Projeto ***QUALIFICA***

# Qualificação do Projeto de TCC do Curso de Direito (Volume Único)

2º Semestre de 2020

ISBN: 979-85-818-2528-0

***COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":***

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos

## *ORGANIZAÇÃO DA COLETÂNEA*

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

## *EDITORAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DA COLETÂNEA*

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

***ISBN: 979-85-818-2528-0***

## *FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS*

Avenida Governador Roberto Silveira, nº 910

Bom Jesus do Itabapoana-RJ

CEP: 28.360-000

Site: www.famescbji.edu.br

Telefone: (22) 3831-5001

**Projeto Gráfico da Capa:** Tauã Lima Verdan Rangel

O conteúdo de cada trabalho é de responsabilidade exclusiva dos autores.

A reprodução dos textos é autorizada mediante citação da fonte.

**FICHA CATALOGRÁFICA**

Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves – Famesc

F143p Faculdade Metropolitana São Carlos.
Projeto Qualifica, volume único: qualificação do projeto de TCC do curso de direito : 2. semestre de 2020 / Faculdade Metropolitana São Carlos ; organização Tauã Lima Verdan Rangel e Neuza Maria de Siqueira Nunes. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ : [s.n.], 2020.

Inclui bibliografia.
Modo de acesso: World Wide Web: http://www.famesc.edu.br/biblioteca/.
ISBN 979-85-818-2528-0

1. FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – CURSO DE DIREITO - TRABALHOS ACADÊMICOS 2. DIREITO – TRABALHOS ACADÊMICOS 3. DIREITO - PESQUISA I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. RANGEL, Tauã Lima Verdan (org.) III. NUNES, Neuza Maria de Siqueira (org.) IV. Título

CDD 340

# *COMISSÃO CIENTÍFICA*

**Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães**
Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos

**Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel**
Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso

**Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes**
Coordenadora Institucional de Extensão Universitária

*COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":*

Qualificação do Projeto de TCC

Curso de Direito

Faculdade Metropolitana São Carlos

## *COMISSÃO ORGANIZADORA*

**Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães**
Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos

**Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel**
Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso

**Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes**
Coordenadora Institucional de Extensão Universitária

**Profa. Ma. Fernanda dos Santos Cúrcio**
Docente do Curso de Direito

**Prof. Me. Oswaldo Moreira Ferreira**
Docente do Curso de Direito

# S U M Á R I O

**APRESENTAÇÃO** ..... **10**
Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

**A justiça negocial no processo penal: o acordo de não persecução penal como instrumento de política criminal na reprovação e prevenção de crimes de médio potencial ofensivo** ..... **13**
Alencar Cordeiro Ridolphi

**Subtração de sêmen humano? Uma reflexão sobre a (im)possibilidade de afastamento das obrigações afetivo-familiares para o furtado** ..... **51**
Alessandra Kelly Guimarães dos Santos

**A pertinência do novel crime de descumprimento de medida protetiva no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher diante da cultura androcêntrica** ..... **75**
Carolina Esposte Campos

**Aplicabilidade aos agentes militares de segurança pública quanto as transgressões disciplinares: exame de mérito ou legalidade do ato administrativo** ..... **98**
Glauco Barroso Pimentel

**Guarda Municipal armada? uma análise sobre a (in) constitucionalidade na utilização de armas de fogo por Guardas Municipais** ..... **115**
Gustavo Silva dos Santos

**O Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF) em análise: uma análise à luz da (im)possível violação ao princípio constitucional da vedação à bitributação** ..... **144**
Hugo Leonardo Ribeiro Avila

**Mulheres "mulas": uma análise da vulnerabilidade de gênero no tráfico internacional de drogas ..... 176**
Lorena Alves Sá Viana Pimentel

**Herança digital em debate: dissensos e ruídos no reconhecimento do instituto em face de uma possível ausência normativa ..... 193**
Luana Barroso Cardoso

**Estupro virtual: uma análise sobre os impactos da ausência de um tipo penal específico para a conduta delituosa digital ..... 219**
Luciano Silva da Veiga Oliveira

**Inclusão do portador de necessidades especiais físicas à luz do direito à mobilidade urbana ..... 233**
Márcio Amorim Nicolau

**Dignidade para quem? Crianças e adolescentes em situação de rua e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente ..... 245**
Marcio Pereira de Jesus Campos

**O lado obscuro da mente humana no direito: ruídos e empecilhos na aplicação do direito penal brasileiro em relação à figura do "predador sexual" ..... 274**
Marcos de Aguiar Antonio Junior

**A (in)existência de ativismo judicial à luz do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 pelo Supremo Tribunal Federal ..... 292**
Mayara da Silva Parrine

**Abandono socioafetivo: a desvalorização do afeto nas relações familiares e o direito à indenização por abandono socioafetivo ..... 320**
Natalia Santos Balbino

**Ortotanásia e direitos fundamentais: reflexões sobre o exercício bioético da interrupção da vida.....342**
Nier Sérgio Cordeiro Barbosa

**O sistema único de saúde e seus desafios no fornecimento de um serviço de qualidade.....359**
Pablo de Souza Seródio

**O estado de coisas inconstitucional em sede de sistema penitenciário feminino brasileiro: violação dos direitos prisionais das mulheres e o entendimento firmado na ADPF nº 347/2015 .....376**
Raiane Souza de Oliveira Teixeira

**A Lei nº 13.142/2015 em pauta: uma análise sobre os efeitos do tipo penal do homicídio qualificado na forma do artigo 121, §2º, inciso VII, do Código Penal: reflexos acerca dos impactos sobre a segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, no período de 2017 a 2019.....412**
Shamantta de Paula Mendes

**Imunidade tributária religiosa: impoluto benefício constitucional em defesa à liberdade religiosa ou mecanismo indireto de interferência, por parte do Estado, às instituições religiosas?.....442**
Thalia Machado dos Santos

**Dispensa de licitação na contratação de serviços relacionados à saúde durante a pandemia do COVID-19.....471**
Thaynná dos Santos Santana

**Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: hipertrofia a compreensão normativa do sistema acusatório. uma análise aos limites interpretativos da Suprema Corte Brasileira .....492**
Thiago Ribeiro da Silva

**Integração das Comarcas ou retrocesso ao acesso à justiça? Um olhar para a Resolução nº 37/2020 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) e os reflexos negativos sobre o futuro do Judiciário.....518**
Viviane Castro Sobral

# APRESENTAÇÃO

A Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC), ciente da necessidade de formar profissionais que atendam as demandas da região, idealizou e programou cursos com o objetivo de inovar na concepção do perfil dos seus egressos: conscientes de seu papel e de suas responsabilidades na contribuição para o crescimento da região e para o fortalecimento de suas raízes históricas. No que concerne à missão institucional, tem-se: "A FAMESC tem como missão formar profissionais de nível superior, garantindo qualidade, solidez, segurança e modernidade, visando ao desenvolvimento socioeconômico e cultural da região na qual está inserida".

Com o curso de Graduação em Direção, a excelência acadêmica, visa imprimir uma formação competente para a prática profissional, além de uma visão crítica e ética, alicerçada em disposição para a investigação e para o estudo continuado. O projeto busca garantir a integração entre a teoria e a prática, a inserção no contexto regional e no compromisso social. Todo o arcabouço curricular se complementa com atividades extraclasses, exercidas pelos discentes em outros Cursos e atividades, ou fora da Instituição, no intuito de enriquecimento curricular e acréscimo de suas potencialidades para a atuação do profissional de Direito.

São ofertadas aos discentes para a conquista de habilidades que caracterizam o seu perfil profissional, no qual se fundem a competência técnica e conceitual, a capacidade de administrar percepções, disponibilidade para ouvir e a habilidade para negociar; com mente aberta para entender as mudanças e flexibilidade suficiente para se adaptar a elas; do trabalho em equipe, criativo, cooperativo e colaborativo; do domínio de línguas e da tecnologia e, principalmente, a capacidade de pensar estrategicamente e propor soluções inovadoras e decisões profissionais embasadas na ética, no bem-comum e na preocupação com as mudanças da sociedade em busca de desenvolvimento sustentável.

O perfil do Curso se inspira e se volta para o contexto sócio regional das Regiões Norte e Noroeste Fluminense em que se insere, bem como regiões circunvizinhas de grande expressão e busca, através da atuação de seus egressos, a formulação de novos conhecimentos e na sua ação extensionistas, consolidar e aperfeiçoar o processo de crescimento da cidadania e das Instituições que compõem tais regiões.

A partir de tais variáveis para a formação diferenciada de profissionais alinhados com um cenário contemporâneo que reclama novas perspectivas formacionais, o "Projeto Qualifica", como iniciativa da Disciplina de Projeto de

Pesquisa, se apresenta como uma proposta diferenciada de qualificação dos discentes no nono período.

O escopo de tal projeto visa promover um contato imprescindível entre os discentes e o cenário acadêmico, a partir de bancas, constituídas por docentes do Curso e membros convidados. Para tanto, a iniciativa do projeto avalia, além dos tradicionais componentes indissociáveis dos projetos de pesquisa, elementos diferenciadores e colaboradores para o ambiente acadêmico, a exemplo de: criticidade sobre temáticas contemporâneas, vanguardismo para abordagem das propostas eleitas, interdisciplinaridade com áreas que desbordam do Direito e de sua visão dogmático-tradicional.

Nesta seara, em sua sétima edição e em processo de consolidação institucional, o "Projeto Qualifica" materializa importante instrumento de perspectiva arrojada que culminará na confecção de trabalhos de conclusão de curso capazes de contribuir para a Comunidade Acadêmica e para o cenário em que a Instituição se encontra inserida.

Desejamos uma boa leitura a todos!

**Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel**
*Docente da Disciplina de Projeto de Pesquisa*
*Coordenador Institucional de Pesquisa e de Trabalho de Curso*

# A JUSTIÇA NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL NA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DE CRIMES DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO

Alencar Cordeiro Ridolphi

## INTRODUÇÃO

Discussões relativas à forma como o Estado e o Direito lidam e devem lidar com o fenômeno da criminalidade não são uma novidade nos debates acadêmicos, políticos e filosóficos da história. Por séculos a fio, autores, pensadores, estadistas têm dedicado suas vidas e suas obras em pensar em como o Estado deve atuar para prevenir e reprimir a prática de delitos. Não é diferente na contemporaneidade.

No mesmo sentido, entender o que é o crime e os seus reflexos na vida em sociedade, quem é o criminoso e como contê-lo e puni-lo, também, são abordagens longevas e complexas. Deste modo, não há como estudar a criminalidade sem, necessariamente, passar pelo debate de assuntos como o conceito e a definição do crime, da figura do criminoso, do delito como um fenômeno social e das próprias estruturas e ideologias de funcionamento da sociedade e do Estado como um todo, dentro de um contexto lógico-temporal em que a análise está inserida.

O Direito Penal possui um especial espaço nessa discussão, pois, por meio da norma penal positiva o Estado estabelece quais são aquelas condutas socialmente reprováveis em uma determinada sociedade, bem como quais são as sanções que devem ser aplicadas àqueles que agirem nas formas e situações proibidas pelo ordenamento jurídico. Nesse

contexto, o Direito Processual Penal tem o condão de regulamentar a mão punitiva do Estado, criando uma *persecutio* sobre a qual *o jus puniendi* estatal deve ser aplicado sobre a pessoa do infrator, seja para condená-lo, ou para absolve-lo.

Assim sendo, dentro da perspectiva constitucional brasileira, o processo penal deve observar uma série de princípios garantidores de direitos da pessoa investigada, objetivando sempre evitar o arbítrio e os excessos do Estado sobre o indivíduo. Desse modo, a observância do devido processo legal, a presunção de inocência do investigado/denunciado, a obrigatoriedade da ação penal pública e a publicidade dos atos judiciais são alguns exemplos que servem de instrumento ao direito processual penal na busca pela limitação do poder do Estado na aplicação do direito penal.

Nessa perspectiva, a lógica de estruturação e funcionamento dos órgãos e entidades estatais, bem como a formulação e aplicação de políticas públicas e das leis propriamente dita, podem servir de instrumentos ao Estado para a formulação e execução de políticas criminais. Sob esta ótica pode se dizer que há uma verdadeira observação de como o Estado Democrático brasileiro se organiza em relação ao enfrentamento da criminalidade.

Assim sendo, o instrumento do acordo de não persecução penal inserido no ordenamento jurídico brasileiro através do Código de Processo penal por meio da redação do artigo 28-A pode ser analisado sob o prima de seus efeitos práticos como política criminal do Estado brasileiro na prevenção e reprovação dos crimes afetados por este novo instituto jurídico, o que, caso confirmado, se revela uma significativa modificação de paradigmas sobre como o aparato jurídico penal e processual penal do Estado lida com o fenômeno da criminalidade.

## 2 TEMA

A justiça negocial no processo penal: o acordo de não persecução penal como instrumento de política criminal na reprovação e prevenção de crimes de médio potencial lesivo.

## 3 PROBLEMÁTICA

O acordo de não persecução penal pode funcionar efetivamente como política criminal na reprovação e prevenção de crimes de médio potencial lesivo?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar se o acordo de não persecução penal desempenha o papel de efetivo instrumento de política criminal para reprovação e prevenção de crimes de médio potencial ofensivo

### 4.2 Objetivos Específicos

- Analisar o histórico e a função da pena na sociedade;
- Discorrer sobre o Direito Penal Mínimo no direito brasileiro;

- Discutir o acordo de não persecução penal como instrumento de política criminal.

## 5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: o acordo de não persecução penal tem características processuais e, também, tem o efetivo condão de server como instrumento de política criminal
- Hipótese 02: o acordo de não persecução penal não tem o condão de servir como instrumento de política criminal e, da forma que foi estruturado, representaria apenas conteúdo processual e de constitucionalidade questionável

## 6 JUSTIFICATIVA

Estudar o acordo de não persecução penal e sua relação com o processo penal e a política criminal é fazer uma análise da própria estrutura de Estado e de Sociedade que o Brasil busca construir. Como o país, enquanto Estado Democrático de Direito, quer constituir-se como sociedade e lidar com o fenômeno social da delinquência? Como deseja estruturar o próprio direito penal enquanto instrumento punitivo do Estado? Essa é a relevância e a importância do tema proposto, fundamentalmente. Parafraseando Foucault (1987), uma forma de se buscar entender o funcionamento de uma sociedade é analisando como ela lida como fenômeno da criminalidade.

Foucault (1987, p. 28) destaca, ainda, que os sistemas punitivos são fenômenos sociais que "não podem ser explicados unicamente pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas fundamentais". De acordo com o citado autor, os sistemas punitivos derivam de uma concepção de castigo e, ainda que os métodos utilizados sejam mais suaves, é sempre uma forma da estrutura impor uma maneira de castigar os "corpos", de sancionar àquele que se desvirtua do *establishment*. Trata-se de uma forma de se interagir o corpo individual com o mundo político e não deixa de ser uma forma de se buscar o controle dos corpos (indivíduos em suas relações sociais).

Nesse contexto de estruturas estatais que visam o controle social e o controle dos comportamentos dos corpos em sociedade, entendendo corpos como os indivíduos em seus comportamentos individuais e interações sociais, o Estado faz uso de métodos que visam institucionalizar e conferir legitimidade em como lidar com o crime e o criminoso. A política criminal é uma dessas formas utilizadas pelo Estado. Segundo Lira (1964 *apud* VERAS 2016, p. 21), "a política criminal constituirá o traço da união entre a criminologia e o direito penal". Pode parecer simplista, mas esse singelo conceito traz uma significativa gama de complexidades.

A política criminal, entendida em uma concepção mais atualizada e abrangente, não visa, apenas, o controle da criminalidade e a redução de condutas consideradas delituosas; não é apenas formular meios de repressão, pois, se assim o fosse, não haveria muita distinção objetiva quanto ao direito penal ou em relação à criminologia. Assim sendo, a política criminal visa, sobretudo, analisar e propor soluções que ultrapassem o direito penal para lidar com o controle da criminalidade em uma sociedade complexa, possuindo uma função política que deve estar presente em todos os poderes do Estado e pode ser empregada em diferentes tipos de políticas públicas ou de políticas sociais, em leis, diretrizes e na própria administração executiva do Estado (VERAS, 2016).

Longe de buscar uma definição fechada e por acabada do conceito de política criminal, Veras (2016), destaca que esse conceito, assim como o direito, é algo evolutivo e inacabado, desenvolvendo-se conforme o passar dos tempos e a própria transformação das sociedades. A autora relata, ainda, uma tendência contemporânea de interrelação entre política criminal, populismo, sensacionalismo e sentimento de vingança, que têm trazido questões de política criminal, cada vez mais, para o debate político de poder (e polarizado) no mundo ocidental, com um viés de desumanização dos seres humanos (VERAS, 2016). A política criminal ocidental vem se tornando uma discussão globalizada.

Entrementes, a política criminal atual no Brasil, assim como em outros países ocidentais, foi, e ainda é muito influenciada por escolas da criminologia que se desenvolveram no decorrer do século XX, fomentadas por reflexões históricas e sociológicas sobre o fenômeno do crime. As teorias críticas à criminologia positivista – aquela que contribuiu para uma construção histórica do direito penal em que consagrou a figura do criminoso como o do homem delinquente, nato – passaram a introduzir no direito penal e, sobretudo, na política criminal, uma abordagem mais sociológica e fenomenológica para o a análise e as relações com a criminalidade. A conduta criminosa, além disso, é uma construção social, assim como a figura do criminoso recai sobre aquele sujeito que não se amolda ao padrão social pré-constituído (XAVIER, 2008).

Essa abordagem mais sociológica e fenomenológica da questão da criminalidade possibilitou uma série de inovações na forma como o Estado e a Sociedade lidam com o fenômeno criminal, uma nova abordagem e aplicabilidade para o *jus puniendi in concreto* (VIANA, 2019). Para Viana (2019), o direito processual penal serve de instrumento para o direito penal, operacionalizando o direito estatal de punir o delinquente. Dentro desse contexto, o acordo de não persecução penal, inserido no Código de Processo Penal, advém de uma inovação de política criminal do Estado brasileiro, que vista trazer um aspecto

negocial, mais consensual para a justiça criminal pátria, alterando a forma como o Estado atua na reprovação e prevenção de crimes.

