Contemporâneo. O artigo discutirá as demandas sociais e identitárias, conflitos territoriais, experiências de afirmação de direitos étnicos e coletivos a partir do lugar ocupado pela mulher. Em se tratando de mulher indígena a situação torna-se ainda mais complexa devido a sua designação na teia das relações socioculturais desenvolvidas no decorrer da trajetória histórica. As mulheres estão entre as principais vítimas da violência praticada contra a população indígena no mundo. O procedimento metodológico utilizado é o método bibliográfico-investigativo.

**Palavras-chave:** Identidade. Comunidades indígenas. Mulheres. Resistência. Subalternidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios que a América Latina enfrenta na busca pela igualdade é a inclusão dos direitos dos povos indígenas entre as prioridades enquanto políticas públicas. Inúmeros são os desafios, já que vivem na América Latina mais de 800 povos indígenas, com uma população próxima de 45 milhões e, se caracterizam por sua ampla diversidade cultural,

---

<sup>1</sup> Este texto é uma versão revisada da comunicação apresentada no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI realizado nos dias 19, 20 e 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, em Brasília-DF, sob o tema: “DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas”, em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

<sup>2</sup> Docente Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Professora Colaboradora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Educação em Educação na Universidade Estadual do Paraná e Docente Titular no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC.

demográfica, política, social e territorial – incluindo os povos em isolamento voluntário até a presença marcante nas áreas e assentamentos urbanos.

Em grande parte da América Latina constata-se o quadro de omissão dos poderes públicos na efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais as comunidades indígenas, que associada à demora na demarcação, proteção e fiscalização das terras corroboram com a minimização cultural, resultando em violência estrutural, fome, pobreza extrema e doenças – incluindo morte prematura de crianças indígenas por falta de assistência médica adequada. A falta de saneamento básico, associada à falta de água potável também estão entre as demandas de diversos países na tentativa de diminuir a violência às populações indígenas e garantir dignidade humana.

Acrescenta-se ao contexto, o percurso da história dos povos indígenas na América Latina, marcado por diferentes processos e formas de injustiça e violências institucionalizadas como a negação da matriz linguística, minimização sociocultural e vulnerabilização e subalternidade.

Em se tratando de mulher indígena a situação torna-se ainda mais complexa devido sua designação na teia das relações socioculturais desenvolvidas no decorrer da trajetória histórica. As mulheres estão entre as principais vítimas da violência praticada contra a população indígena no mundo. As indígenas são citadas pelas estatísticas como aquelas que têm mais chance de serem violentadas fisicamente do que outras mulheres, em diversos bancos de dados e estatísticas de organismo nacionais e internacionais. A exemplo pode-se citar o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), dados da CEPALSTAT,<sup>3</sup> Comissão Nacional de Direitos Humanos, Comissão de Estatística das Nações Unidas (United Nations Statistical Commission) que organizou o Conjunto Mínimo de Indicadores de Gênero - CMIG (Minimum Set of Gender Indicators - MSGI), dentre outros.

---

<sup>3</sup> Acesso em: <https://www.cepal.org/pt-br/datos-y-estadisticas>

A Comissão de Estatística das Nações organizou o Conjunto Mínimo de Indicadores de Gênero - CMIG (Minimum Set of Gender Indicators - MSGI), constituído por 63 indicadores (52 quantitativos e 11 qualitativos) que apresentam de forma sistematizada informações destinadas à produção nacional e à harmonização internacional de estatísticas de países e regiões relativamente à igualdade de gênero e ao empoderamento feminino. Com esta publicação, o IBGE apresentou os resultados de grande parte desses indicadores para o Brasil, contribuindo, assim, para o preenchimento de importante lacuna na produção de estatísticas de gênero. As informações estão organizadas segundo os cinco domínios estabelecidos no CMIG – Estruturas econômicas, participação em atividades produtivas e acesso a recursos; Educação; Saúde e serviços relacionados; Vida pública e tomada de decisão; e Direitos humanos das mulheres e meninas – e fornecem um panorama, ainda que sucinto, das desigualdades de gênero no País, com importantes elementos para reflexão de estudiosos e formuladores de políticas públicas.

Para a construção dos 38 indicadores divulgados e de domínio público, foram utilizados dados provenientes do IBGE, como a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, as Projeções da População por Sexo e Idade, as Estatísticas do Registro Civil, a Pesquisa Nacional de Saúde - PNS e a Pesquisa de Informações Básicas Estaduais - Estadic, bem como dados de fontes externas oriundas do Ministério da Saúde, da Presidência da República, do Congresso Nacional, do Tribunal Superior Eleitoral - TSE e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP. Destaca-se que todos os indicadores, estão em consonância com a metodologia recomendada pelas Nações Unidas.<sup>4</sup>

Também enquanto estatísticas é possível encontrar dados nos Relatórios da Conselho Indigenista Missionário, Conselho Nacional de

---

<sup>4</sup> Acesso em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>

Justiça (CNJ), banco de repositório de Universidades (Dissertações e teses), espaços aos quais estão disponíveis estudos com alusão ao acesso à Justiça pelos povos indígenas, doenças, territorialidade, etc. Nessa direção pode-se apontar também as políticas e as práticas relacionadas à Educação em Direitos Humanos, ao acesso ao direito à educação, a terra e aos recursos econômicos.

O devido estudo divide-se em três partes. A primeira aborda elementos da trajetória histórico-política e social das comunidades indígenas na América Latina. A segunda traça elementos acerca do conceito de violência e seus desdobramentos nas comunidades indígenas em relação à mulher e a última parte indica alguns dados que versam sobre a violência contra as mulheres indígenas.

Enquanto procedimento metodológico utiliza-se do método bibliográfico-investigativo, acompanhado de documentos jurídicos como suporte contidos na Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº143 de 25 de julho de 2002; na Declaração das Organizações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007); na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, ratificada pelo Congresso Nacional em dezembro de 2006, e promulgada no país pelo Decreto-Lei nº 6.177, de 1º de agosto de 2007; na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada pelo Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006; cartas e decretos da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) e a Constituição do Brasil de 1988. Para a comparação de dados e bases estatísticas empregam-se os indicadores do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2016, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi).

## 2 COLONIALIDADE E DECOLONIALIDADE: COMUNIDADES INDÍGENAS EM ANÁLISE

Diversas são as áreas e autores que se preocuparam em discutir o termo colonialismo e colonialidade. Em sua maioria, os autores coincidem com o conceito de colonialismo como a política de exercer o controle ou a autoridade sobre um território ocupado e administrado por um grupo de indivíduos com poder militar, ou por representantes do governo de um país ao qual esse território não pertencia, contra a vontade dos seus habitantes que, muitas vezes, são destituídos de parte dos seus bens materiais (terra) ou imateriais (língua e cultura), incluindo os direitos políticos de participação coletiva e individual que detinham.

Segundo a autora indiana Gayatri Spivak (2008, p. 33), é através do colonialismo que se instaura uma nova forma de organização de mundo, através de uma “sujeição semifeudal a uma sujeição capitalista”, estando seus estudos aplicados à realidade de seu país.

Na América Latina surge o Grupo Latino-americano de Estudos Subalternos, em meados de 1990 com o intuito de discutir o Colonialismo e seus desdobramentos. Nesse contexto, é necessário citar a obra *Colonialidad y modernidad-racionalidad*, de 1992, do peruano Aníbal Quijano. Os estudiosos da teoria pós-colonial que viviam nos Estados Unidos lançaram um Manifesto inaugural, publicado pela primeira vez em 1995, inserindo a América Latina no debate pós-colonial (BALLESTRIN, 2012, p. 6).

De acordo com o Manifesto inaugural, Ranajit Guha inspirou a fundar um projeto similar dedicado ao estudo dos subalternos na América Latina, já que se trata de processos que apontam para busca de novos objetos e metodologias para atuação política.<sup>5</sup> (MANIFESTO, 1998, p. 70 apud BALLESTRIN, 2012). O grupo que discorria sobre as sociedades plurais, inferiorizadas pelo pensamento europeu, exotizada em contraste com as

---

<sup>5</sup> Tradução dos autores.

sociedades “desenvolvidas”, tendo como seu grande expoente crítico o argentino Walter Mignolo desenvolveu significativas contribuições na ressignificação epistemológica para os grupos sociais da América Latina. Sua perspectiva crítica e divergências o fazem fundar em 1998, o Grupo Modernidade/Colonialidade, e desagregar o grupo latino, alegando que os estudos subalternos não rompem de maneira suficiente com os autores eurocêntricos (MIGNOLO, 1998 apud BALLESTRIN, 2012).

O descontentamento da caracterização de “periferia” e “subdesenvolvimento” para tratar dos países e do subcontinente também impulsionou essa novas designações e estudos de muitos pesquisadores. Parte dos pesquisadores entendiam essas caracterizações como uma justificativa para subordinação dos Estados-nação pós-coloniais durante os séculos XIX e XX, quando se estabeleceu e expandiu o capital internacional, e que segue até os dias de hoje. Neste sentido, surgem os termos decolonizar e descolonizar para auxiliar no processo de compreensão de diversos elementos constituintes na gênese da formação econômica, política e sociocultural da América Latina.