Como pode ser observado, e retomando a perspectiva abordada por Veras (2016), partindo do pressuposto de que a política criminal possui um caráter sociológico embrenhado em todas as estruturas de funcionamento do Estado e da sociedade, *in casu*, o acordo de não persecução poderia ser analisado como um mecanismo de política criminal introduzido no Estado brasileiro por meio de uma inovação legislativa em matéria penal processual e que pressupõe a formalização de uma nova metodologia com a qual o Estado busca lidar com o fenômeno criminal (VIANA, 2019).

Nesse sentido, nas palavras de Ridolphi e Rangel (2020), o acordo de não persecução penal representa uma inovação sobre como o Estado pode realizar a persecução penal de uma forma mais célere e objetiva, em determinados casos, ou mesmo afastar a persecução. Apesar de a alteração legislativa relativa ao tema ter incluído apenas um artigo (o 28-A) no Código de Processo Penal, essa inclusão, representa, na verdade, uma "enorme transformação na própria política criminal do país" (RIDOLPHI; RANGEL, 2020, online). Contudo, traz uma série de discussões que precisam ser muito bem trabalhadas, dentre elas, a avaliação do acordo em questão como efetivo instrumento de política criminal objetivando a prevenção e a repressão dos delitos por ele abarcados.

Consoante destacado por Viana (2019), a persecução penal, tradicionalmente aplicada, geralmente, apresenta-se como um moroso e desgastante processo, provocado por fatores diversos como a lentidão dos processos judiciais, dentre outros e, por consequência, ineficiente. Essa morosidade, muitas vezes, desperta uma sensação de injustiça, de ausência e ineficiência do Estado e de impunidade, o que acaba por reverberar nas relações em sociedade. Assim, banaliza-se o poder estatal de punir, o que acabar por

desvirtuá-lo de suas finalidades de controle social e da criminalidade, transformando-o apenas em mais um processo burocrático do Estado, contudo, sem efeito prático.

Esse efeito indesejado é o que precisa ser muito bem trabalhado no acordo de não persecução penal. Para que ele tenha efeitos efetivos em sua propositura como um instrumento de política criminal propriamente dito, precisa ser muito bem estruturado e aplicado, sob o risco de também se tornar apenas mais um rito da burocracia estatal. Se assim o for, em nada haverá inovado em questões de política criminal. O sistema de justiça criminal prima, dentre outros objetivos, pela ressocialização e pela pacificação social e é nesse sentido que um instrumento de política criminal deve ser inserido pelo Estado, de forma a auxiliar o sistema de justiça criminal, lado outro, o efeito seria catastrófico, em sentido diametralmente oposto, fortificando a figura da "hipertrofia do direito penal" brasileiro (VIANA, 2019).

Destarte, o estudo da temática proposta, além de atualíssimo, mostra-se de significativa relevância, pois, como observado, representa, de certo ponto, uma reflexão sobre como o próprio Estado brasileiro tem pensado e estruturado seu *jus puniendi*. Consoante abordado por Souza (2019) o modelo tradicional de ação penal, mediante um oferecimento automático de denúncias, mesmo em casos de ilícitos de média gravidade e perpetrados sem emprego de violência ou grave ameaça, mostra-se ineficiente sob o ponto de vista da justiça criminal e da política criminal.

Os índices de criminalidade são alarmantes e crescentes, o que materializa a disfuncionalidade do modelo tradicional de justiça criminal, bem como a ineficiência das políticas criminais até em tão pautadas pelo Estado. Nesse sentido, o acordo de não persecução penal representa uma quebra e mudança de paradigmas (e uma tentativa) na busca pela solução e tratativa de litígios criminais de médio potencial ofensivo de forma alternativa (SOUZA, 2019). Assim, pretende-se por criar uma realidade em que, em um

contexto mais célere que a tradicional persecução penal, o Estado, através de um órgão público, pode fixar medidas com caráter de política criminal com maior visibilidade e interesse social.

Deste modo, atinge-se o acusado, a vítima, o bem jurídico tutelado e a coletividade como um todo. (SOUZA, 2019). Vê-se, desse modo, a atuação do acordo em questão como uma política criminal, funcionando através do processo penal, como um instrumento estatal em prol da prevenção e reprovação de condutas delituosas de médio potencial ofensivo e que busca construir uma simbologia de maior e melhor efetividade do Estado na lida com o fenômeno criminológico.

O acordo de não persecução penal, no formato que fora inserido no ordenamento jurídico brasileiro, tem muita influência do *plea bargaining* do direito norte-americano, dentre outras influências similares advindas do direito italiano, português, francês e alemão. No ordenamento jurídico americano, esse sistema negocial é a regra e sua aplicação no processo penal brasileiro tem, e muito, levantado uma série de críticas e questionamentos quando analisado à luz de princípios motores do ordenamento pátrio, como a garantia do devido processo legal, a presunção de inocência e princípio da obrigatoriedade da ação penal (VASCONCELLOS, 2014).

No Brasil, essa tratativa é ainda muito recente e carece de uma melhor e mais ampla sistematização de informações. Contudo, a penas a título de relevância sobre o assunto, de acordo com dados levantados por Vasconcelos (2014, p. 16), nos Estados Unidos da América, em 2002, analisando os processos criminais federais daquele país, cerca de "73% das investigações resultam em denúncias (ou seja, não são arquivadas), das quais 89% acabam em condenações, em que 96% se deram por meio de acordos entre acusação e defesa".

Outro estudo, este desenvolvido por Todeschini e Fayet Júnior (2019), destacam que, no ano de 2019, cerca de 90% dos casos criminais nos Estados Unidos da América foram resolvidos por meio da justiça negocial, sendo, inclusive, incentivada pela Suprema Corde estadunidense. Ou seja, significativa quantidade de matérias processuais criminais, naquele país, tem sido tratadas através da justiça negocial penal. Contudo, a temática envolta do acordo ainda é por demasiado discutida, bem como seus efeitos práticos na sociedade em matéria de política criminal.

Ainda, nas concepções Gomes Filho e Mattos (2019), as discussões doutrinárias e jurídicas sobre o tema têm feito uma confusão do acordo de não persecução penal com a colaboração premiada e com o *plea bargaining*, que, apesar de se referirem à justiça negocial, são institutos completamente diferentes, sobretudo quando analisado do sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro e suas implicações em política criminal.

No brasil, atualmente, existem outros formatos de justiça negocial penal, como, por exemplo, a colaboração premiada, a delação premiada e a transação penal, mas nenhum desses institutos, até então, tinham por abrangência um escopo de condutas tidas como criminalmente típicas tão amplo como o acordo de não persecução penal abrangeu, o que representa uma grande alteração na forma como o Estado brasileiro pretende por tratar significativa parcela de crimes, criando uma tendência despenalizadora no direito penal pátrio (TODESCHINI; FAYET JÚNIOR, 2019).

De acordo com dados da Agência Brasil (2020 *apud* LFG, 2018), em junho de 2016, a população carcerária no Brasil era de 726.712 detentos, com cerca de 40% desses presos acautelados provisoriamente por crimes ainda pendentes de conclusão da devida persecução penal. Segundo dados disponibilizados pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal, até 24 de janeiro de 2020, foram formalizados, em todo o Brasil, cerca de 1.119 acordos de não persecução penal. O Paraná

é o Estado com o maior número de acordos até então (271) e o Acre, o que menos tinha implementado tal sistemática (apenas 1) (BRASÍLIA, 2020).

Revela-se, portanto, que, tocantemente às possibilidades de aplicação e ampliação no uso do acordo de não persecução penal, há um significativo campo para expansão, restando, por certo, uma premente necessidade de se analisar seus efeitos e sua efetividade no tocante à prevenção e reprovação de crimes de médio potencial ofensivo, consoante preceituado pelo próprio *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019).

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

O tema proposto é rico em informações e abordagens, perpassando por vários conceitos e áreas de Estudo. Por conseguinte, para analisar o acordo de não persecução penal como um possível instrumento de política criminal capaz de atuar na prevenção e reprovação de crimes de médio potencial ofensivo, no formato de justiça negocial, faz-se necessária a abordagem de alguns conceitos, suas diferenças e interrelações. O *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº. 13.964, de 2019, preceitua o seguinte:

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] (BRASIL, 2019, s.p.).

A observação do aludido artigo é o ponto de partida, contudo, para melhor explorar e compreender o tema proposto, é de suma importância abordar a definição e a utilidade de alguns outros termos. Assim, é importante buscar entender o conceito de pena, direito penal, processo penal e a ideia do direito penal mínimo. Do mesmo modo, o que seria política criminal e a criminologia; o conceito de crime, de delinquente e de crimes de médio potencial ofensivo e o que seria a justiça negocial, tudo para melhor se adentrar no debate pretendido.

Inicialmente, há que se esclarecer que o artigo 28-A supracitado tem por objetivo de abrangência crimes de médio potencial ofensivo, que podem ser conceituados como aqueles delitos com pena mínima igual ou inferior a um ano e com pena máxima superior a dois anos. O conceito de crimes de médio potencial ofensivo advém de uma construção doutrinária por meio da interpretação do artigo 89 da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) (GOMES, 2009).

> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (BRASIL, 1995).

O aludido escopo de abrangência do acordo de não persecução penal decorre da própria leitura do *caput* do artigo em questão. Entretanto, não se aplica a todo e qualquer crime de médio potencial ofensivo, pois, consoante transcrito, o acordo de não persecução penal só terá o condão de atingir aqueles crimes com pena mínima inferior a quatro anos, desde que cometidos sem o emprego de violência ou grave ameaça (BRASIL, 2019). Para

melhor estudar e compreender as dinâmicas do fenômeno criminológico e sua relação com o Estado e com a sociedade, imperioso se mostra realizar uma análise do seguinte ponto de partida: o que é o crime? Quem é o criminoso?

Sem pretender adentrar profundamente no debate filosófico sobre essas questões, afinal, a doutrina criminológica e jurídica há séculos vem se debruçando sobre essas conceituações, produzindo uma rica gama de teorias nesse sentido. Em suma, o crime, sob o ponto de vista material contemporâneo, correlaciona-se à ação ou omissão relativa a uma conduta que é proibida, visando a proteção de um bem jurídico relevante (seja ele um bem material, psicológico, moral, etc), seja ele individual ou coletivo, sobre a qual a norma comina uma pena/sanção. Trata-se de uma violação a uma norma penal positivada por um ordenamento jurídico (COLHADO, 2016).

Nesse sentido, o crime, ou delito, pode ser observado como um fenômeno social inerente a toda e qualquer sociedade, contudo, o qual se materializa de formas diversas, a depender do contexto em que o fenômeno ocorre. Do ponto de vista analítico, o crime pode ser observado por duas vertentes: a bipartida e a tripartida. Para a teoria bipartida o crime seria um fato típico e antijurídico e para a teoria tripartida, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável (COLHADO, 2016).

O crime ainda pode ser analisado sob a perspectiva das teorias finalista e causalista. Para a teoria finalista, o delito consiste em um comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido a uma finalidade específica. A conduta criminal é direcionada objetivamente, com dolo ou culpa, e não um procedimento meramente causal. Por outro lado, para a teoria causalista, o crime é um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior, deixando de se considerar a natureza psíquica do agente delinquente. Nessa perspectiva, a culpabilidade não interessaria na análise do crime propriamente dito (COLHADO, 2016).

O criminoso, ou o delinquente, por conseguinte, também foi e é objeto de significativos debates filosóficos para a sua conceituação, não restando um conceito uníssono sobre o que seria, de fato, a figura do criminoso, ou do delinquente. Sinteticamente, na criminologia clássica, o criminoso era aquele detentor do livre arbítrio, um agente pecador que escolheu o caminho do mau. No final do século XIX, em especial após as contribuições de Cesare Lombroso, buscou-se criar um conceito e uma figura do criminoso como sendo um homem delinquente nato, tendo por base um determinismo biológico ou mesmo um determinismo social advindo de processos extrínsecos à genética humana. O homem criminoso é criminoso porque assim ele é. (BEOLCHI, 2020).

Com influências marxistas, a criminologia também desenvolveu uma teoria crítica sobre a figura do criminoso. Para esta corrente, o delinquente é resultado natural das relações das estruturas econômicas da sociedade, sendo o infrator também uma vítima da relação de luta de classes que cria um tipo ideal de delinquente (BEOLCHI, 2020).

Contemporaneamente, contudo, apesar das significativas contribuições trazidas pelas históricas escolas da criminologia (não se restringindo apenas a estas teorias apresentadas), entender o que seria o criminoso é uma tarefa complexa e interdisciplinar. Em resumo, simploriamente, para o direito penal atual, criminoso é aquele quem viola normas penais e que seja condenado por isso. Nesse sentido, qualquer um pode ser um criminoso. Entretanto, essa visão puramente objetiva não é capaz de analisar, com profundidade, por si só, as nuances, motivações, impactos e detalhes outros do fenômeno criminológico em uma sociedade (BEOLCHI, 2020).

Dito isso, cumpre-se buscar, ainda que sumariamente, entender: o que seria política criminal? O que seria criminologia? E o que seria o direito penal e processo penal? Essas são áreas de estudo distintas na seara criminal, contudo, com uma importante simbiose em suas atuações, consoante a seguir abordado.

Apesar dos significativos debates conceituais e filosóficos, em suma, pode se dizer que a criminologia se preocupa, primordialmente, com o estudo empírico do crime, do criminoso, da vítima e do controle social da criminalidade (PIETRO JÚNIOR, 2020).

Nesse sentido, diversas foram as contribuições jus-filosóficas na construção tanto do conceito quanto da ciência criminológica propriamente dita. Pissutto, em seu estudo, aborda algumas definições historicamente construídas:

> A Criminologia, como não poderia deixar de ser, não é definida de maneira uniforme, existindo muitas e variadas definições. - Nelson Hungria: "Criminologia é o estudo experimental do fenômeno crime, para pesquisar-lhe a etiologia e tentar a sua debelação por meios preventivos ou curativos".- Jean Merquiset: "Criminologia é o estudo do crime como fenômenos social e individual e de suas causas e prevenção". - Kinberg: "Criminologia é a ciência que tem por objeto não somente o fenômeno natural da prática do crime, como também o fenômeno da luta contra o crime". - Edwin H. Sutherland: "Criminologia é um conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinqüente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo" (PISSUTTO, 2015, s.p.).

Contemporaneamente, Molina e Gomes (1999) trazem, em sua obra, um interessante conceito para a criminologia no universo jurídico-sociológico-filosófico atual, como sendo:

> [...] ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplando este como problema individual e como problema social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente (MOLINA; GOMES, 1999, p. 39).

A criminologia é uma ciência humana, do ser, não exata, baseada na experimentação empírica da realidade, com o objetivo de compreender e explicar o universo do crime, de forma ampla. Por conta de tal amplitude, é considerada, também, uma ciência interdisciplinar, pois dialoga com diversos outros ramos de estudo, não apenas das ciências humanas, mas também junto a outras áreas temáticas, como as ciências sociológicas, médicas, químicas e biológicas, por exemplo (PIETRO JÚNIOR, 2020). De acordo com Molina e Gomes (1999), as principais funções da criminologia sob os objetos de seu estudo, são a busca pela explicação e prevenção do crime, a intervenção na pessoa do infrator e a avaliação dos diferentes e possíveis modelos de resposta ao crime.

A política criminal, por sua vez, diferentemente da criminologia, representa um conjunto de medidas estatais desenvolvidas com o objetivo de se evitar o cometimento de crimes, possuindo, também, um caráter repressivo contra aqueles crimes já praticados. A política criminal insere-se na própria estrutura do Estado de diferentes formas, como, por exemplo, com a formulação de leis penais pelo legislativo, através da aplicação da lei pelo poder judiciário ou, ainda, por meio de outros instrumentos normativos (FRATI; VIANA, 2019).

Existe uma discussão doutrinária acerca da individualidade, ou não, da política criminal em relação à criminologia. Entretanto, o entendimento majoritário é que a política criminal é um ramo autônomo de ciência criminal que se utiliza dos conhecimentos criminológicos também para tratar do fenômeno da delinquência e sua relação com o Estado, porém, com objetos, métodos e formas distintas da criminologia. Nesse contexto, a política criminal pode ser entendida como um método, ou uma ideologia em que os governos se utilizam, baseados em dados criminológicas, para tratar a questão da criminalidade (FRATI; VIANA, 2019).

A política criminal, assim como a criminologia e o direito penal, podem ser consideradas como ramos, espécies, do gênero ciências criminais (ou ciências penais), sendo, portanto, ramos autônomos, mas coexistentes. Hoffmann e Fontes (2018), destacam que a criminologia deve servir de orientação para a política criminal, de forma a possibilitar a prevenção de delitos e influenciar, também, na aplicabilidade do direito penal. Nas palavras dos autores: "essa ciência busca adotar programas de prevenção eficaz do comportamento delitivo, técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos sistemas de resposta ao delito" (HOFFMANN; FONTES, 2018, s.p.).

Nesse sentido, Nascimento, parafraseando Dotti (1999., p. 242), conceitua a política criminal como sendo:

> [...] o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Em sentido amplo, compreende também os meios e métodos aplicados na execução das penas e das medidas de segurança, visando o interesse social e a reinserção do infrator. Quanto a estes dois últimos aspectos, pode-se falar em política de execução penal e política penitenciária. Compete à política criminal fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do direito vigente e revelar o direito que deve vigorar; cabe-lhes ensinar-nos também a aplica-lo nos casos singulares em atenção a esses fins. Em síntese, pode-se afirmar que a Política Criminal é a sabedoria legislativa do Estado na luta contra as infrações penais. Ela deve ser concebida e executada dentro de uma realidade humana e social vigente, daí porque se fala na necessidade de se conjugar os seus objetivos, meios e métodos com uma dogmática realista. Esta deve ser considerada como um núcleo característico da ciência penal que deve partir de suas normas e de seus institutos, ajustando-os, porém, às exigências da coletividade e ao reconhecimento da condição humana de seus membros (NASCIMENTO, 2006, s.p.).