Nesse debate Zaffaroni (2015, p. 186) afirma:

*Pero no podemos ingresar al tratamiento del colonialismo en el marco latino-americano sin afrontar una cuestión previa que, de entrada, nos plantea el propio colonialismo cuando, para impedir de raíz cualquier análisis de su accionar, opta por negar directamente nuestra existencia, o sea, afirmando rotundamente que no existimos, que no somos nada. Así, el colonialismo y algunos de sus acólitos locales suelen decir que “Latinoamérica no existe, que no tenemos nada en común entre los latinoamericanos.*

Por sua vez, a expressão “decolonial” não pode ser confundida com “descolonização”. Em termos históricos e temporais, esta última indica uma superação do colonialismo; por seu turno, a ideia de decolonialidade indica exatamente o contrário e procura transcender a colonialidade, a face obscura da modernidade, que permanece operando ainda nos dias de hoje em um

padrão mundial de poder. Trata-se de uma elaboração cunhada pelo grupo Modernidade/Colonialidade nos anos 2000 e que pretende inserir a América Latina de uma forma mais radical e posicionada no debate pós-colonial, muitas vezes criticado por um excesso de culturalismo e mesmo eurocentrismo devido à influência pós-estrutural e pós-moderna. (BALLESTRIN, 2012)

De acordo a Walsh (2009, p. 15-16):

*Suprimir el “s” y nombrar “decolonial” no es promover un anglicismo. Por el contrario, es marcar una distinción con el significado en castellano del “des”. No pretendemos simplemente desarmar, deshacer o revertir lo colonial; es decir, pasar de un momento colonial a un no colonial, como que fuera posible que sus patrones y huellas desistan de existir. La intención, más bien, es señalar y provocar un posicionamiento – una postura y actitud continua– de transgredir, intervenir, in-surgir e incidir. Lo decolonial denota, entonces, un camino de lucha continuo en el cual podemos identificar, visibilizar y alentar “lugares” de exterioridad y construcciones alternativas.*

Por sua vez, Colaço (2012), indica que prefere utilizar o termo “decolonial” e não “descolonial”, pois o conceito em inglês é decoloniality e sobre esse termo existe um consenso entre os autores vinculados a essa perspectiva de estudo. Já com relação à tradução para espanhol e português não há uma posição unânime. Entretanto, preferimos o termo decolonial, pelos mesmos motivos que Walsh (2009, p. 15-16). A autora prefere utilizar o termo “decolonial”, suprimindo o “s” para marcar uma distinção com o significado de descolonizar em seu sentido clássico. Deste modo quer salientar que a intenção não é desfazer o colonial ou revertê-lo, ou seja, superar o momento colonial pelo momento pós-colonial. A intenção é provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, uma luta contínua.

Castilho (2013) corrobora, afirmando que a opção pelo termo “descolonial” e não “decolonial” no decorrer da pesquisa decorre não só de uma opção terminológica, mas reflete uma escolha teórica e política da autora

no que tange ao conteúdo político e epistemológico da discussão que envolve a utilização de um termo ou de outro no bojo desse campo de estudo.

Para os autores que sustentam a necessidade de utilização da expressão “decolonial”, como Catherine Walsh, o prefixo “des” indicaria que os objetivos dessa corrente estariam sintetizados somente por meio da superação do colonialismo. Entretanto, no sentido político e estratégico, reconhece-se que a utilização do termo “descolonial” é mais utilizada nos artigos científicos traduzidos para o português de autores que utilizam a expressão “descolonização” não como simples superação do colonialismo, mas como síntese de uma ferramenta política, epistemológica e social de construção de instituições e relações sociais realmente pautadas pela superação das opressões e das estruturas que conformam uma geopolítica mundial extremamente desigual. Considera-se a utilização do prefixo “des” como estratégica porque, dada a baixíssima utilização desses autores e desse campo de estudo no campo jurídico, é necessário considerar de que maneira tais autores vem sendo traduzidos para a língua portuguesa. Apesar dessa ressalva estratégica, destaca-se que o debate em torno da “decolonialidade” ou “descolonialidade” é extremamente relevante e deve ser introduzido e aprofundado conforme as ideias e discussões vão se tornando mais presentes para a literatura jurídica brasileira.”

### **3 INDICADORES DE VIOLÊNCIA SOBRE AS MULHERES INDÍGENAS E MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA**

Analisar a violência imposta à mulher indígena exige buscar razões endógenas e exógenas ao sistema a qual as mesmas estão inseridas. As mulheres indígenas têm sido vítimas de ações violentas no contexto das suas próprias sociedades, enquanto contato inter-étnica acrescido das relações de colonialidade.