Entretanto, interessante e mais abrangente perspectiva sobre a política criminal é trazida nos estudos de Veras (2016). Segundo a autora, para além desse panorama

interrelacional da política criminal com a criminologia e com o direito penal, servindo a criminologia de bases e elementos para aplicação de políticas criminais, a política criminal, como ramo autônomo das ciências penais também pode ser observada de forma mais individualizada, ultrapassando os limites e barreiras da criminologia ou mesmo do direito penal (VERAS, 2016)). Não precisa, necessariamente, que toda questão atinente à política criminal esteja atrelada ao suporte ofertado pela criminologia. Este seria o mais relevante aspecto que marcaria a independência do ramo científico da política criminal.

Veras destaca, ainda, que "em outras palavras, seu desenvolvimento pode ser autônomo, não obstante, na maioria das vezes, tenha base em uma ideologia ou teoria da criminologia e se reflita na forma como se produz e se aplica o direito penal". (VERAS, 2016, p. 21). Ao se abordar esse conceito mais amplo da política criminal, em princípio, poderia se dizer difícil de diferencia-la de outros tipos de políticas públicas, como políticas sociais, culturais, educacionais dentre outras, por exemplo. Contudo, a análise da política criminal deve ser desenvolvida tendo por base seus efeitos e consequências em relação à criminalidade e não apenas o tipo de política objetivamente aplicada. Nesse sentido, ainda, se uma política educacional, habitacional, ou social tem o condão de surtir efeitos no fenômeno da criminalidade, tais políticas também podem ser exploradas sob o escopo de análise da política criminal (VERAS, 2016).

Nesse contexto de abordagem, cumpre-se também trabalhar o conceito e aplicabilidade do direito penal. Como já sobredito, o direito penal também pode ser considerado como um ramo autônomo das ciências criminais, conceituação esta que transcente ao mero entendimento da norma, positivação de leis que tipificam crimes e cominam penas. O direito penal, dentro das ciências criminais, é provavelmente o ramo mais popularmente conhecido e, portanto, algumas vezes, o senso comum acaba por confundir as discussões e misturando as características do direito penal com a criminologia e também

com as questões atinentes à política criminal que, por mais que possam interagir, como visto, possuem aspecto práticos e jusfiolsófico distintos (HOFFMANN; FONTES, 2018).

O direito penal, todavia, pode ser entendido sob uma perspectiva formal/estática, material e sociológica/dinâmica. Do ponto de vista formal ou estático, o direito penal se refere ao conjunto de normas criadas em um ordenamento jurídico que tipificam condutas consideradas como indesejadas, sob a rubrica de crime, delimita os seus agentes (configuram, portanto, as condições de identificar a materialidade e autoria de um crime), bem como estabelece sanções (CAETANO, 2014).

Do ponto de vista material, o direito penal relaciona-se com o objeto jurídico tutelado pelo Estado diante de comportamentos reprováveis capazes de atentar contra a paz social (CAETANO, 2014). O objeto jurídico tutelado é aquele de relevante valor, considerado vital para o contexto social em que está inserido, por isso a importância em sua proteção, como a vida, a liberdade e a propriedade, por exemplo. São aqueles bens fundamentais para a convivência e desenvolvimento humano de uma sociedade (NASCIMENTO, 2016).

Tocantemente à abordagem sociológica ou dinâmica do direito penal, pode se dizer que este, por fim, serve de instrumento de controle social, buscando racionalizar as relações e o convívio em sociedade (CAETANO, 2014). Assim, em sendo identificado o bem jurídico que merece relevante proteção por parte do Estado, bem como positivado o comportamento do qual espera-se proteger a sociedade de forma que não sejam violados seus bens jurídicos fundamentais/relevantes, o direito penal estabelece sua relação dinâmica com o controle do comportamento social.

O direito penal atua em diferentes e distintos aspectos da vida humana em sociedade: ele pode ser observado e aplicado na economia, no meio ambiente, nas relações de consumo, nas relações familiares, dentre outras diversas áreas. Queiroz, ao trabalhar o conceito de direito penal estabelece que:

> De acordo com a doutrina, o direito penal ou direito criminal é a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais (crimes e contravenções) e comina as respectivas sanções (penas e medidas de segurança).A definição é correta, mas incompleta, visto que, além de definir crimes e cominar penas, o direito criminal estabelece os princípios e regras que regulam a atividade penal do Estado, fixando os fundamentos e os limites ao exercício do poder punitivo, a exemplo dos princípios de legalidade, irretroatividade, humanidade das penas etc. As normas penais, notadamente as constitucionais-penais, estabelecem ainda a respectiva conformação político-jurídica estatal: liberal, democrática, autoritária, teocrática etc. **E os limites do direito penal são os limites do próprio Estado. O conceito dado inicialmente parece também confundir direito penal com legislação penal, isto é, confunde lei e direito, embora sejam coisas distintas** [...] (QUEIROZ, 2015, s.p.). (destaquei e negritei).

Portanto, em um sentido estrito, o direito penal pode ser observado como um conjunto de normas criminais, contudo, não se reduz apenas a isso, não se confunde direito penal somente com a formulação e execução das leis penais. O direito penal, para além da norma, observado como um saber científico (ciência do direito penal, como ramo autônomo das ciências criminais), tem por objetivo promover a interpretação, o conhecimento e a sistematização, de forma crítica do direito positivo, consubstanciando-se na própria forma de organização e funcionamento do Estado. O direito penal positivo é construído, reformulado e executado tendo por base, também, as próprias críticas formuladas pela ciência do direito penal (QUEIROZ, 2015).

Guimarães e Rosa (2017) destacam que o direito penal contemporâneo necessita de sólidos fundamentos teóricos que o legitimem, pois, tal ramo do direito tem o condão de atingir também um dos direitos fundamentais mais relevantes do homem, qual seja, a sua liberdade. O desafio atual do direito penal, para estes autores, não se lastreia apenas pelo controle do comportamento social através da norma penal positivada, mas, principalmente,

por transformar esse arcabouço normativo em um instrumento de eficiência no combate à criminalidade e na pacificação social (GUIMARÃES; ROSA, 2017).

Por isso, a sua interrelação com a criminologia e com a política criminal é de suma importância, pois daqueles ramos científicos o direito penal pode estrair fundamentos teóricos e, também, práticos para embasar a formulação e aplicação da norma penal e, por outro ângulo, o resultado da aplicabilidade do direito penal cria substratos para a análise realizada pela criminologia e pela política criminal. Essa interrelação funciona como um cículo vicioso. "A criminologia, a política criminal e o Direito Penal são os três pilares do sistema das ciências criminais, inseparáveis e interdependentes" (HOFFMANN; FONTES, 2018, s.p.).

Diante do até aqui observado, pode-se dizer que, apesar das diferenças pragmáticas e das especificidades da criminologia, da política criminal e do direito penal como ramos autônomos do gênero ciências criminais, a interrelação entre esses ramos científicos é notória. Assim, a criminologia busca entender o fenômeno delitivo, de forma a prestar auxílio à elaboração de políticas criminais que podem e devem ser empregadas pelo Estado de variadas maneiras, dentre elas, através do próprio direito penal (SANNA, 2013).

Deste modo, constrói-se um direito penal embasado no contexto fático fenomenológico, fundamentado por uma experimentação científica e metodológica da realidade em que está inserida a sociedade. Deste modo, busca-se evitar a criação de normas punitivas inócuas ou mesmo excessivamente punitivas que, na prática, não teriam a funcionalidade de lidar objetivamente com o fenômeno criminológico e nem com a prevenção e reprovação de crimes. Caso assim fosse, o direito penal acabaria por não servir como uma ferramenta prática de controle social da criminalidade pelo Estado (SANNA, 2013).

> Além do estudo da lei penal positiva e das medidas aplicáveis a cada sociedade de modo a enfrentar a prática delitiva – objetos do saber do direito penal e da política criminal –, é imprescindível que se faça uso dos resultados obtidos pela criminologia. [...] Importante ressaltar que tanto a dogmática, quanto a criminologia, também são alicerces para o eficaz funcionamento da política criminal. É certo que ainda não se pode contar com um conceito claro e definido do que seja política criminal, ou mesmo do que possa ser inserido em seu conteúdo de estudo. Entretanto, é possível apreciar como as concepções mais amplas acerca da política criminal tratam-na de forma mais além daquilo que meramente consta nos códigos penais. Entende-se que a política criminal deve alcançar até mesmo uma análise do que trata o processo penal e a execução das penas (SANNA, 2013, p. 164-166).

Deste modo, existem semelhanças e necessidades entre estas diferentes esferas de se analisar o fenômeno social da criminalidade, dependendo-se mutualmente uma das outras para que melhor possam se compreender e efetivar. Não significa porém, que um ou outro desses ramos sirva exclusivamente de auxiliar do outro, sendo, três esferas totalmente independentes, com seus métodos e questões próprias, porém, interdisciplinares, inclusive, como visto, com outras areas de estudo que não apenas aquelas relacionadas com o direito (SANNA, 2013).

Nesse cenário e tendo por base o tema proposto, cumpre-se o papel de situar o processo penal dentro deste campo de enfrentamento do fenômeno crimonológico. O processo penal pode ser primariamente observado como o meio de se operazionalizar o direito manterial-penal, criando a persecutio do poder punitivo estatal (MEDEIREOS, 2006). O mesmo autor preceitua, ainda, que o processo penal pode ser conceituado tendo por base três aspectos: o científico, o objetivo e o subjetivo.

Do ponto de vista científico, o processo penal é um ramo autônomo do direito que sistematiza normas que regem o processo penal conjugado com os princípios que as inspiram. Sob a ótica objetiva, é o conjunto de normas processuais que relguamenta o

processo penal no ordenamento jurídico pátrio. E no tocante ao prisma subjetivo, refere-se à possibilidade de atuação dos sujeitos no processo, nos termos e formas assegurados pela lei processual (MEDEIROS, 2016).

Para Lopes Júnior (2019), a análise sobre o conceito e funcionalidade do processo penal deve ser abrangente. Para o autor, o processo penal deve ser utilizado não apenas como forma de materializar o direito penal, mas, principalmente, como um instrumento para efetivação de garantias constitucionais dentro de um contesto constitucional democratizado, como o é no ordenamento jurídico brasileiro. O processo penal serve como meio de se evitar os abusos de poder e do arbítrio do Estado sobre seus governados e não apenas como um "simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que deseempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido" (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 36).

> O processo penal, de igual forma, também regulamentado através de leis, vem dizer como o Estado deve realizar a persecução penal de forma a garantir ao investigado direitos fundamentais básicos, como o direito de contrazider e defender-se do que lhe é imputado. O acordo de não persecução penal, inserido no Código de Processo Penal – CPP, através de seu novo artigo 28-A, encontra-se nesse ambiente, nesse contexto relacional do Estado para com o delito e para com a sociedade. Através dessa sistemática incluída no direito processual penal, o Estado Brasileiro inova ao criar um rol de crimes em que pode ser aplicada uma nova sistemática repressiva, preventiva e retributiva por parte das instituições estatais, antes mesmo de se iniciar o processo penal propriamente dito (RIDOLPHI; RANGEL, 2020, s.p.).

Por certo que as ciências criminais contemporaneamente, apesar de alguns momentos de crises e críticas vivenciadas nos últimos anos, tem se desenvolvido a partir do final do século XIX sobre um viés mais protetivo e humanizado, buscando tratar o fenômeno

da criminalidade de forma mais científifca e contextualizada no espaço-temporal em que se está inserida. Nesse cenário, os ordenamentos jurídicos têm criado novas sistemáticas, como medidas despenalizadoras, desencarceradoras novas metodologias na forma como o Estado de direito pode e deve lidar com o fenômeno da criminalidade (DIVAN, 2014).

Trazendo o processo penal para dentro do debate do acordo de não persecução como instrumento de política criminal, o qual possui um viés de medida despenalizadora ou desencarceradora para condutas delitivas de reprovabilidade mediana, observa-se esse novo viés de como o Estado brasileiro pretende por lidar na prevenção e reprovação de tais delitos, bem como com a pessoa do agente delinquente. A ideia da nova sistemática não seria, portanto, afastar o poder punitivo do Estado, mas dá-lo uma nova roupagem objetivando uma resposta estatal mais célere e eficaz para o problema social enfrentado (RIDOLPHI; RANGEL, 2020).

> O acordo de não persecução penal nada mais é que uma espécie de medida despenalizadora, apresentando-se em uma ampliação da chamada justiça negociada no Processo Penal, acompanhado de institutos já previstos no ordenamento jurídico brasileiro, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas dispostas na Lei 9.099/95, além da colaboração premiada, prevista na Lei 12.850/13. (MONTEIRO, 2020, s.p.).

Nessa perspectiva, o que poderia ser entendido como justiça negocial no processo penal? Também denominada de justiça negocial criminal, pode ser observada, em síntese, sob a ótica da possibilidade de realização de acordos direto entre a acusação e o investigado/acusado, sem que haja o devido e regular iter procedimental do processo penal tradicional (CAVALCANTE, 2020).

Segundo Souza (2019, p. 171), a justiça negocial penal/criminal parte do princípio da possibilidade de solução negocial de conflitos criminais, "caracterizando uma premissa geral de que o litígio pode ser solucionado pela via consensual", inclusive para aqueles crimes em que compete ao Estado atuar como acusador. Segundo o autor, por meio da justiça negocial, mesmo em seara penal, é possível utilizar-se de métodos outros das ciências criminais para além do tradicional direito penal material e processual penal já positivado. Assim, seria exequível lidar com o fenômeno da criminalidade de forma a evitar ou reprimir ilícitos mesmo sem o sancionamento de pena em sentido estrito, tendo por base a realização de acordos fundados na "autonomia da vontade, na eficiência na lealdade e na boa-fé objetiva" (SOUZA, 2019, p. 186).

> O uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos demonstrou que este sistema é mais útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes [...] A complexidade da vida contemporânea e a massificação dos conflitos, inegavelmente, produziram um aumento significativo nos conflitos sociais, o que levou à necessidade de o sistema de justiça adotar mecanismos aptos a compor a paz de forma célere. Os defensores deste sistema apoiam-se na incapacidade do congestionado sistema de justiça tradicional de responder, tempestiva e corretamente, todos os casos que lhe são levados, vertiginosamente aumentados pela inflação legislativa e pelo aumento de demandas fruto da sociedade de massa (SOUZA, 2019, p. 187).

Como observado acima, no ordenamento jurídico pátrio a justiça negocial penal não é uma novidade propriamente dita, pois já existem outros institutos dessa natureza e que têm funcionado significativamente ao longo dos últimos anos, como por exemplo a transação penal, suspensão condicional do processo e a colaboração premiada (MONTEIRO,

2020). A grande inovação trazida com o acordo de não persecução penal, contudo, se refere à significativa gama de crimes que por ele pode ser abarcado, representando, em verdade, uma revolução na forma em que o sistema criminal brasileiro busca trabalhar com o fenômeno da criminalidade (RIDOLPHI; RANGEL, 2020).

> [...] ressalta que tal acordo tem como uns de seus principais objetivos proporcionar efetividade na resposta estatal ao crime, além de desburocratizar a sistemática processual penal do estado brasileiro. Além disso, representa, também, uma política criminal de despenalização de condutas delitivas de reprovabilidade mediana através de uma resposta estatal mais célere, em especial na satisfação da vítima quanto à reparação dos danos sofridos pelo ato delituoso perpetrado [...] O acordo de não persecução penal representa uma significativa inovação no ordenamento jurídico brasileiro ao apresentar-se como um instituto de natureza negocial de característica pré-processual e com potencial despenalizador, conferindo maior participação do Ministério Público na relação das instituições estatais frente à repressão, reparação e prevenção de crimes de médio potencial ofensivo, desde que cometidos sem violência ou grave ameaça (RIDOLPHI; RANGEL, 2020, s.p.).

Apesar de inovador e revolucionário, críticas a essa sistemática também são relevantes na doutrina jurídica. Vidal (2020) destaca que o processo penal devido possui intrínseca relação com a pena, pois o processo é o caminho necessário que condiciona o poder punitivo do Estado, em estrita observância às regras processuais e penais relativas aos direitos fundamentais do investigado. Sob uma perspectiva da justiça negocial criminal, entretanto, haveria uma nova sistemática punitiva em que se aplicaria uma sanção de caráter penal sem a devida e integral observância do processo penal legalmente instituído.

Em sentido semelhante, Silva (2018), ao parafrasear o magistério de Bitencourt (2017), assevera que instrumentos de justiça negocial em seara criminal devem ser trabalhados com muito cuidado e critério. Para o autor, o direito penal, o qual deve ser

utilizado pelo Estado como a *última ratio*, não pode ser reduzido de forma a furtar das autoridades estatais competentes o dever de investigar e patrocinar a persecução penal.

Não pode, também, haver supressão de direitos básicos do investigado, como, por exemplo, o direito de defesa, contraditório, presunção de inocência e efetiva participação no processo. Lado outro, a justiça negociada poderia se transformar em um procedimento coercitivo que instiga ao denunciado a confessar os fatos a ele imputados, e aceitar, desde já, sem o devido processo legal, a imposição de sanções que se afiguram, em verdade, como uma antecipação de pena, tudo sem maiores esclarecimentos e elucidações. Nesse sentido, a busca estatal por uma política criminal mais célere e eficiente não pode se utilizar da supressão de direitos, sobretudo de direitos processuais fundamentais, com o risco de se ferir bens jurídicos maiores, quais sejam os próprios direitos fundamentais assegurados pela norma penal material e pela própria Constituição Federal, como a liberdade, por exemplo (SILVA, 2018).

Sob o ponto de vista de Barroso (2018), a justiça negocial criminal não representaria uma afronta ao caráter protetivo do direito penal assegurado pela legislação criminal, processual e pela norma constitucional brasileira. Segundo o autor, trata-se de um modelo em que ambas as partes, Estado e investigado, fazem concessões recíprocas, ou seja, ambos saem ganhando e veem seus interesses satisfeitos, garantindo-se a autonomia da vontade do acusado, bem como a sua devida assistência técnica jurídica (BARROSO, 2018). Outrossim, o investigado não é obrigado a submeter-se ao processo negocial, facultando-lhe a disposição da persecução penal tradicional.