Segundo Meentzen (2007, p. 33),



*En general, las mujeres indígenas están en una situación de desventaja en relación con los hombres indígenas, a lo menos, por las siguientes razones: En la mayoría de los pueblos indígenas, las mujeres llevan una recargada carga de trabajo, en cantidad y duración de tareas; con la responsabilidad de la alimentación y el cuidado de la salud de todos los miembros de la familia (traer la leña, el agua y alimentar a los animales, etc.); además de que en muchos pueblos indígenas las mujeres son productoras agrícolas, ganaderas y recolectoras. Asimismo, las niñas deben trabajar desde muy temprana edad en el cuidado de los animales, de sus hermanos menores y en las tareas domésticas. En muchos casos ellas tienen menos acceso a la educación o la realizan de forma irregular. En comunidades rurales, aún es frecuente que no puedan tomar decisiones sin permiso del padre o esposo, incluso para desplazarse. También existe una gran brecha entre hombres y mujeres indígenas en acceso a recursos dentro y fuera de sus comunidades. En algunos pueblos indígenas las mujeres heredan menos que los hombres y su acceso es menor cuando se reparten las tierras comunales entre las familias.*

A violência tem assumido formas diversas, dentre as quais a silenciosa/psicológica e a física. A violência praticada contra a mulher indígena realiza-se tanto em termos interpessoais como sociais e étnicos, principalmente nos embates do cotidiano ocorrendo de forma continuada, tornando-se naturalizada em diversos espaços e grupos sociais. Dentre as formas de violência direta estão o assassinato, a tentativa de assassinato, o homicídio culposo, a ameaça de morte e outras variadas formas de ameaças, as lesões corporais dolosas, o abuso de poder, o racismo, a discriminação étnico-cultural e a violência sexual.

A título de exemplo pode-se citar de acordo com os índices apresentados pelo Conselho Indigenista Missionário as mais de cinco dezenas de assassinatos<sup>6</sup> de indígenas nos mais variados estados brasileiros no ano de

<sup>6</sup> Os casos de assassinato estão relacionados em sua maioria a questão de demarcação de terras. Das 1.113 terras indígenas reconhecidas, em processo de reconhecimento pelo Estado brasileiro

2016. Das 56 vítimas, 12 eram do sexo feminino e tinham idades entre 3 e 56 anos. As outras 44 pessoas, do sexo masculino, tinham idade entre 2 e 58 anos. Do total de vítimas, incluindo homens e mulheres, 8 eram menores, e tinham idade entre 2 e 17 anos. Pelo menos 18 mortes ocorreram em decorrência de brigas e/ou consumo de álcool. Em 5 casos, observou-se que as mortes se deram em virtude de conflitos fundiários nos estados da Bahia, Maranhão e Mato Grosso do Sul (CIMI, 2016, p. 80)

A violência contra as comunidades indígenas, em sua maioria corresponde a questões de demarcações territoriais,<sup>7</sup> ataques sobre os territórios, invasões, desmatamento, destruição de patrimônio, exploração ilegal de recursos naturais, contaminação de nascentes e rios, queimadas e incêndios, caça ilegal, e contaminação por agrotóxico, dentre outras ações que atingem as terras indígenas.

Soma-se a esse contexto, a desumanização, a escravização, os aldeamentos com as perdas territoriais, a depreciação semântica generalizante e a tentativa de redução linguística constituíram formas políticas violentas de negação das diferenças e práticas históricas de invisibilidade.<sup>8</sup> Isso é o que Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 57) denomina de conhecimento-regulação, característico da ciência e do pensar modernos.

Outra forma de violência experienciada pelas comunidades indígenas é a tentativa de assassinato. O Conselho Indigenista Missionário registrou em 2016, 23 casos de tentativas de assassinato. As ocorrências ocorreram nos estados do Amazonas (1), Bahia (1), Maranhão (1), Mato Grosso do Sul (16), Pernambuco (1), Roraima (1) e Santa Catarina (2). A título

---

ou reivindicadas pelas comunidades, até agosto de 2016, apenas 398, ou 35,7%, tinham seus processos administrativos finalizados, ou seja, foram registradas pela União (CIMI, 2016).

<sup>7</sup> Segundo o Conselho Indigenista Missionário, a morosidade nas demarcações das terras reforça o sentimento de abandono do Estado para com as comunidades afetadas. Pode-se citar o caso da Terra Indígena (TI) São Gabriel/São Salvador, do povo Kokama, localizada no município de Santo Antônio do Itá, no Amazonas, que teve seu Grupo Técnico criado em 25 de abril de 2003, mas doze anos depois, seus trabalhos ainda não foram concluídos.

<sup>8</sup> Ver em CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: estudos de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

de exemplo, pode-se citar os atos ocorridos no estado do Mato Grosso do Sul, onde registraram-se 16 tentativas de assassinatos, dos quais oito foram realizados durante ataques a comunidades indígenas, como o ocorrido no tekoha Guarani-Kaiowá de Ita Poty, no município de Dourados, quando um indígena foi ferido durante um ataque de fazendeiros (CIMI, 2016, p. 87).

Geralmente as tentativas de assassinatos também estão relacionadas aos conflitos territoriais. Em sua maioria, os ataques contra as comunidades foram realizados por homens fortemente armados e com facilidade de ingresso nas terras indígenas por conhecerem a região e possuir bons meios de locomoção. Apesar das denúncias e dos pedidos de proteção aos órgãos de segurança nacional e estatal, os conflitos e as práticas de violência são constantes. Já os organismos protetores das comunidades indígenas, como a Funai – através de seus servidores – declaram-se impotentes diante das negativas a esses pedidos de ajuda.

Submetidas a um processo de dupla-vitimização em suas próprias sociedades, vítimas das ações violentas de estranhos e pessoas de sua convivência, as mulheres indígenas viram as formas e sujeitos violentadores aumentar com o passar dos anos. As ações de violência acompanham a trajetória histórica das mulheres indígenas, já que desde o processo de ocupação e povoamento essas são expostas a processos coletivos de desumanização de toda ordem. Acrescenta-se também o fato de reproduzirem a inferioridade social e política das mulheres na conjuntura local, bem como a ação constante do ideário do patriarcado nas áreas coloniais e neocoloniais, onde continuam a vitimá-las.

Apesar do contexto peculiar das sociedades indígenas, a situação da mulher em relação à violência não é muito distinta da situação da mulher não-indígena, porém é possível afirmar que no caso das mulheres indígenas a opressão e a violência relacionada ao gênero encontra fatores potencializadores. Como gênero compreende-se a construção psicossocial do masculino e do feminino que pode ser concebido em vários aspectos: como

aparelho semiótico; como símbolos culturais evocadores de representações, conceitos normativos com grande interpretação de significados, organizações e instituições sociais, identidade subjetiva; como divisões e atribuições assimétricas de características e potencialidades (SAFFIOTI, 2004).

Há quem argumente que a violência nas comunidades contemporâneas atingiu tal grau de perversidade que se naturalizou, mas independentemente da validade ou não de tal premissa, fundamental mesmo é a compreensão da extensão e gravidade desse fenômeno social. Não há como omitir que desde muito a violência permeia grande parte das relações sociais, tendo, portanto, a mesma, passado por um processo de banalização. Por um lado, a sua concretização adentra e se efetiva nas comunidades indígenas permeada de uma série de questionamentos acerca da linha entre o que é e o que não é violência.

É no movimento entre as determinações sócio estruturais, as conquistas culturais e as iniciativas dos indivíduos em sua singularidade que se definem formas de ser e agir quanto às relações de gênero (SANTOS, 2005). Assim, vão sendo construídos e redefinidos papéis que mulheres e homens assumem na sociedade.

Também é possível reconhecer a presença de ameaças variadas no cotidiano feminino nas terras indígenas. Dentre elas pode-se citar os vários casos de racismo e discriminação étnico culturais, bem como o assédio moral e sexual, exploração de indígenas como “trabalhadoras sexuais”, lesão corporal, sedução e estupro, estupro e atentado violento ao pudor, rapto e estupro, agressão causada por investigação de paternidade e tentativas de estupro. Em tais situações a violência contra as mulheres indígenas assume um caráter específico e até icônico.

O relatório da Procuradoria da República do Estado da Paraíba registra um caso de racismo e discriminação étnico cultural com uso de um meio de comunicação – rádio na seguinte forma:

VÍTIMA: Comunidades  
 POVO: VÁRIOS  
 MUNICÍPIO: SANTA R I T A  
 LOCAL DA OCORRÊNCIA: Rádio FM de Santa Rita  
 DESCRIÇÃO: A Rádio FM/PB veiculou, no Dia do Índio, mensagens ofensivas contra os povos indígenas durante o Programa Tony Show.  
 MEIO EMPREGADO: Ofensas racistas. (PR. Assessoria de Comunicação da Procuradoria da República-PB, 2017)

Como já apontado, neste e em outros exemplos ser uma mulher indígena significa viver sob o espectro da subalternidade e vulnerabilização. Para além da discussão sobre a exposição da maioria das mulheres indígenas a situações adversas relaciona-se a uma conjuntura histórica de colonialidade, já que aos olhos do colonizador, a mulheres indígenas eram marcadas por sua perversidade sexual.