Tendo em vista as críticas levantadas acerca do acordo de não persecução penal, interessante questionamento sobre o tema pode ser tracejado: o acordo em questão seria uma forma de aplicação do direito penal mínimo, ou pelo contrário, seria uma desvirtuação do princípio da mínima intervenção estatal em seara penal? De acordo com Gomes (2008),

o direito penal mínimo, ou também chamado de minimalismo penal, refere-se ao caráter interventivo mínimo do Estado, garantindo-se a máxima proteção das garantias fundamentais.

Todavia, não se trata de um abolicionismo ou esgotamento do direito penal, mas sim a minimização de sua utilidade. O minimalismo penal age evitando criminalizações excessivas ou mesmo revendo a intensidade e agressividade das respostas estatais às condutas tidas como delituosas, sobretudo em relação àquelas respostas ensejadoras do cerceamento das liberdades individuais (GOMES, 2008).

Segundo Gomes (2008), o direito penal mínimo é formado por alguns princípios básicos, tais como: princípio da insignificância, no qual o direito penal deve preocupar-se apenas em tutelar aqueles bens jurídicos mais relevantes para o contexto social. Princípio da intervenção mínima, em que o direito penal só deve atuar no sentido de restringir a liberdade e autonomia do indivíduo quando outra alternativa não se mostrar mais eficaz. Princípio da fragmentariendade, aplicado de forma semelhante ao princípio da intervenção mínima, o direito penal só deve atuar sobre aquelas condutas consideradas como as mais intoleráveis. Princípio da adequação social, a norma penal deve ser socialmente adequada tendo por base o contexto social em que está inserida, para que possa, de fato, surtir efeito. Princípio da ofensividade, o qual estabelece que só se justifica a tipificação de um crime quando for satisfatório para o convívio em sociedade e, por fim, o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, o qual presume que o direito penal deve atuar somente para a proteção efetiva de bens jurídicos e não com o desfoque na tentativa de tutelar moral, funções sociais ou ideologias religiosas, por exemplo.

A pena, mais modernamente, como sanção imposta pelo Estado sob a pessoa do criminoso, por sua vez, aperfeiçoou-se, passando do suplício físico e teatral do corpo e revelando-se a parte mais velada do processo penal, entrando na consequência abstrata da

vida individual e social, e sua eficácia encontra-se atribuída à fatalidade, à certeza de ser punido (FOUCALT, 1987). Ainda segundo o autor, a pena tem o condão de se tornar um setor autônomo da seara criminal sob a perspectiva de sua execução, livrando-se do arcabouço burocrático estatal. Muitas vezes desvirtuada sua essencialidade para a função punitiva, o essencial da sanção pena deve ser procurar corrigir, curar o seio social, extirpar o mal (FOUCALT, 1987).

> A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela *normaliza.* [...] O que agora é imposto à justiça penal como seu ponto de aplicação, seu objeto "útil", não será mais o corpo do culpado levantado contra o corpo do rei; não será mais tampouco o sujeito de direito de um contrato ideal; mas o indivíduo disciplinar. O ponto extremo da justiça penal no Antigo Regime era o retalhamento infinito do corpo do regicida: manifestação do poder mais forte sobre o corpo do maior criminoso, cuja destruição total faz brilhar o crime em sua verdade. O ponto ideal da penalidade hoje seria a disciplina infinita: um interrogatório sem termo, um inquérito que se prolongasse sem limite numa observação minuciosa e cada vez mais analítica, um julgamento que seja ao mesmo tempo a constituição de um processo nunca encerrado, o amolecimento calculado de uma pena ligada à curiosidade implacável de um exame, um procedimento que seja ao mesmo tempo a medida permanente de um desvio em relação a uma norma inacessível e o movimento assintótico que obriga a encontrá-la no infinito. O suplício completa logicamente um processo comandado pela Inquisição. A "observação" prolonga naturalmente uma justiça invadida pelos métodos disciplinares e pelos processos de exame. Acaso devemos nos admirar que a prisão celular, com suas cronologias marcadas, seu trabalho obrigatório, suas instâncias de vigilância e de notação, com seus mestres de normalidade, que retomam e multiplicam as funções do juiz, se tenha tornado o instrumento moderno da penalidade? Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões? [...] (FOUCALT, 1987, p. 207; 249-250).

Para Foucault (1987), é preciso encontrar a pena (sanção) adequada para que o delito, de forma que se estabeleça uma relação de desvantagem para o cometimento da infração mediante o castigo (resposta estatal) previsto. Essa resposta não é estática, devendo convergir conforme o tempo, espaço e contexto social em que está inserida. A sanção estatal é uma verdadeira forma de estabelecimento de relação de poder. Nesse sentido, a pena-sanção, necessita ser eficaz, para tal, não pode ser arbitrária; deve ser proporcional à correspondência das forças; deve mostrar-se útil à sua proposição e pública (ALFERES, 2011).

Nesse contexto de observação da pena e da aplicabilidade do *jus puniendi* estatal, interessante se apresenta o estudo dos efeitos da justiça negocial como consolidação de uma forma – uma nova forma – de se aplicar o poder punitivo do Estado em relação ao cometimento de determinados delitos e em relação à pessoa do agente delituoso, ainda que na condição de mero acusado. Seria, portanto, o acordo de não persecução penal, no formato inserido na legislação processual brasileira um novo prisma de lidar com o crime e com o criminoso?

O acordo de não persecução penal, conforme previsto no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal, foi inserido pela Lei nº. 13.964 de 24 de dezembro de 2019, a qual fora batizada de "pacote anticrime", aperfeiçoando a legislação penal e processual penal vigente até então. Segundo a justificativa apresentada para o então projeto de lei que deu origem a essa modificação legislativa (PL 10.372/2018 – Câmara dos Deputados e PL 6.341/2019 – Senado Federal), a obrigatoriedade irrestrita da ação penal não correspondia mais aos anseios sociais do país diante da complexidade do fenômeno criminológico na sociedade brasileira. Segundo o texto, outras formas de justiça negocial penal, já inseridas anteriormente no ordenamento jurídico pátrio já vinham apresentado resultados

significativos e descongestionando os serviços judiciários, reservando-lhe a sua atuação para crimes mais graves.

Outrossim, destaca a justificativa do projeto de lei, que o acordo em questão não é automático, devendo o possível beneficiário se enquadrar em todos os requisitos e hipóteses taxativamente enquadrados pelo artigo 28-A, além de poder o magistrado, também, recusar a homologação da proposta de acordo se verificar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas entre o órgão ministerial e o acusado, diante do crime relacionado (BRASIL, 2019).

Decerto, as considerações até aqui tracejadas são basilares para o aprofundamento do tema pretendido. Sem pretender, de todo modo, esgotar o estudo da matéria em análise apenas em relação à revisão de literatura aqui apresentada. No decorrer da pesquisa outros textos e autores poderão e deverão ser utilizados, sobretudo diante da complexidade e relevância da matéria em análise.

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

Com base na análise bibliográfica dos materiais que serão empregados, pretende-se por realizar um levantamento indireto das informações a serem identificadas de forma que se possa desenvolver a pesquisa proposta de forma qualitativa e indutiva, partindo-se da análise particular para uma abordagem geral.

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

Para a consecução da pesquisa, como técnica, será utilizada uma abordagem crítica de revisão de literatura sob o formato sistemático, tendo como ponto de partida a questão/problema do objetivo do presente projeto, o qual será desenvolvido através da análise e reunião das informações retiradas dos materiais e autores que já abordaram o tema proposto.

Também serão trabalhadas legislações pertinentes, como a Lei do projeto anticrime, o Código de Processo Penal, por exemplo. Dados estatísticos serão utilizados como suporte à a temática abordada. Esses dados serão extraídos de pesquisas empíricas relativas com a questão-problema, como por exemplo dados levantados por estudos acadêmicos como os de Todeschini e Fayet (2009) e de Vasconcellos (2014) e, também, através da extração direta de dados compilados por órgãos do Ministério Público, do Ministério da Justiça e, ainda, de agências e organizações que estudam o fenômeno da criminalidade no Brasil, como a Agência Brasil, por exemplo. Entretanto, frisa-se, no decorrer da pesquisa, outras fontes de dados estatísticos poderão ser observadas e incluídas no estudo.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | DEZ | JAN | FEV | MAR | ABR | MAI | JUN | JUL |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

ALFERES, Eduardo Henrique. A mitigação das penas em vigiar e punir de Michel Foucault. *In:* Âmbito Jurídico, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-mitigacao-das-penas-em-vigiar-e-punir-de-michel-foucault/>. Acesso em: 11 out. 2020.

BARROSO, Erica Montenegro Alves. Justiça penal negocial sob a ótica do sistema garantista. *In:* Âmbito Jurídico, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/justica-penal-negociada-sob-a-otica-do-sistema-garantista-penal/>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19.out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Acordos de não persecução penal:** investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 6.341/2019** – Pacote Anticrime. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099#:~:text=Pacote%20anticrime%20%2D%20disp%C3%B5e%20sobre%20a,os%20crimes%20de%20homic%C3%ADdio%2C%20contra>. Acesso em: 12 out. 2020.

BEOLCHI, Arthur de Matos. Quem é criminoso? Um olhar criminológico. *In:* **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/quem-e-criminoso-um-olhar-criminologico/>. Acesso em: 12 out. 2020.

CAETANO, Wesley. Direito penal: conceito, missão e classificação doutrinária. *In:* **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <https://wesleycaetano.jusbrasil.com.br/artigos/170297786/direito-penal-conceito-missao-e-classificacao-doutrinaria#:~:text=Zaffaroni%20esclarece%20que%20o%20Direito,sistema%20de%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20dessa%20legisla%C3%A7%C3%A3o.&text=%C3%89%20necess%C3%A1rio%20discernir%20o%20Direito%20Penal%20nos%20mais%20variados%20prismas.>. Acesso em: 09 out. 2020.

CAVALCANTE, João Gabriel Desiderato. Justiça criminal negocial: breve introdução. *In:* **Jusnavigandi**, Teresina, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79412/justica-criminal-negocial-breve-

introducao#:~:text=A%20justi%C3%A7a%20criminal%20negocial%2C%20nada,analisada%20e%20homologada%20pelo%20juiz.>. Acesso em 11 out. 2020.

COLHADO, Junyor Gomes. Conceito de crime no direito penal brasileiro. *In:* **Jusnavigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 12 out. 2020.

CRIMES mais praticados no Brasil que lotam as penitenciárias. *In*: **LFG**, portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/crimes-mais-praticados-no-brasil-que-lotam-as-penitenciarias?fbclid=IwAR3pGqk-CV1x7r5OdMnjPVY5fHhcTQQ9qoUgqxcnQfUUYhMRYrmnXFZCTCA#:~:text=Os%20crimes%20relacionados%20ao%20tr%C3%A1fico,crimes%20que%20causaram%20a%20pris%C3%A3o.>. Acesso em: 21 set. 2020.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal.** Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/5765>. Acesso em: 09 out. 2020.

FRATI, Rafael Henrique; VIANA, André de Paula. A utilização da criminologia e política criminal na área da segurança pública. *In:* **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52960/a-utilizacao-da-criminologia-e-politica-criminal-na-area-da-seguranca-publica>. Acesso em: 09 out. 2020.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. RAMALHETE, Raquel (trad.). Petrópolis, Vozes, 1987.

GOMES FILHO, Dermeval Farias; MATTOS, José Renato Oliva. Não persecução penal: prós, contras e limites materiais para a proteção jurídica suficiente". *In*: ESMP-SP (org.) **IV Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo**. São Paulo: APMP, 2019, p. 25-33. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/IVCongressoCriminalESMP.pdf >. Acesso em: 21 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Classificação das infrações penais. *In:* **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1000051/classificacao-das-infracoes-penais#:~:text=As%20infra%C3%A7%C3%B5es%20penais%20de%20m%C3%A9dio,%C3%A9%20superior%20a%20dois%20anos.&text=Aplica%2Dse%20na%20totalidade%20os%20institutos%20do%20C%C3%B3digo%20Penal%20. >. Acesso em: 12 out. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Princípios informadores do Direito Penal Mínimo. *In:* **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/976055/principios-informadores-do-direito-penal-minimo#:~:text=O%20Direito%20Penal%20M%C3%ADnimo%20ou,interven%C3%A7%C3%A3o%2C%20com%20m%C3%A1ximas%20garantias%22.&text=Os%20princ%C3%ADpios%20informadores%20do%20Direito,ser%20tutelados%20pelo%20Direito%20Penal. >. Acesso em: 11 out. 2020.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. Criminologia é conhecimento essencial para a polícia judiciária. *In:* **Conjur**, portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/academia-policia-criminologia-conhecimento-essencial-policia-judiciaria#:~:text=Destarte%2C%20a%20criminologia%20%C3%A9%20uma,cada%20qual%20com%20sua%20vertente.>. Acesso em: 09 out. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos; GOMES, Luis Flávio. **Criminologia** – Introdução a seus fundamentos teóricos. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO, Pedro. Justiça negociada: o novo acordo de não persecução penal. *In:* **Conjur**, portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal#:~:text=O%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o,suspens%C3%A3o%20condicional%20do%20processo%2C%20ambas>. Acesso em: 11 out. 2020.

PIETRO JÚNIOR, João Carlos Garcia. Criminologia como ciência: conceitos, funções, elementos essenciais, métodos, sistemas e objetos de estudo ao longo da história. *In:* **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/criminologia-como-ciencia-conceitos-funcoes-elementos-essenciais-metodos-sistemas-e-objetos-de-estudo-ao-longo-da-historia/>. Acesso em 09 out. 2020.

PISSUTTO, Giovanna. Criminologia: conceito, definição e criminologia como ciência. *In:* Jusbrasil, portal eletrônico de informações, 2015. Disponível em: <https://gipissutto.jusbrasil.com.br/artigos/188716599/criminologia>. Acesso em: 09 out. 2020.

QUEIROZ, Paulo. Conceito de direito penal. *In:* Paulo Queiroz, portal eletrônico de informações, 2015. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20doutrina,penas%20e%20medidas%20de%20seguran%C3%A7a).&text=%C3%89%20certo%20ainda%20que%2C%20por,a%20ci%C3%AAncia%20do%20direito%20penal.>. Acesso em: 09 out. 2020.

RIDOLPHI, Alencar Cordeiro; RANGEL, Tauã Lima Verdan. O acordo de não persecução penal: (in) possibilidade de aplicação em processos já em tramitação. *In*: Jornal Jurid, Bauru, 2020. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/processual-penal/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-im-possibilidade-de-aplicacao-em-processos-ja-em-tramitacao>. Acesso em: 21 set. 2020.

SANNA, Flávia. O papel da criminologia na definição do delito. *In:* Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n . 61, p. 153-173, jan-fev-mar. 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_153.pdf >. Acesso em: 09 out. 2020.

SILVA, Douglas Rodrigues. O problema da (in)justiça criminal negocial. *In:* Jusbrasil, portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/696469905/o-problema-da-in-justica-criminal-negocial>. Acesso em 11 out. 2020.

SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. *In:* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 74, out.-dez. 2019, p. 167-191. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf >. Acesso em: 21 set. 2020.

TODESCHINI, Gabrielle Thomaz; FAYET JÚNIOR, Ney. **Sentença penal negociada e verdade processual:** uma análise de riscos a partir da experiência estadunidense. Porto Alegre: PUC-RS, 2019. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/gabrielle_todeschini.pdf >. Acesso em: 21 set. 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 361f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6943/1/000462996-Texto%2BParcial-0.pdf >. Acesso em: 21 set. 2020.

VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. *In:* **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 18, n. 54, p. 347-382, jul.-dez. 2019. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:VK4izi0TIA0J:escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-54-julho-dezembro-2019/plea-bargaining-a-brasileira-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-como-uma-medida-viavel-de-politica-criminal/at_download/file+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br >. Acesso em: 21 set. 2020.

VIDAL, Mariana Azevedo Couto. A justiça negocial no processo penal e o princípio da necessidade. *In:* **Canal Ciências Criminais**, portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: < https://canalcienciascriminais.com.br/a-justica-negocial-no-processo-penal-e-o-principio-da-necessidade/ >. Acesso em: 11 out. 2020.

VERAS, Ryanna Pala. **Política criminal e criminologia humanista.**192f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Ryanna-Pala-Veras-Pol%C3%ADtica-criminal-criminologia-humanista.pdf >. Acesso em: 21 set. 2020.

XAVIER, Arnaldo. A construção do conceito de criminoso na sociedade capitalista: um debate para o serviço social. *In:* **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 11, n. 2, jul.-dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802008000200013&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 21 set. 2020.

# SUBTRAÇÃO DE SEMÊN HUMANO? UMA REFLEXÃO SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DAS OBRIGAÇÕES AFETIVO-FAMILIARES PARA O FURTADO

Alessandra Kelly Guimarães dos Santos

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o conceito de família tornou-se expansivo, sendo formada não somente por laços de sangue, por um homem e mulher. Entretanto, com afinidade, carinho, amor e respeito. Contudo, para compreender um conceito tão moderno, e necessário compreender a origem familiar e suas adaptações ao longo dessa jornada na humanidade. Além disso, a origem da família pode ser considerada mais primitiva do que os próprios registros dos primeiros seres humanos. Ora, isto se dá, em razão que o ser humano sempre teve a propensão em conviver com seus semelhantes.

A família é considerada a instituição social mais antiga já constituída pela humanidade. Uma vez que todas as outras, só existem por meio dela. Esta é diretamente ligada à história da civilização, visto que ocorreu como um fenômeno natural, consequência da vontade do ser humano em constituir relações afetivas de forma estável. Constituindo uma integração social mais antiga do indivíduo, antes mesmo da organização em comunidades, o homem se estabelecia em grupos de pessoas associada através do matrimônio ou de um ancestral comum.