Quijano (2005, p. 117) adverte que a formação de relações sociais fundadas nessa ideia de inferiorização e invisibilidade, produziu na América identidades sociais historicamente novas: índios, negros e mestiços, e redefiniu outras. Assim, termos com espanhol e português, e mais tarde europeu, que até então indicavam apenas procedência geográfica ou país de origem, desde então adquiriram também, em relação às novas identidades, uma conotação racial. E na medida em que as relações sociais que estavam configurando eram relações de dominação e tais identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes, com constitutivas delas, e, conseqüentemente, ao padrão de dominação que se impunha. Em outras palavras, raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população.

Posteriormente, foram absorvidos pelos processos de aculturação, assimilação, integracionismo, que corroboraram com o processo de marginalização e subalternização dos indígenas. Para Spivak (2010), o sujeito subalterno é aquele cuja voz não pode ser ouvida ou permanece silenciado. Também costumeiramente aparece como constituição de mais um “outro”,

uma classificação essencialista que acaba por não incorporar a noção de *différance* ou hibridismo.

Nessa mesma linha, Dussel argumenta que a modernidade, assentada e iniciada nos pilares do colonialismo, justifica uma ‘práxis irracional da violência’ (Dussel, 2000, p. 49). Por consequência a violência torna-se uma constância na cotidianidade cristalizando-se por séculos nas comunidades indígenas.

Outra forma de violência temida nas comunidades indígenas é o óbito de crianças – situação que afeta diretamente a mulher. O Cimi (2016) e a Sesai apontam em suas bases estatísticas que o número de mortes de crianças indígenas de 0 a 5 anos em 2015 atingiu 599 registros em apenas um ano. Dentre as causas de morte os órgãos indicam a falta de atendimento médico nas regiões em que as tribos estão inseridas e, também, as precárias condições de vida nesses locais, desdobrando-se em fome e enfermidades. Também há ocorrência de mortes por causa de intoxicação por agrotóxicos, em decorrência a ação usual de agrotóxicos e pesticidas nessas regiões. Ao serem pulverizados no ar por aviões, os venenos contaminam o solo e a água utilizada pelos indígenas para consumo e preparo de alimentos.

Acrescentam-se as formas de violência também os vários casos de desassistência na área da saúde. Mesmo com a evolução e inclusão das comunidades indígenas nas políticas públicas e acesso ao direito à saúde, o Cimi registrou 52 casos de desassistência na área da saúde nos seguintes estados: Acre (2), Amapá (1), Amazonas (2), Bahia (1), Maranhão (11), Mato Grosso (5), Mato Grosso do Sul (4), Minas Gerais (1), Pará (9), Rio de Janeiro (1), Rio Grande do Sul (1), Rondônia (3), Roraima (2), Santa Catarina (2), São Paulo (2) e Tocantins (5). (RELATÓRIO CIMI, 2016. p. 117)

A título de exemplo pode-se citar um caso ocorrido em abril de 2015, no Estado do Rio Grande do Sul, mais especificamente na cidade de Mato Castelhano tendo como motivo de denúncia à falta de atendimento médico na cidade:

VÍTIMA: Comunidade

POVO: Kaingangue

TERRA INDÍGENA: Mato Castelhana

MUNICÍPIO: Mato Castelhana

DESCRIÇÃO: A prefeitura do município de Mato Castelhana se nega a utilizar recursos previstos em uma portaria estadual que garante atendimento qualificado à saúde indígena. Em uma decisão judicial de primeira instância, o juiz alegou que os indígenas ocupavam terras de maneira irregular e que, por conta disso, não haveria razão para a prefeitura ser obrigada a fazer uso dos recursos. Segundo uma procuradora da República, essa atitude revela um “tipo de preconceito velado”, porque o argumento da prefeitura local é de que, como não há terra indígena oficialmente reconhecida, os índios ali residentes não teriam direito a um tratamento diferenciado na área de saúde. Contudo nem a lei e nem a portaria condicionam o exercício desse direito à regularização fundiária. Foi dito em sentença que os indígenas eram atendidos juntamente com o restante da população local através do SUS. O estado do Rio Grande do Sul, com base na portaria nº 41/2013, disponibilizou o valor de R\$ 4 mil mensais ao município em prol dos índios, mas a prefeitura se nega a utilizar os recursos. A procuradora da República informa que a recusa municipal em utilizar os recursos é ilegal, pois impede que os índios tenham acesso a “um serviço que constitui a materialização de um direito fundamental social”. (RELATÓRIO MINISTÉRIO PÚBLICO/RS - 09/04/2015).

Há também casos de morte por desassistência à saúde, nos Estados do Acre (1), Pernambuco (1) e Roraima (1). Em Pernambuco, uma adolescente apresentou sintomas semelhantes à chikungunya e foi a óbito. Segundo a comunidade Xukuru, 60% dos indígenas apresentaram os mesmos sintomas como edemas, dores no corpo e na cabeça, manchas e coceira. Na aldeia vivem 250 pessoas inseridas em 61 famílias. Nessa região há poucos médicos e em casos de emergência, os indígenas precisam se dirigir para o hospital municipal, onde nem sempre são atendidos. Outro vetor de doenças é a qualidade da água ingerida pelos indígenas. A maioria ingere água não

potável e, a água que chega através dos órgãos públicos chega por meio de caminhão-pipa, sendo armazenada em baldes e tonéis, possíveis criadores de mosquitos (RELATÓRIO CIMI, 2016, p. 126).

A violência contra a mulher indígena e o processo de revitimização aponta para a crença do colonizador de que estas são dotadas de inferioridade social e política e os reflexos de tal crença são visíveis através da consolidação do patriarcado nas áreas coloniais e neocoloniais, onde continuam a vitimá-las. A violência contra a mulher indígena costuma ser brutal, muitos com atos de perversidade e toda sorte de intimidação muitas vezes refundada pelos discursos de exclusão ódio tão presentes no contexto atual.

#### **4 CONCLUSÃO**

Analisar os processos de violência contra as mulheres indígenas no Brasil traz consigo inúmeras indagações. Com base neste tema, torna-se imprescindível buscar novas e renovadas bases epistemológicas para melhor compreensão destas dinâmicas consolidadas através do colonialismo e da colonialidade do poder e do saber.

Calcado no ideário de colonialidade, constrói-se um olhar de que o corpo das indígenas é violentável, já que a mesma é vista como ser inferior. A prova é dada quando se constata que há centenas de mulheres indígenas desaparecidas e mortas no Brasil e América Latina.

A situação de pobreza em que vivem muitos povos indígenas está relacionada com as violações estruturais dos seus direitos à livre determinação, a terra, e os recursos presentes nos seus territórios. O direito a terra é um pilar central para o apoio às condições alimentares e o reforço das raízes culturais e linguísticas dos povos indígenas e, em meio ao estado de vulnerabilidade desponta a violência.

Assassinatos, austeridade nas políticas públicas, fome, enfermidades, extermínio cultural, genocídio, homicídios, preconceito, dentre outros figuram



no contexto da maioria das etnias nativas. Muitas mortes vêm precedidas de mutilação, estupro e tortura. As mulheres pobres- incluindo as indígenas, em particular, têm sido o alvo.

Inicialmente se desencadeou o ocultamento da diversidade, posterior a regulação jurídica inicial, o contexto foi permeado pela prática de ações que levaram a invisibilidade e da negação de direitos, seguida dos processos de aculturação e assimilação - razão de uma persistente racionalidade colonialista que resulta por diversas ocasiões em confrontos diretos ao direito e à justiça, além do detrimento de toda a riqueza cultural própria.

Além disso, o diálogo intercultural foi falho em muitos momentos, pois minimizou a ancestralidade, o reconhecimento dos sistemas de saberes, cosmovisão e conceitos de cotidianidade dos povos indígenas, em particular das mulheres, adolescentes e jovens nativas. Os programas ou iniciativas estatais de erradicação da violência, além de não garantir a participação das organizações de mulheres indígenas em todas as etapas do processo, requerem a abertura de espaços de reflexão dessas mulheres sobre a conceitualização da violência e suas manifestações, segundo as suas necessidades. Geralmente as crianças e jovens indígenas também não são ouvidos, para saber o que pensam e como vivem a violência.

Sabe-se que cada cultura possui o seu próprio conceito de identidade e liberdade e que os povos indígenas são culturas em constante transformação. Entretanto, para as mulheres indígenas, lutar por igualdade e combater a violência está ligado ao exercício dos seus direitos individuais e coletivos, de acordo essencialmente com seu espaço de fala e vivências. Faz parte do seu bem viver, das suas responsabilidades e capacidades coletivas proteger e coexistir em paz com a 'Mãe Terra'. Isto inclui também o direito de exercer livremente atividades econômicas, políticas e socioculturais de cada um dos povos; bem como ter acesso e pertencimento sobre seus territórios e seus recursos, que muitas vezes são afetados pelo ideário de colonialidade com o uso extensivo das grandes corporações e o endosso dos Estados.