Com o passar do tempo a família foi tomando formas, e se adaptando aos interesses sociais, e a vida social. Embora o termo a ser utilizado "família", não fosse o nome dado ao agrupamento de pessoa, este com a ascensão do Cristianismo, a Igreja Católica assumiu a função de estabelecer a disciplina do casamento, considerando-o um sacramento. Assim, passou a ser incumbência do Direito Canônico regrar o casamento, fonte única do surgimento da família.

No direito brasileiro, os direitos de âmbito familiar foram conquistados efetivamente com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, sendo incorporado ao pensamento da contemporaneidade de igualdade e afeto, e tudo envolvendo a dignidade da pessoa humana. Assim o Direito de Famílias, foi constitucionalizado, trazendo modificações que refletiram sobre os normas que dispõe a família como estrutura da sociedade, não tendo mais por objetivo o patrimônio e sim o indivíduo, uma vez que os valores jurídicos atribuíram maior valor às pessoas; a ilegitimidade dos filhos, a dissolução do casamento, a inferioridade feminina, assim como, as superstições que cercavam as desigualdades familiares foram desviadas, preponderando a afetividade.

Nesse sentido, é possível verificar que tais direitos venham para reafirmar o quão importante é o afeto familiar, e a necessidade deste para formação e caráter da pessoa humana. Diante de uma eventual subtração de sêmen humano e como resultado gravidez, em consoante a interpretação, o furtado não poderá ser eximir de suas responsabilidades, pois os pais têm obrigações e deveres com seus filhos menores. Contudo na falta de amor, carinho e atenção, poderá incorrer em responsabilidade civil em relação o abandono afetivo.

## 2 TEMA

Subtração de sêmen humano? Uma reflexão sobre a (im)possibilidade de afastamento das obrigações afetivo-familiares para o furtado.

## 3 PROBLEMÁTICA

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, em caso de um eventual furto de material genético gerar o resultado gravidez, pode-se eximir o furtado das obrigações afetivas e materiais em relação à prole?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em caso de um eventual furto de material genético gerar o resultado gravidez, a possível isenção do furtado das obrigações afetivas e materiais em relação à prole.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Avaliar a evolução das relações paterno-filiais em sede de Direito das Famílias.
- Caracterizar os princípios norteadores das relações familiares contemporâneas.

- Avaliar a isenção das obrigações afetivas e materiais em caso de gravidez decorrente do furto de sêmen.

## 5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: Em razão da evolução do Direito Brasileiro pode-se afirmar que, ocorrendo eventual furto de material genético humano gerar com resultado gravidez, o furtado estaria desobrigado afetiva e materialmente em relação à prole.

## 6 JUSTIFICATIVA

A partir da problemática estabelecida, denota-se que a temática se reveste, ao mesmo tempo, de grande complexidade e reclama um debate jurídico a respeito. A pesquisa gerou interesse após ler reportagem em internet de um caso ocorrido nos Estados Unidos, em que uma mulher subtraiu o esperma de um preservativo usado que pegou de um balde de lixo para se auto inseminar, e desta gerou uma criança hoje com cinco anos, o homem se tratava de uma pessoa milionária, o teste de paternidade foi feito e confirmando ele como pai, o tribunal ordenou que ele pagasse US $ 2 milhões pelos três anos de vida de seu filho que perdeu (PORTAL DO TOSSINHA, 2020).

> Durante a audiência de pensão alimentícia, Jane confessou que nunca dormiu com o jovem milionário e que encontrou os espermatozóides enquanto limpava o quarto. Ele deixou um extrato bancário na banca de cabeceira do quarto de hotel, e eu o vi quando estava realizando a limpeza, na época eu queria tanto um bebê e achei que seria melhor se eu tivesse um bebê com um homem rico. (PORTAL DO TOSSINHA, 2020, *online*).

O tema em questão, ainda, não está tipificado, como também nenhuma discussão ao assunto. O Código Penal é de 1940, à medida que, não acompanha o desenvolvimento da sociedade, o artigo 155 § 3° aduz sobre furto de energia genética, mas não caracteriza como furto o material genético humano (sêmen), por não ter valor econômico, mesmo que o indivíduo seja proveniente de muitas riquezas. (QUINTINO JÚNIOR, s.d.).

De certo, o tipo exemplificado de sêmen do § 3° não caracteriza o homem como coisa, assim não sendo objeto material de furto, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo no crime de furto a exceção de o próprio dono. (SANTOS, 2015). Insta salientar, as prováveis consequências em caso deste furto, no acontecimento de gravidez, o indivíduo vítima do furto quais implicações em relação à paternidade o código civil vigente concede presunção de paternidade apenas aos filhos de pais casados, ao mesmo tempo em que, no artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD) o reconhecimento poderá ser feito de três modos distinto.

> Art. 26, os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação (BRASIL, 2010).

Posteriormente, a Lei nº 8.560/92 regulou que o reconhecimento dos filhos obtido fora da constância do casamento seria por escritura pública e direta perante o juiz. De modo que, o reconhecimento de paternidade são os direitos e garantia da criança, mas qual seria o direito e garantia deste indivíduo vítima de furto. (CARVALHO, 2014). Destaca-se a inexistência de projeto de lei no Brasil para a temática abordada, não dispondo nenhuma discussão do assunto por jurista, bem como nenhum caso relatado oficialmente, não sendo

reconhecida, ou passada por despercebido a prática do ato pela população excluindo-se assim qualquer ilícito. (QUINTINO JÚNIOR, s. d.).

A Constituição Federal de 1988 instituiu a dignidade da pessoa humana, consagrando a caráter de direito fundamental, cabendo ao sistema jurídico garantir condições que envolvam a defesa e o gozo de direitos intrínsecos a pessoa. Em seu *caput* do art. 277, o Texto Constitucional se direciona exclusivamente para a criança e o adolescente. (GOMES, 2008).

> 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. (BRASIL, 1990).

Neste âmbito, a criança e o adolescente encontram-se em um estágio especial de desenvolvimento e que se faz necessária a tutela do Estado, trazendo ao Poder Judiciário a obrigação à defesa do direito. O dever de cuidado, de zelo e afeto se deve por parte dos progenitores e falta por parte de um, pode causar danos ao psicológico. (COSTA, 2014). A presente pesquisa apresenta grande relevância social, uma vez que o crime cometido envolve não somente a vítima, bem como, o menor que poderá ser fruto deste crime, este que do mesmo modo será uma vítima, mediante a qualidade de vulnerável, pois não detém de condições de defesa. (COSTA, 2014).

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

A Constituição Federal de 1988 versa sobre Família em seu artigo 226, sendo família como base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. Dispondo em seus princípios expressiva evolução perante o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo ao entendimento de admitir o pluralismo familiar existente, em razão das novas constituições familiares no decorrer dos tempos. (TEPEDINO; TEIXEIRA 2020, p.197). Em complemento,

> Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada à medida que – e somente à exata medida que – se constitua em núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes. (TEPEDINO; TEIXEIRA 2020, p.197).

Para a Sociologia, família é uma organização social antiga, construído por agrupamento unido por laço consanguíneo e afinidade, ou seja, família é formada por indivíduos de sangue em comum ou de união por afinidade. Sendo este estabelecimento de família a forma mais segura, pois ajudavam na proteção contra os inimigos, além de, auxiliar em caças e coletas de alimentos. (PORFÍRIO, s.d.).

De acordo com Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira (2020, p.197), no ramo do Direito Civil o Direito de Família conserva-se a estrutura básica do código de 1916, abandonando o poder patriarcal, ou seja, a única forma de família era constituída pela figura do marido dominante, e a mulher na figura submissa. Com a nova forma de constituição familiar e o princípio da igualdade de tratamento, marido e mulher bem como

os filhos são todos iguais, independente de origem familiar, respeitando a dignidade da pessoa humana. (TEPEDINO; TEIXEIRA 2020, p.197).

> Província do Direito Civil, e parte do Código Civil, o Direito de Família tem ocupado sempre posição destacada no Direito Privado. E constitui o complexo de normas disciplinares das relações de família, isto é, das que se passam entre pessoas ligadas pelo parentesco e pelo casamento. As relações concubinárias e a união estável entre um homem e uma mulher se apresentam, após a Carta Magna de 1988, como polo de importantes pesquisas influenciada pela Jurisprudência dos Tribunais que buscam indicar diretrizes para a solução dos conflitos decorrentes das relações de fato. As tentativas de regulamentação pelas Leis nos 8.971/1994 e 9.278/1996 não atingiram o objetivo desejado. A solução dada pelo novo Código Civil não satisfaz às demandas dos Tribunais. (PEREIRA, 2019 p.33).

Percebe-se que o casamento não se faz um constituinte de criação de família, sendo esta composição emanada pela vontade dos indivíduos, e este processo visto como um desenvolvimento individual, e não mais como uma organização. Logo, temos o entendimento de que o conceito de família teve um considerável avanço, porém há resquícios antigos na atual sociedade. (AUGUSTO, 2014).

Arnaldo Rizzardo (2018, p.9) diz que família é considerada uma integração social mais antiga do indivíduo, antes mesmo da organização em comunidades, o homem se constituía em grupos de pessoas associada através do matrimônio ou de um ancestral comum. (RIZZARDO, 2018, p.9). Assim sendo, todos os membros da família tomavam para si as obrigações morais entre si, perante a liderança do ancestral comum. Sendo este conhecido como "patriarca", geralmente de origem masculina, símbolo de união de seu grupo social, unindo seus descendentes em uma mesma comunidade, compartilhando da mesma identidade cultural e patrimonial. (RIZZARDO, 2018, p.9).

As primeiras instituições familiares eram constituídas por indivíduos unidos por laços consanguíneos de parentescos, e recebiam o nome de clãs. De acordo com o desenvolvimento territorial e populacional destes clãs, foram formadas as primeiras tribos, constituídos por grupos sociais de descendentes. (ABREU, 2014). Com o passar dos anos, o desenvolvimento da sociedade, e os laços sanguíneos dissolvidos entre os cidadãos. O Direito da Roma Antiga ganha respeito em relação à expressão família natural, sendo formada pela figura do casal e seus filhos, sua origem se dava através da relação jurídica chamada casamento. (CUNHA, 2010).

A Igreja Católica adaptou a família natural, sendo o casamento uma instituição sacra e indissolúvel, sendo única formadora da família cristã, composta da união entre duas pessoas de sexos diferentes, unidos através do sacramento, e formados por seus descendentes diretos, ultrapassando milênios e predominando até os dias atuais. (PAULO, 2020).

> Cânon 1055 – § 1º- A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e a geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento. (PAULO, 2020, s.p.).

Assim sendo, a concepção de família em algumas sociedades era muito fechada, sendo impensável que um casal se divorciasse, tão pouco refizesse sua vida com outra pessoa e que desta união gerasse um filho, assim ampliando a família que já houvesse filhos. Na mesma conjectura a família formada por duas pessoas mãe/pai e o filho. Na atualidade este conceito é comum o que remete à nova e ampla tipologia de família. (TEPEDINO; TEIXEIRA 2020, p.197).

Neste sentido, Dimas Messias de Carvalho (2018, p.462), conceitua família como, família nuclear que se entende como ascendência composta pelos pais e filhos enquanto família extensa tem em sua composição avós, primos, tios e outras pessoas com relação de parentesco. Na família matrimonial vem da ideia tradicional, formada através da oficialização do matrimônio, família informal são considerados os agregados familiares, compostos através da união estável o qual recebe todo amparo legal. (CARVALHO, 2018, p.462-466).

A família monoparental, tem em sua composição pai/mãe e filhos, enquanto na família reconstituída sua formação se dá quando um dos cônjuges possui filhos de relacionamento anterior, a família anaparental é quando na falta dos pais os irmãos tornam-se responsável uns pelos outros, por conseguinte a família unipessoal formada pelas pessoas que moram sozinhas (pessoas solteiras, viúvas ou separadas). (LEITE, 2007, p.24).

Portanto, a compreensão de entidade familiar, vai além da união estável entre homem e mulher, assim como, a união que incidem do matrimônio, sendo a expressão um sentido mais amplo, incluindo toda agregação familiar por determinação biológica, bem como, psicológica. (OLIVEIRA, 2006). O Código Civil de 1916 exprimia a idéia de que apenas filhos havidos na Constância do casamento poderiam ser reconhecidos, assim filhos havidos fora do casamento, eram renegados, entregue a sociedade, para que assim garantisse a paz em seu lar, fazendo assim prevalecer o interesse do matrimônio. (RIZZARDO, 2018, p.346).

Deste modo, a vida conjugal dos pais, refletia aos filhos o direito de identidade e de sobrevivência, assim, os filhos se faziam prejudicados devido eventuais erros do pai, que se livrava dos ônus do pátrio poder. De modo despretensioso a lei fazia de conta que a figura paterna não existia. (MONTEIRO, 2016).

> Denegar a existência de prole ilegítima meramente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime -, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhes direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais. (BERENICE, 2013, p. 361).

Nos anos de 1942 e 1949, nasceram duas normas o Decreto Lei 4737/42 e a Lei 883/49, que autorizavam o reconhecimento de filhos havido fora do casamento, mas para que ocorresse esse reconhecimento o progenitor teria que ter a dissolução de seu matrimônio. (TEPEDINO; TEIXEIRA 2020, p.197).

Todavia, no atual ordenamento jurídico verifica-se a não ocorrência de negativa no reconhecimento dos filhos. Sendo derrubada pela Constituição Federal de 1988, a proibição de reconhecimentos dos filhos ilegítimos, assim revogando do dispositivo do Código Civil de 2016 o artigo que assim o vedava. (MORAES, 1998).

> **Art. 227** [...]
> **§ 6º** Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. [...] (BRASIL, 1988).

Sendo assim, garantidos inúmeros direitos à criança e aos adolescentes assim lhes permitindo desenvolvimento sadio e digno, bem como, direitos fundamentais, direito à saúde, à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, bem como outros, sendo vedada qualquer prática lesiva. (DIAS, 2015, p.39).A Lei n° 7.841/89 foi editada com a finalidade de revogar o impedimento de reconhecimento de paternidade dos filhos adulterinos e incestuoso compreendido no Código Civil de 1916, assim fazendo a distinção entre filhos a

*matre*, onde a maternidade era sempre certa e o a *patre* pai quem comprovasse as justas núpcias.

> Quanto ao "adultério a matre", filhos de mãe casada adotavam a orientação no sentido de não poder ser reconhecido, porque a existência de casamento valido atribuía-lhe a condição de filho havido de relação e casamento", e, como tal, tinha pai conhecido. (PEREIRA, 2006, *online*).

Contudo, a Lei n° 8.560/92, modifica tal princípio, admitindo a investigação de paternidade contra homem caso, assim como filhos de mulher casada contra seu verdadeiro pai. Outra importante evolução foi à criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que eliminaram a qualificativa de filhos, incluindo os adotados, assim como o surgimento do Código Civil de 2002. (JOHASHI, 2014). Na atualidade filiação, trata-se de vínculo entre pais e filhos, podendo perpassar de laços consanguíneos, ou qualquer outra origem, abrangendo outras probabilidades de criação de vínculo entre filhos e pais, como as no caso de técnicas de reprodução assistida, ou até em procedimento de adoção. (JOHASHI, 2014).

> Filiação é a relação jurídica que vincula o filho a seus pais. Ela deve ser assim denominada quando visualizada pelo lado do filho. Por seu turno, pelo lado dos pais em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. (GONÇALVES, 2009 s.p. *apud* MACHADO, 2016, *online*).

Deste modo, verifica-se, ao passar dos anos que tanto o instituto de filiação, bem como, o instituto de família, passou por várias modificações, e as ideias de que apenas filhos nascidos na constância do casamento poderias se reconhecidos, fazendo-se ultrapassadas, prevalecendo à igualdade entre filhos, e a discriminação entre eles sendo vedada. (MACHADO, 2016).

Ainda que expressa a vedação a qualquer tratamento discriminatório em relação aos filhos na Constituição Federal, no Código Civil os filhos havidos fora da constância do casamento, bem como os havidos da relação matrimonial, são tratados em diferentes capítulos, o capitulo Da Filiação, trata dos filhos nascido da relação do casamento, e o capitulo do reconhecimento dos filhos, trata dos filhos havidos fora da relação do casamento. (MACHADO, 2016).

Portanto, o capitulo que se refere à filiação, indica as hipóteses em que se preveem os filhos concebidos durante o matrimônio. Este conhecimento não apresenta importância na comprovação da filiação legitima, porém incide na presunção legal de paternidade (SANTOS; SALES, 2014).

> **Art. 1.597**. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> **I** - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
> **II** - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
> **III** - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> **IV** - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> **V** - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

Com relação ao referido artigo, o inciso I trata da presunção *iruis tantum* da paternidade. Em que o prazo de 180 dias tem início a começar da convivência conjugal, visando resguardar a condição de matrimônio aos filhos em caso de separação dos pais logo

após ao casamento, assim, sendo iniciado a coabitação ou em caso de casamento por procuração. (PORTAL DA EDUCAÇÃO, s.d.).

Osincisos I e II se fundamentam nos períodos máximos e mínimos de uma gestação viável, deste modo, o prazo referido no inciso II aplica-se da separação de fato. Todavia, o pressuposto de legitimidade não respaldará o filho que nascer após os trezentos dias, a contar da morte do marido, cabendo aos herdeiros o direito de impugnação da filiação. (PORTAL DA EDUCAÇÃO, s.d.). A previsão do inciso III, trata da fecundação homóloga, artificial, por não se tratar de fecundação através de relação sexual e sim de uma reprodução assistida. Enquanto no artigo IV os filhos são presumidos a qualquer tempo, por se tratar de embrião excedentários, resultante de concepção artificial homóloga. (SILVA, s.d.).

Em suma o inciso V, que presume a paternidade quanto aos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, a partir de prévia autorização do marido. Não expressando ser esta autorização expressa (por escrito) ou tácita (verbal), trazendo esta omissão duvidas e inseguranças. (SILVA, s.d.). Caio Mário da Silva Pereira diz que presunção de paternidade em regra admite a prova em contrário, assim, por meio de ação negatória de paternidade, o marido pode refutar a presunção, podendo ele mesmo na constância do casamento negar a paternidade, quando presente as condições para tal. (PEREIRA, 2020, p.380).