## REFERÊNCIAS

- ANAYA, S. James. *Los pueblos indígenas em el derecho internacional*. Tradução Luis Rodrigues-Piñero Royo, Pablo Gutierrez Veja, Bartolomé Clavero. New York, USA: Ed. Trota, 2005.
- BALLESTRIN, Luciana. O Giro Decolonial e a América Latina. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 36., 2012, Águas de Lindóia. *Anais [...]*. Águas de Lindóia, 2012. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/>. Acesso em: 01 ago. 2018.
- BEVERLEY, John. Introdução. In: BEVERLEY, John. *Subalternidad y representación: debates em teoría cultural*. Tradução: Mayrlene Beiza y Sergio Villalobos-Ruminott. Madrid: Iberoamericana, 2004.
- BRIGHENTI, Clovis A. Colonialidade do poder e a violência contra os povos indígenas. *Revista PerCursos*, Florianópolis, v. 16, n. 32, p. 103-120, set./dez. 2015.
- CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: estudos de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.
- CASTRO-GOMEZ, Santiago; GOSFROGUEL, Ramón (comp.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del Hombre, 2007. p. 127-167.
- DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000.
- GUHA, Ranajit. *Dominance without hegemony: history and power in colonial india*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- LANDER, Edgardo. Marxismo, eurocentrismo y colonialismo. In: BORON, Atilio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (comp.). *La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2006.
- LINERA, Alvaro Garcia. *A Potência Plebéia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MEETZEN, Angela. *Relaciones de género, orden e identidad femenina en cambio: El orden social de los aymaras rurales peruanos desde la perspectiva femenina*. Lima: Centro Bar tolomé de las Casas, 2007.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

SAFFIOTI, Heleith I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. (Coleção Brasil Urgente).

SANTOS, Silvana Mara de M. *O pensamento da esquerda e a política de identidade: as particularidades da luta pela liberdade de Orientação Sexual*. 333 p. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia/ILSA-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1998.

ZAFFARONI, E. Raúl. El Derecho latinoamericano en la fase superior del Colonialismo. In: FERREYRA, Raúl Gustavo. *El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México*. *Revista Pensar en derecho*, 2014.

ZAMBRANO ESCOVAR, Marta. *Trabajadores, villanos y amantes: encuentros entre indígenas y españoles en la ciudad letrada*. Santa Fe de Bogotá (1550-1650). Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2008.

CASTILHO, Natalia Martinuzzi. Pensamento descolonial e teoria crítica dos direitos humanos na América Latina: um diálogo a partir da obra de Joaquín Herrera Flores. (Dissertação). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/00000A/00000A6C.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CEPAL/ONU. Comissão Econômica para a América Latina e Caribe. *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Síntesis. Chile: Imprensa Oficial, 2015. Disponível em: <http://www.cepal.org/es/publicaciones>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Relatório – Violência contra os povos indígenas no Brasil. Dados de 2015*. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Relatório – Violência contra os povos indígenas no Brasil. Dados de 2016*. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2016/relatoriodados2016.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

COLAÇO, Thais Luzia. *Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o Direito e o Pensamento Decolonial*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

CPPT/Brasil. Comissão Pastoral da Terra (CPPT/Brasil). *Centro de Documentação – Dados e Notas*. Disponível em: <https://cptnacional.org.br>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

IBGE. *Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163>. Acesso em 15 de maio de 2018.

Convenção sobre Diversidade Biológica (ABS). In: *Conhecimento Tradicionais*. Trad. Carlos Potiara Castro. Montreal, 2012. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/infokit/revised>. Acesso em 25 de março de 2017.

MAB. Movimento de Atingidos pelas Barragem (MAB). Relatório da Comissão Especial das Barragens. In: *Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH)*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br>. Acesso em 25 de março de 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas (ONU). *Relatório da 1ª Conferência Mundial sobre os Povos Indígenas*. Nova Iorque, 2014. Disponível em <http://www.onu.org.br>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

OIT. Organização Internacional do Trabalho (OIT). *Convenio 169*. Disponível em: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/>. Acesso em 10 de mar. 2017.

QUIJANO, Anibal. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Castro Gómez, Santiago; Grosfoguel, Ramón. (orgs) Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. Disponível em: <http://www.unsa.edu.ar/histocat/hamoderna/grosfoguelcastrogoomez.pdf>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. Gabinete de Comunicação Social. *Notícias diversas*. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br>. Acesso em: dezembro de 2017.

SESAI. Secretaria Especial de Saúde Indígena. *Dados e Estatísticas*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/saude-indigena>. Acesso em 09 de maio de 2018.

SPIVAK, Gayatri C. Estudios de la Subalternidad. In: *Estudios postcoloniales. Ensayos fundamentales*, 2008. Disponível em: [http://www.oozebap.org/biblio/pdf/estudios\\_postcoloniales.pdf](http://www.oozebap.org/biblio/pdf/estudios_postcoloniales.pdf). Acesso em: 09 de julho de 2018.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, 2009. Disponível em: <http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-estado-y-sociedad.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2018.