> Determinava o art. 348, recepcionado pelo art. 1.604 do Código de 2002, que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". Previu, também o art. 1º da Lei nº 8.560/1992 a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário dos filhos nascidos fora do casamento. No entanto, o art. 113 da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) previa a possibilidade de as "questões de filiação serem decididas em processo contencioso para anulação ou reforma do assento". (PEREIRA, 2020 p.380).

De acordo com Paulo Lôbo, em se tratando de filhos extramatrimoniais, os quais necessitam de reconhecimento, requerem perfilhação dentro da órbita jurídica, assim, fixando relação de parentesco entre pais e filhos, sendo este por ato declaratório, mas não constitui paternidade, e sim um fato declarado. (LÔBO, 2019, p.269). Conseguinte, para que haja a integração do filho havido sem relação de casamento, o reconhecimento, podendo ser voluntario ou judicial, por um dos pais ou por ambos, sendo feito de acordo como previsto no artigo 1609 do Código Civil. (LÔBO, 2019, p.269).

> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
> I - no registro do nascimento;
> II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
> III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
> IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.
> Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. (BRASIL, 2002).

O ato de identificação de paternidade produz os efeitos a partir do momento de sua realização, sendo retroativo (*ex tunc*), sendo assim, retroagirá a data do nascimento, e de natureza declaratória. Os filhos nascidos fora do matrimônio são adjudicados faculdades, direitos e deveres de ordem pessoal e patrimonial. (PEREIRA, 2020, p.405). Portando, todos são filhos, advindo de uniões estáveis, casamento, ou qualquer forma, bem como, o Código Civil de 2002 aduz, "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem", e como exemplo de filiação temos, a filiação biológica, assistida, adotiva e a socioafetiva. (RIZZARDO, p.343)

Para Fernanda Tartuce, a filiação biológica ou natural, caracterizada com vinculo consanguíneo, descendente em linha reta do 1º grau, por meio de reprodução natural ou carnal, essa mais comumente conhecida, ou ainda, pelas várias técnicas de reprodução assistida.(TARTUCE, 2019, p.430).A filiação assistida, essa se baseia a não copula carnal, sendo oriunda da reprodução assistida, com finalidade de provocar gestação, pois devido a uma deficiência no processo reprodutivo não ocorre de forma natural, sendo proveniente a substituição ou facilitação de alguma etapa. (FUJITA, 2008 p.202-203).

Maria Berenice Dias (2005, p. 434), descreve que filiação adotiva, decorre exclusivamente de um ato de vontade, sendo constituído um parentesco eletivo, consistir em vontade de amar e ser amado o caracterizador a paternidade, sua modalidade é a de filiação construída no amor. (DIAS, 2015 p. 434).

> É assim, a adoção, a prova mais cabal de que não é o vínculo consanguíneo, unicamente, que deve ser levado em conta, mas também a realidade da afeição, do amor sedimentado na convivência, na assistência, na amizade, na simpatia, a paternidade adotiva é a mais pura expressão de veracidade, é o amor por excelência, é a filiação querida e vivida. (NOGUEIRA, 2001, p. 91).

Cabe destacar, oportunamente, a existência da espécie de filiação socioafetiva, esta construída com base no afeto, não importando os laços consanguíneos, baseado no valor ético e jurídico, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, em seu art. 1, inciso III, da Constituição Federal de 1988. (MALUF, MALUF, 2016, p. 521). Deste modo, a família se desvincula de uma tutela formal, e funda-se sobre os repersonalização e do eudomonismo, residindo assim no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que provêm à relação familiar, isto é, a família instituição foi substituída pela família instrumento, esta que

contribui para o desenvolvimento da personalidade, bem como, o crescimento e formação da sociedade. (DIAS, 2015, p.44).

Maria Berenice Dias (2015, p.52) explica que o identificador da família passou a ser a afetividade, sendo assim, também passou a ser identificador da filiação. Deixando de ser apenas filiação genética, de origem biológica. O afeto se faz presente em todas as relações familiares, sendo elemento essencial da família. (DIAS, 2015, p. 52). Pode-se afirmar que o afeto tem valor jurídico, assim, obtendo condição de verdadeiro princípio legal, sendo o afeto não confundido necessariamente ao amor, pois se trata de interação ou ligação entre pessoas, podendo ser negativa comparada ao ódio, e a positiva, por excelência, o amor. (TARTUCE, s.d.).

> O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (GROENINGA, 2008 *apud* TARTUCE, s.d. *online*).

Sendo este princípio aplicado ao âmbito familiar, implícito na Constituição Federal, implícito e explicito no Código Civil, bem como, em diversas outras regras do ordenamento jurídico. Não obstante, a falta de sua previsão legal expressa na legislação, verifica-se a percepção dos juristas ao exteriorizar a afetividade como um princípio do nosso sistema. (TARTUCE, s.d.). O projeto de Lei 700/2007, aprovado em 2015 pela Comissão dos Direitos Humanos, inclui ao ECRIAD o dever dos pais a "convivência, assistência material e moral" dos filhos menores. O pagamento da pensão alimentícia, não exime os pais das obrigações, a convivência e assistência afetiva, independente da distância. (MARINES, 2013).

Os pais não perdem o poder familiar na dissolução do casamento, sequer na constância de novo matrimonio, permanecendo inalterado, sendo exercido até mesmo em face ao novo cônjuge, formando com ele laços afetivos, gerando uma relação de paternidade afetiva. (ANJOS, 2017). Ressaltam-se inúmeras relações jurídicas, gerando seus efeitos e permanecendo sem regulamentação, como no caso de uma subtração de sêmen humano, a ausência de legislação específica traz insegurança jurídica, visto que não se têm regulamentando as responsabilidades desta relação. (ANJOS, 2017).

O crime de furto encontra-se previsto no art. 155 do Código Penal, incide em subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel, como bem se infere a redação do dispositivo supramencionado. Contudo, Cezar Roberto Bitencourt (2018, p.105), expõe que o furto de material genético de animal constitui crime pelo valor econômico, mas, o material genético humano não qualifica, por se tratar de bem sem valor. (BITENCOURT, 2018, p105.).

Entretanto, mediante invasão de laboratório, subtrair o material procriativo do homem armazenados em bancos de sêmen, nos termos no caput do art.155 CP, haverá crime de furto, por se tratar de coisa móvel e alheia com valor econômico, porém não em razão da subtração de coisa alheia móvel. (RANGEL, 2012). Contudo, se mediante ao resultado gravidez, não há de se falar em obrigar o pai (furtado) amar o filho, porém a legislação assegura o direito de ser cuidado. Podendo o furtado responder judicialmente a indenização por abandono afetivo. (ACS, 2019).

> A decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de considerar que um pai não cumpriu com o dever de cuidar da filha, mesmo depois de comprovada a paternidade, reacendeu o debate sobre o tema no Congresso Nacional. A indenização por abandono afetivo não está prevista em lei, mas projeto (PL 4294/08) em tramitação na Câmara desde 2008 altera o Código Civil e o Estatuto do Idoso para estabelecer a indenização por dano moral nesses

casos. Conforme a proposta, tanto pais quanto filhos que abandonam pais idosos podem ser condenados a reparar danos morais. (BRASIL, 2000)

Nenhuma pessoa tem o direito de causar danos a outrem, mas se assim incorrer deverá repará-lo, assim minimizando prejuízos sofridos. Não se refere em obrigar ou não a amar alguém, mas sim a responsabilidade de ato omissivo que causa lesão a um bem protegido, a dignidade da pessoa humana. (ACS, 2019).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A metodologia obtida no decorrer deste trabalho, é abordada de forma analítica, sistemática e dedutiva sobre a (im)possibilidade de afastamento das obrigações afetivas sob indivíduos furtados em casos de subtração de sêmen humano. O mesmo é baseado em Leis, princípios, doutrinas, jurisprudências e a não menos importante Constituição Federal. Busca ainda, entender de maneira geral o que o Supremo Tribunal Federal (STF) que é conhecido por guardar a referida Constituição Federal diz a respeito do supracitado assunto.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

A técnica de pesquisa seguirá revisão bibliográfica, trabalhos acadêmicos, artigos científicos publicados, dentre outros meios que se fizerem necessários. Analises de casos ocorridos fora do Brasil, buscando alcançar uma interpretação para as leis atuais.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

ACS. **Abandono afetivo**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/abandono-afetivo>. Acesso em: 07 out. 2020.

ANJOS, Laysse Paz. **A afetividade nas relações em família** – conflitos entre a paternidade socioafetiva e a biológica e algumas consequências jurídicas. Disponível em: <https://laysse.jusbrasil.com.br/artigos/569451273/a-afetividade-nas-relacoes-em-familia-conflitos-entre-a-paternidade-socioafetiva-e-a-biologica-e-algumas-consequencias-juridicas?ref=topic_feed>. Acesso em: 06 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte especial 3: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Catálogo de obras raras da Biblioteca da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Ribeiro Eliel; YUNES, Jessica Caroline Lacerda. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34790/reconhecimento-de-paternidade-e-seus-efeitos>. Acesso em: 26 set. 2020.

COSTA, Antonio Carlos Gomes. **A política de atendimento.** Disponível em: <http://fundacaotelefonicavivo.org.br/promenino/trabalhoinfantil/colunistas/antonio-carlos-gomes-da-costa-a-politica-de-atendimento/>. Acesso em: 25 set. 2020.

CUNHA, Matheus Antonio da. O conceito de família e sua evolução histórica. *In*: **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis, 27 set. 2010. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica> Acesso em: 29 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Família.** 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

EDUCAÇÃO, Portal. **Presunção de Paternidade**. Disponível em: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/presuncao-de-paternidade/18147> Acesso em: 02 out. 2020.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Direito civil:** Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos:** conflito e critério de solução. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 26 set. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família monoparental:** a situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo **Direito civil:** famílias. v. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Renato Santos. **Filiação no Código Civil de 2002**. Disponível em: <https://hco925.jusbrasil.com.br/artigos/436575327/filiacao-no-codigo-civil-de-2002> Acesso em: 03 out. 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINES, Fabio Cenci. **O abandono afetivo e a obrigação de convivência – reflexos processuais**. Disponível em: <https://fabiocenci.jusbrasil.com.br/artigos/121943855/o-abandono-afetivo-e-a-obrigacao-de-convivencia-reflexos-processuais>. Acesso em: 06 out 2020

MONTEIRO, Matheus. Filiação biológica e socioafetiva. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49625/filiacao-biologica-e-socioafetiva> Acesso em: 04 out. 2020.

NOGUEIRA, Jaqueline Figueiras. **A Filiação que se constrói:** O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Direito de Família. v. 5. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PORTAL, Tossinha. **Ele deve assumir o filho ou não? Eis a pergunta!** Disponível em: <http://portaldotossinha.com.br/mulher-que-roubou-esperma-de-milionario-em-hotel-ganha-na-justica-o-direito-a-pensao/#:~:text=Uma%20empregada%20de%20limpeza%20de,batalha%20de%20apoio%20%C3%A0%20crian%C3%A7a.&text=Jane%20tinha%2036%20anos%20quando,com%205%20anos%20de%20idade>. Acesso em: 26 set. 2020.

QUINTINO JUNIOR, Eudes. **O furto de energia genética**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/288339/o-furto-de-energia-genetica>. Acesso em: 25 set. 2020.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Do crime de furto:** Comentários aos artigos 155 e 156 do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/do-crime-de-furto-comentarios-aos-artigos-155-e-156-do-codigo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 07 out. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS. Jefferson Coelho; SALES. Elenilza da Conceição. Reconhecimento de filiação. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30597/reconhecimento-de-filiação> Acesso em: 03 out. 2020.

TARTUCE, Fernanda **Processo civil no direito de família:** teoria e prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

TARTUCE, Flavio. **O princípio da afetividade no Direito de Família. Breves considerações**. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia-breves-consideracoes/> Acesso em: 06 out. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Direito de família**. v. 6. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

# A PERTINÊNCIA DO NOVEL CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DIANTE DA CULTURA ANDROCÊNTRICA

Carolina Esposte Campos

## 1 INTRODUÇÃO

A tipificação do crime de descumprimento de medidas protetivas se deu em 2018, quando a Lei nº. 13.641/2018 alterou a Lei nº. 11.340/2006, incluindo o artigo 24-A, o qual previu a conduta do suspeito que não cumpre a determinação judicial de medida protetiva em favor da mulher vítima de violência doméstica como delito. A Constituição Federal e os Tratados Internacionais reconhecem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações e que a violência contra as mulheres constitui grave violação de direitos humanos.

A Lei nº. 11.340/06, popularmente conhecida como "Lei Maria da Penha", direciona políticas públicas para o enfrentamento às violências e estabelece mecanismos protetivos às mulheres. Dentre esses mecanismos estão as medidas protetivas de urgência, deferidas judicialmente. Contudo, a efetividade das medidas protetivas é comumente questionada, tendo em vista a prática reiterada de desobediência do agressor e novos episódios de violência. Nesse contexto, foi tipificado o crime do artigo 24-A, o único crime previsto na Lei Maria da Penha, com o fito de conferir maior efetividade a decisão judicial de proteção às vítimas.

Será apresentada a conjuntura em que está inserido o debate sobre o delito de desobediência a medidas protetivas da Lei Maria da Penha, bem como serão expostos dados

importantes acerca da grave questão da violência doméstica no Brasil nos últimos anos. A medida em que se discorre sobre o tema, será levantada a problemática, do mesmo modo que serão apontadas possíveis hipóteses para conclusão, principalmente no que tange à efetiva proteção à mulher vítima de agressões no âmbito doméstico e familiar.

## 2 TEMA

A pertinência do novo crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro.

## 3 PROBLEMÁTICA

Quais são os impactos jurídicos da tipificação do novo crime de descumprimento de medidas protetivas no atendimento à proteção da vítima de violência doméstica?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar os impactos jurídicos do novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, no que tange à efetiva proteção à mulher que vítima de agressões no âmbito doméstico e familiar.

## 4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a evolução histórica do androcentrismo no contexto formacional da sociedade brasileira;
- Examinar a evolução penal-legislativa da violência doméstica e familiar;
- Avaliar a tipificação do crime de descumprimento de medidas protetivas.

## 5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

- O novo Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência previsto na Lei Maria da Penha, no atendimento da função de proteção à vítima de violência doméstica apresenta resultados satisfatórios por contribuir para a efetivação dos direitos humanos das mulheres.
- O novo Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência previsto na Lei Maria da Penha, no atendimento da função de proteção à vítima de violência doméstica não apresenta resultados satisfatórios no que tange à função de reprovar e desencorajar as atitudes que violam o sistema de proteção às mulheres.

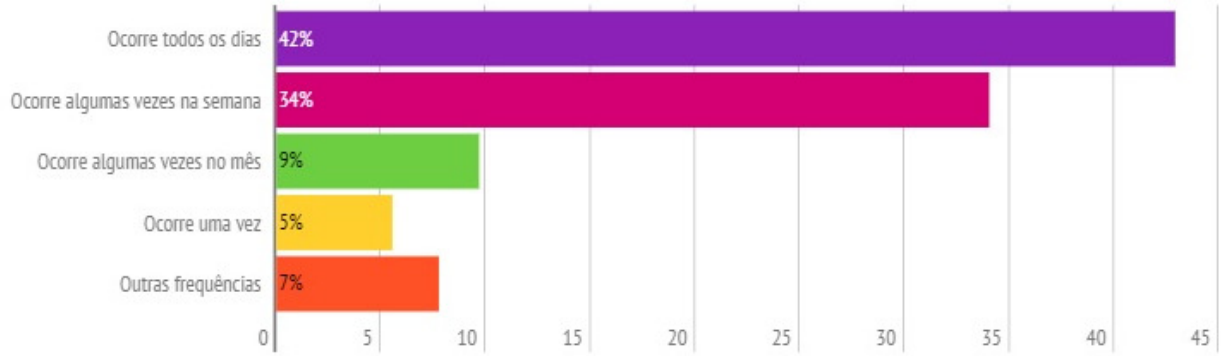
## 6 JUSTIFICATIVA

Muito se tem discutido atualmente acerca da violência doméstica. Ao longo dos anos, foram criados mecanismos e todo um sistema de atendimento especializado às vítimas. Conduto, apesar dos serviços de apoio às mulheres violentadas, a demanda por tais serviços não diminuiu (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007). Verifica-se exatamente o contrário. A maioria das mulheres analisadas pelo Senado Federal em 2015 acreditava que a violência tinha aumentado nos últimos anos. A percentual girava em torno de 63% das mulheres (SENADO FEDERAL, 2015). Outro dado interessante levantado pelo DataSenado (2015) – pesquisa realizada a cada dois anos com a população feminina brasileira, com acesso a telefone fixo – é que aproximadamente uma em cada cinco brasileiras já sofreu algum tipo de violência doméstica ou familiar ao longo da vida.

De acordo com o Banco Mundial, a violência sofrida pelas mulheres dentro de suas casas era responsável por um em cada cinco dias de falta ao trabalho. Outros estudos mostram, ainda, que 11% das brasileiras com 15 anos ou mais já foram espancadas (RIBEIRO; COUTINHO, 2011). Ao verificar que, na América Latina, a violência doméstica afligi 25-50% das mulheres; que a uma mulher que sofre violência doméstica geralmente ganha significativamente menos do que uma que não vive em situação de violência; que o dispêndio com a violência doméstica varia entre 1,6-2% do PIB (Produto Interno Bruto) de um país; fica evidente que a violência contra a mulher foge do contexto familiar e pessoal, atingindo toda a coletividade e desestruturando a malha social (FONSECA; RIBEIRO; LEAL, 2012).

Ademias, conforme o Balanço 2014 do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher (SPM-PR, 2015), em 77% dos casos a violência ocorre com uma frequência muito alta, assim como se verifica pela imagem a seguir.

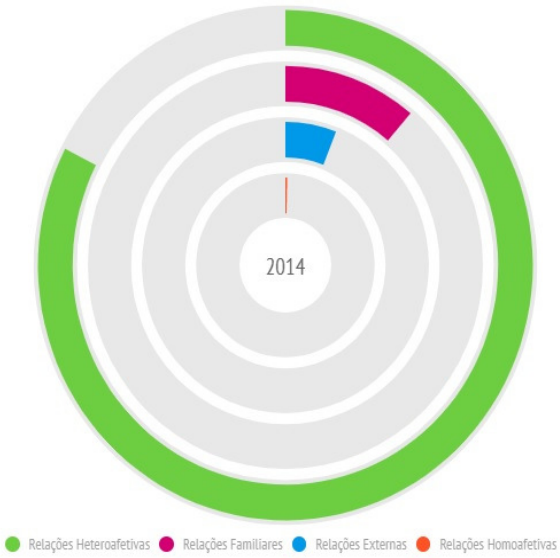
**Gráfico 1.** Frequência da violência.




Fonte: Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180/SPM, 2015.

Como demonstrado, em 43% dos casos, a violência é diária e em 34%, é semanal, sendo possível observar que a frequência da violência é altíssima. As vítimas, em sua maioria, têm que conviver diariamente com episódios de agressão (SPM-PR, 2015). Da mesma forma, a Organização Mundial de Saúde (OMS) reconhece a violência doméstica como questão de saúde pública que atinge majoritariamente às mulheres, afetando sua integridade física e emocional. O ciclo vicioso em que ocorrem as agressões sobrecarrega os serviços de saúde e consequentemente encarece os custos nessa área (FONSECA; LUCAS, 2006). O infográfico abaixo demostra numericamente que o agressor, na maioria esmagadora das vezes, é o atual ou ex-parceiro da vítima.

**Gráfico 2.** Relação entre vítima e agressor.




Fonte: Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180/SPM, 2015.

Em verde, está demonstrada a proporção de relações heteroafetivas em que ocorre violência doméstica, compara à proporção de agressões entre outros tipos de relações como familiar, externa e homoafetivas. Segundo o Balanço 2014 do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher (SPM-PR, 2015), essa porcentagem era superior aos 80% dos casos.

Cabe, ainda, consignar que a vítima, muitas vezes, não percebe a situação degradante em que vive, do mesmo modo que não enxerga o companheiro como agressor. Isso pode ser demonstrado pela pesquisa feita pelo Senado Federal anteriormente citada. Conforme analisado, a proporção de mulheres que declararam já ter sofrido agressão é de 18%. Contudo, o percentual de mulheres que afirmaram conhecer alguma mulher que já tenha sofrido agressão, em 2015, é de 56% (SENADO FEDERAL, 2015).

Ora, se 56% das brasileiras conhecem outra mulher que sofreu algum tipo de violência doméstica, o percentual de mulheres que declararam já ter sofrido do mesmo

problema deveria estar mais próximo daquele, e não se limitar aos 18%. Esses dados demonstram que a vítima tem dificuldade de identificar a situação em que vive como violência familiar. O preocupante cenário pode ser observado no número de novos inquéritos policiais sobre violência doméstica e familiar contra a mulher. Em 2016, foram registrados 290.423 novos inquéritos sobre esse assunto na Justiça Estadual em todo o país. Segundo o próprio relatório do Conselho Nacional de Justiça, esse indicador, apesar de elevado, não condiz com o real número de casos ocorridos (CNJ, 2017).

Ainda no mesmo ano foram decretadas 195.038 medidas protetivas de urgência da na Lei Maria da Penha pelos Tribunais estaduais. Apesar alto número de medidas de proteção deferidas, foram registrados 2.904 novos casos de feminicídio na Justiça Estadual em 2016, que é a consequência mais grave da violência doméstica e familiar contra a mulher (CNJ, 2017). O feminicídio em si é conceituado como a morte de mulheres pelo simples fato de serem mulheres. Cabe ressaltar que, nem todo feminicídio decorre de uma relação doméstico-familiar, mas sim de conflito de gênero (SILVA, 2019).

Essa conceituação de feminicídio abrange as mortes de mulheres provocadas por mutilação, estupro, espancamento, bem como as que decorrem de contextos culturais, haja vista a perseguição e morte das bruxas na Europa e as imolações de noivas e viúvas na Índia, por exemplo (SILVA, 2019). Contudo, deve-se destacar que o assassinato intencional de mulheres se dá em sua grande maioria dentro do contexto familiar. Portanto, a expressão máxima da violência doméstica contra a mulher é o óbito, eis que esses crimes são geralmente praticados por maridos, companheiros, pais ou padrastos (SILVA, 2019).

Outro dado importantíssimo é que de 2018 (ano em que entrou em vigor o art. 24-A da Lei 11.340/06) a 2019 houve aumento de quase 10% no número de processos sobre violência doméstica no Brasil, conforme pesquisa judiciária (CNJ, 2020).

**Tabela 1.** Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.

| BRASIL | 2018 | 2019 | Variação (%) |
|---|---|---|---|
| **Violência Doméstica** | | | |
| Processos Novos no ano | 512.973 | 563.698 | 9,9% |
| Processos Novos por 100 mil mulheres no ano | 483 | 530 | 9,7% |
| Sentenças em Processos no ano | 363.771 | 413.901 | 13,8% |
| Processos Baixados / Encerrados no ano | 596.606 | 706.113 | 18,4% |
| Processos em Tramitação em 31/12 | 978.611 | 1.036.746 | 5,9% |
| **Feminicídio** | | | |
| Processos Novos no ano | 1.851 | 1.941 | 4,9% |
| Processos Novos por 100 mil mulheres no ano | 1,7 | 1,8 | 5,9% |
| Sentenças em Processos no ano | 1.953 | 2.632 | 34,8% |
| Processos Baixados / Encerrados no ano | 1.026 | 1.804 | 75,8% |
| Processos em Tramitação em 31/12 | 3.921 | 5.127 | 30,8% |
| **Medidas Protetivas** | | | |
| Medidas concedidas no ano | 336.640 | 403.646 | 19,9% |
| Medidas concedidas por 100 mil mulheres no ano | 316 | 378 | 19,6% |

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

No que tange às medidas protetivas, em 2018, foram concedidas 336.640 e, em 2019, foram concedidas 403.646. Observa-se um aumento de aproximadamente 20%. A crescente também se verifica no número de novos processos de feminicídio, cujo aumento foi de 5% (CNJ, 2020). Verifica-se, desse modo, como a questão é complexa e demanda um enfretamento adequado. Nesse contexto de aprimoramento e correção de lacunas legislativas que está inserida a justificativa para a tipificação do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. O legislador, atendo à gravidade da questão, tipificou o crime do artigo 24-A para aperfeiçoar a Lei Maria da Penha e proteger as mulheres brasileiras e suas famílias (BRASIL, 2015).

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

A questão da violência doméstica é um profundo problema em todo o mundo. Por ser um dilema global, em 1979, 64 países - incluindo o Brasil - assinaram o primeiro tratado

internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher, conhecido como "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher" (CEDAW, sigla em inglês) (PIMENTEL, 2013). A CEDAW é o resultado de iniciativas tomadas dentro da Comissão de Status da Mulher da Organização das Nações Unidas (ONU), que visavam o aprimoramento do status da mulher, a proteção e a promoção dos direitos da mulher em áreas onde esses direitos fossem considerados particularmente vulneráveis pela Comissão, tais como: a Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952); a Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas (1957); a Convenção Sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962) (PIMENTEL, 2013).

Uma vez assinada e ratificada a CEDAW, os Estados-parte têm o dever de eliminar a discriminação contra a mulher por meio da adoção de medidas legais, políticas e programáticas, eis que a simples enunciação formal dos direitos das mulheres não lhes confere automaticamente a efetivação de seu exercício (PIMENTEL, 2013). Cabe ao Estado garantir a concretização desses direitos, mediante ações de seus três poderes: do Legislativo, na adequação da legislação nacional aos parâmetros igualitários internacionais; do Executivo, na elaboração de políticas públicas voltadas para os direitos das mulheres; e do Judiciário, na proteção dos direitos das mulheres e no uso de convenções internacionais de proteção aos direitos humanos para fundamentar suas decisões (PIMENTEL, 2013).

Nesse passo, a Carta Magna brasileira de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, prevê em seu artigo 5º a igualdade entre homens e mulheres:

> 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:

> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Cumpre consignar que, na Anotação Vinculada - art. 5º, inc. I da Constituição Federal, é possível perceber a preocupação do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a imprescindibilidade de atuação do Estado para punir qualquer discriminação em razão do gênero, bem como o objetivo principal de proteger a dignidade da mulher:

> No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. (...) No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III –, o direito fundamental de igualdade – art. 5º, I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. (...) Procede às inteiras o pedido formulado pelo PGR, buscando-se o empréstimo de concretude maior à CF. Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos arts. 12, I; 16; e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei 9.099/1995 aos crimes glosados pela lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. (...) Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade.

> Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino. [**ADI 4.424**, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, *DJE* de 1º-8-2014.] **= ARE 773.765 RG**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-4-2014, P, *DJE* de 28-4-2014, Tema 713

No Brasil, a legislação especial penal que trata do tema, popularmente conhecida como "Lei Maria da Penha", define "violência doméstica e familiar contra a mulher" como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006). A Lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2006 e, com 46 artigos distribuídos em sete títulos, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal (art. 226, § 8°) e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Dentre tais tratados, pode-se citar a Convenção de Belém do Pará, o Pacto de San José da Costa Rica, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a já mencionada Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (BRASIL, 2006).

Na mesma Lei nº. 11.340/2006, estão previstos vários mecanismos para a aplicação integral da norma. Dentre eles, existem as medidas protetivas de urgência, que são mecanismos criados para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, assegurando que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goze dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e tenha oportunidades e facilidades para viver sem violência, com a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

As medidas protetivas possuem caráter de urgência, devendo ser analisadas em 48 (quarenta e oito) horas pelo magistrado. Além disso, podem ser aplicadas isoladas ou

cumulativamente. Tais medidas são divididas entre as que obrigam o agressor e as dirigidas à proteção da vítima e seus dependentes. Segundo Bianchini (2016), essa última ainda se subdivide em medidas dirigidas à vítima, de caráter pessoal; medidas dirigidas à vítima, de caráter patrimonial; e medidas dirigidas à vítima nas relações de trabalho. As medidas de proteção não são, portanto, instrumentos para garantir processos, tampouco são etapas preparatórias de ação judicial. O principal objetivo é proteger direitos fundamentais das pessoas do gênero feminino e coibir as violações a tais direitos no âmbito das relações doméstico-familiares. Elas não visam processos, mas sim seres humanos (BIANCHINI, 2018).

Em 2018, a Lei Maria da Penha completou 12 anos de vigência, mas, mesmo assim, sua efetividade ainda não era plena. Nesse momento, foi editada a Lei nº. 13.641, que alterou a Lei nº. 11.340/2006 e tornou crime a conduta do autor da violência que descumpre as medidas protetivas impostas judicialmente, uma vez que eram tranquilamente e cotidianamente desobedecidas, dificultando alcançar a efetiva proteção às vítimas (MENDONÇA; SALES, 2019).

Durante um período, emergiram questões conflituosas quanto a sanção a quem não cumpre as medidas protetivas no ordenamento jurídico pátrio. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão, entendeu que se tratava de fato atípico. Além da atipicidade da conduta, o entendimento do STJ, também, se baseou na existência de sanções específicas previstas pela Lei Maria da Penha para a desobediência de medidas protetivas deferidas, sendo elas de natureza civil (multa do artigo 22, §4º, da Lei nº. 11.340/06); de natureza administrativa (auxílio de força policial - artigo 22, §3º, da Lei nº. 11.340/06) e de natureza penal (prisão preventiva - artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal) (BRASIL, 2015).

Contudo, apesar de já estarem previstas essas medidas legais de coerção na referida legislação, somente elas não eram suficientes para prevenir e desencorajar a desobediência do agressor. Pelo contrário, muitas vezes, propiciava a prática de novas

agressões contra a vítima (BRASIL, 2015). Diante disso, o Deputado Alceu Moreira apresentou o Projeto de Lei nº. 173, em 2015, que tipificava o crime de descumprimento de medidas protetivas da Lei nº. 11.340/2006. O Projeto se destinava a dirimir controvérsia instalada no sistema de Justiça acerca da tipicidade da conduta, bem como a consequente efetivação do sistema de prevenção e combate à violência doméstica. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, cabe trazer à baila, interessante julgado mais recente do Superior Tribunal de Justiça, a respeito do assunto:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. PRECEDENTES DO STJ. ART. 24-A DA LEI 11.340/06. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. IRRETROATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas impostas nos termos a Lei 11.340/06 não configura o delito do art. 359 do Código Penal. 2. Em se tratando de novatio legis in pejus, cuja irretroatividade se impõe, conforme os arts. 5º, XL, da CF e 1º do CP, não incide o art. 24-A da Lei Maria da Penha aos fatos anteriores à publicação da Lei 13.641/18, que criou tipo penal específico para a conduta de desobedecer decisões judiciais que impõem medidas protetivas. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1216126/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018).

O Supremo Tribunal Federal também entendia, em 2016, que a conduta que do agressor que não respeitava as medidas protetivas não configurava o crime de desobediência (artigo 330, do Código Penal), em razão de sua atipicidade:

> Decisão extraordinário interposto em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (eDOC 05, p. 498): "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. 1. O crime de desobediência é um delito subsidiário, que se caracteriza nos casos em que

> o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual. 2. O descumprimento das medidas protetivas emanadas no âmbito da Lei Maria da Penha admite requisição de auxílio policial e decretação da prisão, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, afastando a caracterização do delito de desobediência. 3. Agravo regimental improvido." No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, "a", do permissivo constitucional, aponta-se violação ao art. 226, § 8º, da CF. Busca-se, em suma, reforma do acórdão para restabelecer o acórdão condenatório do TJDFT, ao argumento de que o descumprimento de medidas assecuratórias da Lei Maria da Penha configura o crime de desobediência previsto no art. 359 do CP. A Vice-Presidência do STJ inadmitiu o recurso por entender que a tese adotada. (ARE 892190, Rel. Min. EDSON FACHIN (eDOC 05, p. 498), Julgamento: 16/12/2015, Publicação: 01/02/2016).

Seguidamente, diante do complexo debate no Judiciário, o Poder Público brasileiro sentiu-se no dever de criminalizar esta conduta que, anteriormente, não era tipificada. Os questionamentos que circundam a tipificação do crime se traduzem no porquê o agressor sente tranquilidade em descumprir uma medida judicial? E como tal agente tem certeza de que permanecerá impune? Ou, ainda, como, para ele, o mandamento judicial é inoperante? Bom, deve-se levar em consideração a morosidade do Poder Judiciário e o machismo institucionalizado conjuntamente. Esse estado das coisas traz como consequência a continuidade do menosprezo de mulheres pelo simples fato de ser mulher, a despeito de qualquer amparo legislativo em seu favor (MENDONÇA; SALES, 2019).

Conforme exposto, a simples desobediência de medida protetiva era entendida como fato atípico, o que gerava insegurança às partes. A exemplo, a situação de flagrante descumprimento, a Polícia Militar não podia intervir porque, como a conduta não era típica, a força da polícia não podia ser empregada para proceder a prisão em flagrante. Segundo o entendido jurisprudencial, a proteção estatal só poderia ser obtida se houvesse novo episódio de violência (LIMA, 2019).

Essa conjuntura deixava a vítima em uma situação de vulnerabilidade agravada, o que vai de encontro aos fins sociais previstos pela própria Lei Maria da Penha. No entanto, com a criação da infração do artigo 24-A, tratando-se de tipo penal preventivo, ou seja, que busca prevenir a prática de novas condutas de violência, e de um crime de perigo, bastando a simples exposição da integridade da vítima a perigo, através da desobediência, para a configuração do crime (LIMA, 2019). Portanto, não há necessidade de nova agressão para configurar o crime de descumprimento de medida protetiva e a consequente intervenção estatal, para a proteção dos direitos fundamentais da mulher. Basta, por exemplo, o agressor retornar à residência, rondar o trabalho da vítima ou mandar mensagens insistentemente importunando-a. (LIMA, 2019).

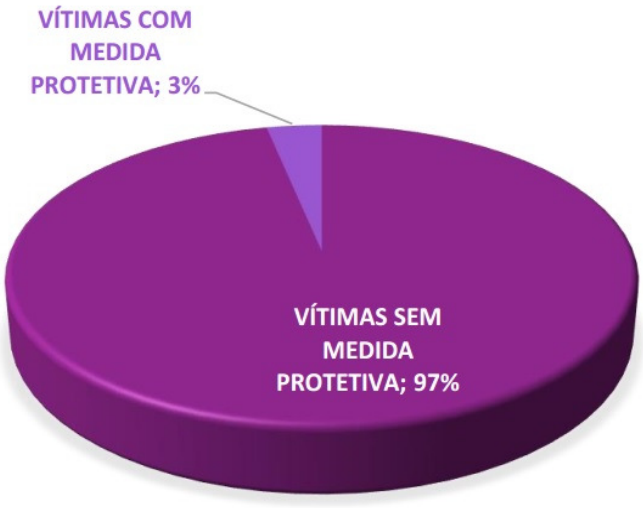
Para Moreira (2018) a nova lei, expressamente, não excluiu a aplicação de outras sanções cabíveis, eis que faz referência à possibilidade de decretação da prisão preventiva, além da responsabilidade penal pelo novo delito. Segundo o mesmo autor, é evidente que denunciar o descumpridor da medida protetiva de urgência por dois ou três crimes – Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência (art. 24-A, Lei nº. 11.340/06), Desobediência (art. 330, CP) e Desobediência a Decisão Judicial Sobre Perda ou Suspensão de Direito (art. 359, CP) – parece um inaceitável *bis in idem* (MOREIRA, 2018).

Cumpre consignar, ainda, que a Lei Maria da Penha atua para proteger as vítimas do agressor e interromper o processo conhecido como "escalada de violência" – na qual a intensidade das agressões aumenta ao longo do tempo (MADEIRO, 2019). Nessa busca, as medidas protetivas previstas na mencionada lei têm papel fundamental no enfretamento à violência. Em 2018, a cada dois minutos uma mulher no Brasil recebeu da Justiça medida protetiva para impedir que ela seja alvo da violência doméstica. Dentro do lapso temporal de três anos — de 2016, primeiro ano em que os dados começaram a ser colhidos, até 2018, últimos números disponíveis –, a concessão de medidas protetivas cresceu 35%. Segundo

dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) obtidos junto a tribunais estaduais de Justiça, o número saltou de 249 mil concessões, em 2016, para 336 mil, em 2018. Isso dá uma média de 922 mulheres atendidas por dia, ou uma a cada dois minutos (MADEIRO, 2019).

Capez, juiz auxiliar da presidência do CNJ, afirma que o instrumento protetivo é eficiente. Para exemplificar, ele cita uma pesquisa de 2018 do Instituto Patrícia Galvão que apontou que 97% das mulheres assassinadas não tinham medida de proteção, enquanto 96% não tinham sequer registrado Boletim de Ocorrência (MADEIRO, 2019). Os gráficos a seguir mostram como o deferimento de medidas de proteção em favor da vítima e o registro e Boletim de Ocorrência possuem relação com a prevenção à morte de mulheres, dentro do estudo realizado pelo Núcleo de Gênero do Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP com mais de 400 denúncias sobre a morte violenta de mulheres, incluindo 364 casos na pesquisa:

**Gráfico 3.** Feminicídio e medidas protetivas.




Fonte: Núcleo de Gênero – Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), 2018.

**Gráfico 4.** Feminicídio e anterior registro de Boletim de Ocorrência.

Fonte: Núcleo de Gênero – Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), 2018.

Diante do exposto, observa-se que o feminicídio é uma morte evitável, tendo em vista que 3% do total de vítimas obteve medidas de proteção e, do mesmo modo, 4% das vítimas fatais havia registrado Boletim de Ocorrência. Contudo, a grande maioria de vítimas de feminicídio, consumado ou tentado, nunca registrou Boletim de Ocorrência ou obteve uma medida de proteção, o que leva ao entendimento de que romper com o silêncio e deferir medidas de proteção é uma das estratégias efetivas para prevenção da morte de mulheres (MPSP, 2018). Nesta senda, tipificar como crime o descumprimento de medidas protetivas geraria maior efetividade às próprias medidas, uma vez que o agressor se veria obrigado a cumprir a determinação judicial para que não incorra em novo tipo penal, ensejando a propositura de nova ação, prisão em flagrante e demais atos próprios do rito processual criminal (BRASIL, 2015).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A forma de abordagem teórica da pesquisa é dedutiva. Será realizado o processo de análise de informação que levará a uma conclusão válida. Dessa maneira, se usará da dedução, partindo de uma proposição universal, analisada por meio de raciocínio lógico, para encontrar o resultado final.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

A técnica utilizada foi fundamentada em revisão de literatura sob o formato sistemático e análise de dados secundários. Assim sendo, a pesquisa bibliográfica se baseia nas leituras de livros, revistas, jornais e artigos acadêmicos visando o encontro de teorias e doutrinas sobre o tema estudado; bem como a pesquisa documental, baseada em leituras de legislação, projetos de lei e jurisprudência pertinentes ao tema.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei PL 173/2015. Tipifica o crime de descumprimento de medidas protetivas da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945767> Acesso em: 03 set. 2020.

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> Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 1940**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental em Recurso Especial 2017/0315996-2/MG.** Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violência doméstica. Descumprimento de medidas protetivas. Crime de desobediência. Atipicidade. Precedentes do STJ. Art. 24-A da Lei 11.340/06. Novatio legis in pejus. Irretroatividade. Agravo improvido. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerias. Agravado: Valdino Rodrigues da Cruz. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 21 de agosto de 2018. Disponível em:< https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=VIOL%CANCIA+DOM%C9STICA+DESCUMPRIMENTO+DE+MEDIDAS+PROTETIVAS+ATIPICIDADE&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO> Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Anotação vinculada - art. 5º, inc. I da Constituição Federal**. No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. (...). Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 1º-8-2014.] = Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 773.765 Paraná, rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-4-2014, P, DJE de 28-4-2014, Tema 713. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-2-capitulo-1-artigo-5>. Acesso em:23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 892190/DF**. Decisão: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário

interposto em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (eDOC 05, p. 498): "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. 1. O crime de desobediência é um delito subsidiário, que se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual. 2. O descumprimento das medidas protetivas emanadas no âmbito da Lei Maria da Penha admite requisição de auxílio policial e decretação da prisão, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, afastando a caracterização do delito de desobediência. 3. Agravo regimental improvido".(...) Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: W de O P. Relator: Min.Edson Fachin, 16 de dezembro de 2015. Disponível em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho596907/false> Acesso em: 23 out. 2020.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONSELHO Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha.** Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/o-poder-judiciario-na-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-cnj-2017/> Acesso em: 22 set. 2020.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Processos de violência doméstica e feminicídio crescem em 2019.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-de-violencia-domestica-e-feminicidio-crescem-em-2019/> Acesso em: 24 set. 2020

FONSECA, D. H., RIBEIRO, C. G.; LEAL, N. S. B. Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais. *In*: **Psicologia & Sociedade,** v. 24, n. 2, 307-314, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200008> Acesso em: 21 set. 2020.

FONSECA, P. M., LUCAS, T. N. S. **Violência doméstica contra mulher e suas consequências psicológicas**. 24f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Psicologia) - Fundação Bahiana para o Desenvolvimento das Ciências, Salvador, 2006. Disponível em: <http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf> Acesso em: 21 set. 2020.

LIMA, Silvia Maria Marques. O Crime de Descumprimento de Medida Protetiva de Urgência e Suas Implicações Jurídicas. *In*: **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, 01 out. 2019. Disponível

em:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-descumprimento-de-medida-protetiva-de-urgencia-e-suas-implicacoes-juridicas/> Acesso em: 11 out. 2020.

MADEIRO, Carlos. A cada 2 min, uma mulher recebe proteção contra violência doméstica no país. *In*: **Agência Patrícia Galvão,** portal eletrônico de informações, 07 ago. 2019. Disponível em:< https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/a-cada-2-min-uma-mulher-recebe-protecao-contra-violencia-domestica-no-pais/>. Acesso em: 14 out. 2020.

MENDONÇA, Michelle Nascimento Babo de; SALES, Josie Rangel de. A criminalização do descumprimento das medidas protetivas na Lei Maria da Penha: Por que o agressor não tem medo da lei? *In*: **Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas,** v. 2, n. 1, jan.-jun. 2019. Disponível em: <https://unig.edu.br/revistas/index.php/RevJurSoc/article/download/158/60>. Acesso em 22 out. 2020.

MINISTÉRIO Público do Estado de São Paulo. **Raio X do feminicídio em São Paulo É possível evitar a morte.** São Paulo: MPSP, 2018. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2018/03/RaioXFeminicidio-formato-livreto.pdf> Acesso em: 23 out. 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo crime da Lei Maria da Penha e a nova atribuição da Polícia Federal. *In*: **Consultor Jurídico**, portal eletrônico de informações, 7 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/romulo-moreira-crime-maria-penha-atribuicao-pf> Acesso em: 12 out. 2020.

PIMENTEL, Silvia. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - Cedaw 1979 -. Instrumentos internacionais de direitos das mulheres. *In*: **Onu Mulheres,** portal eletrônico de informações, 2013. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

RIBEIRO, C. G.; COUTINHO, M. L. L. Representações sociais de mulheres vítimas de violência doméstica na cidade de João Pessoa-PB. *In*: **Psicologia e Saúde**, [S.l.], 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/windows/Documents/Jobs/2020/Cap%C3%ADtulo%20Livro%20Br%C3%A1ulio/arquivototal.pdf> Acesso em: 20 ago. 2020.

SENADO Federal. **Violência doméstica e familiar contra a mulher.** Brasília: Secretaria de Transparência, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/relatorios/pesquisa-datasenado-2015-relatorio-e-tabelas-descritivas>. Acesso em: 21 set. 2020.

SECRETARIA de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. **Balanço do 1º semestre/2015 do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher**. Brasília: SPM-PR, 2015. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa/balanco-2014-do-ligue-180-central-de-atendimento-a-mulher-spm-pr-2015/> Acesso em: 23 set. 2020.

SILVA, L.L. ET AL. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. *In*: **Interface:** Comunic., Saúde, Educ., v. 11, n.21, p. 93-103, jan.-abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v11n21/v11n21a09.pdf> Acesso em: 21/09/2020.

SILVA, L. M. **Feminicídio no código penal brasileiro: co**nsequências da violência doméstica e familiar e o direito de punir estatal. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8623/1/TCC%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf> Acesso em: 22/09/2020.

# APLICABILIDADE AOS AGENTES MILITARES DE SEGURANÇA PÚBLICA QUANTO AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES: EXAME DE MÉRITO OU LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Glauco Barroso Pimentel

## 1 INTRODUÇÃO

O Regulamento Disciplinar Militar são normas relativas à amplitude e à aplicação das transgressões disciplinares, além de explicitar de acordo com a legislação vigente e estudo de alguns doutrinadores sobre os temas que permeiam o assunto, tais como o ilícito administrativo, o princípio da legalidade e o amparo constitucional para os agentes de segurança pública. Desse modo, sendo a punição disciplinar militar, um ato administrativo discricionário punitivo, que pode decretar a prisão do agente militar, este deve, portanto, observar os requisitos intrínsecos e extrínsecos.

Os dispositivos em lei, próprios dos atos administrativos, não podendo ser usado como forma de coação discriminatória abusiva, sendo considerado ilegal, abrindo, nesse caso, a possibilidade de apreciação judicial, bem como, a utilização dos remédios constitucionais, entre eles, o habeas corpus, ainda que, segundo os artigos 5º, LXVII e artigo 142, §2º, da Carta da República de 1988, seja proibido.

Portanto, punição administrativa disciplinar, será estudada de acordo com suas peculiaridades, quesitos próprios dos atos administrativos, e em conformidade com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Demonstra-se, assim, a visão da doutrina e da jurisprudência, sobre a apreciação judicial das punições

disciplinares, especialmente, no que concerne a análise do mérito da sanção imposta ao militar.

## 2 TEMA

Aplicabilidade aos agentes militares de segurança pública, quanto as transgressões disciplinares: exame de mérito ou legalidade do ato administrativo.

## 3 PROBLEMÁTICA

Em se tratando de aplicabilidade das transgressões disciplinares, cabe o exame de mérito ou somente a legalidade do ato administrativo?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar as transgressões disciplinares militares, em face da Constituição Federal de 1988 e de regulamentos disciplinares específicos.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a evolução do Estado;
- Examinar se a punição disciplinar militar é considerada um ato administrativo;

- Analisar se o Poder Judiciário, pode efetuar a análise de mérito das punições disciplinares.

## 5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

- Sendo a punição disciplinar, aplicada ao militar, pela Administração Pública, um ato administrativo, esta deve obedecer a todos os requisitos legais, atinentes aos atos administrativos.
- Caso uma punição disciplinar, aplicada ao militar, seja detentora de vícios, que a torne ilegal, pode o Judiciário, quando provocado para tanto, fazer a análise, tão somente, dos requisitos legais, necessários para a formação do ato, entre eles a competência, finalidade, a forma e o motivo.

## 6 JUSTIFICATIVA

Cada setor da Administração Pública traça alguns contornos próprios às normas disciplinares que regem seus servidores, porém, em regra, os regulamentos disciplinares acabam sendo muito semelhantes entre si, albergando disposições que pouco se afastam das previstas pela Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União) e, subsidiariamente, pela Lei 9.784/99 (disciplina o processo administrativo na esfera federal). (MEIRELLES, 2016)

Todavia, ao se analisar os regulamentos disciplinares, que guiam a vida na caserna, depara-se com uma realidade distinta. As punições disciplinares militares apresentam-se permeadas de algumas particularidades, decorrentes dos sólidos ditames que regram o âmbito militar, os quais, dado o rigor exigido em sua observância, não possuem correspondência na vida civil. (MEIRELLES, 2016)

Cada força armada tem como dever/poder, a aplicação da norma disciplinar referente ao seu órgão, como por exemplo, os Regulamentos disciplinares militares, RDM (Decreto nº 1.011 de 22 de dezembro de 1993), RDE (Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002) e RDAR (Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975). Estes regulamentos, além de tratarem das penas disciplinares e sua dosimetria, normatizam todos os procedimentos para a aplicação das sanções disciplinares, desde a comunicação da infração, até seu recurso.

Não obstante a autorização constitucional para a gerência administrativa e disciplinar de seus integrantes, a elevada repercussão doutrinária no que tange a intervenção judicial nas decisões Administrativas disciplinares, sendo por muitas vezes causadas pelo conflito de entendimento inerentes a dois dispositivos constitucionais, inciso LXVIII do art. 5º e o § 2º, do art. 142.

É em meio a esse contexto ímpar, constitucional e infra constitucionalmente disciplinado, imprescindível para a manutenção da guarda da soberania do país mediante a defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais, que nos vemos diante do tema central a ser abordado no presente trabalho. Condições especiais, no que diz respeito ao procedimento para aplicação de uma punição disciplinar aos militares, exigem modo de atuação especial. Todavia, nada justifica que, a pretexto de gerir disciplinarmente uma peculiar fração do funcionalismo público, criem-se e apliquem-se regras que violem direitos

e garantias constitucionais, que são resguardadas a todos os cidadãos, sejam eles civis ou militares. (ROSA, 2009)

O controle externo das punições disciplinares militares é feito pelo Poder Judiciário, conforme dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 5 de outubro de 1988. No Estado Democrático de Direito a liberdade é um direito fundamental e essencial, cuja liberdade é a regra, e a prisão, uma medida de exceção, o qual só poderá ser decretada quando do preenchimento dos requisitos legais, conforme ensina a doutrina fundamentada em precedentes dos Tribunais Superiores. (ROSA, 2009)

O controle jurisdicional dos atos administrativos militares deve, entretanto, reduzir-se aos aspectos extrínsecos do ato, ou seja, se foram atendidos os requisitos necessários à sua formação, tais como: a competência, que resulta da lei e por ela é limitada; a finalidade, que é o objetivo de interesse público a atingir; a forma, que é requisito vinculado e imprescindível e; o motivo, que é a situação de direito ou de fato que autoriza a realização do ato administrativo. (ROSA, 2009). O Processo Administrativo Disciplinar Militar Punitivo deve ser instaurado com fiel observância aos princípios constitucionais consagrados pela carta política atual, a fim de evitar ilegalidade, abuso de poder na aplicação de punição disciplinar restritiva de liberdade. (ROMEIRO, 1994)

Desta feita, a administração militar, para aplicar os seus poderes administrativos, deve respeitar os princípios básicos da administração pública, dispostos no artigo 37, caput, da Carta da República de 1988, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Estando ausentes quaisquer destes princípios, entendo, concorrentemente com a doutrinária majoritária, que caberá ao judiciário, caso seja provocado, analisar a carência de legalidade em cada caso específico.

> RECURSO EM HABEAS CORPUS. ORDEM PREVENTIVA. DETENÇÃO POR TRANSGRESSÃO MILITAR. I - A aplicação de pena de detenção por transgressão militar não pode ter o seu mérito apreciado pelo Poder Judiciário, mas tão-somente a sua legalidade. II - A Constituição da República, que garante o respeito ao direito de liberdade do cidadão, prevê a possibilidade de prisão por transgressão ou crime militar em seu artigo 5º, inciso LXI e, em seu artigo 142, § 2º, dispõe que não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares". III – Se o recorrente praticou infração disciplinar, foi punido por superior hierárquico e teve a oportunidade de apresentar defesa em relação às infrações imputadas, não há constrangimento ilegal a ser sanado por habeas corpus. IV - Não há fundamento para a expedição de ordem preventiva pelo Judiciário que impeça a detenção de um militar por transgressão disciplinar decorrente das normas próprias que regem seus direitos e deveres. V - Recurso desprovido. (TRF-2 - RHD: 200651015328909 RJ 2006.51.01.532890-9, Relator: Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, Data de Julgamento: 05/06/2007, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data:11/07/2007)

A jurisprudência majorante vai ao encontro da decisão apresentada acima, compreendendo que a aplicação de pena de detenção, por transgressão militar, não pode ter o seu mérito apreciado pelo Poder Judiciário, mas tão-somente a sua legalidade. Nesse sentido, vale pontuar que a possibilidade não deve ser confundida com a necessidade, desse modo, sendo os atos praticados pela administração militar, cobertos de legalidade, não pode o judiciário, de maneira alguma, impugná-lo, sob pena de estar a cometer abuso de poder, bem como contribuir para desarmonizar os poderes.

Ante o exposto, a relevância de se tratar a respeito das punições disciplinares militares, tema deste trabalho, justifica-se no fato de ainda ser um assunto que necessita ser mais discutido pela doutrina, jurisprudência, pelos estudiosos do direito, em geral. Além disso, precisa de um maior consenso quanto à possibilidade, por exemplo, de se impetrar um habeas corpus, quando o agente militar tiver sua liberdade restringida por tal punição,

bem como no que diz respeito ser possível, ou não, a análise, pelo judiciário, do mérito da punição.

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

De acordo com Moraes (2017) os militares, tanto das forças armadas, como dos estados, são instituições permanentes e regulares, que se organizam por meio da hierarquia e disciplina, sob autoridade do Presidente da República, no caso do exército, aeronáutica e marinha, e Governadores, no caso dos militares dos estados. As forças armadas são instituições nacionais e, segundo Bulos (2010, p.1170), deve-se reconhecer: "a autonomia jurídica que deriva do seu próprio caráter institucional", detendo, assim, peculiaridades próprias a sua organização, que são seus pilares:

> Hierarquia: é o elo de subordinação escalonada e graduada de acordo com os níveis de autoridade. O Presidente da República é o grau máximo desse escalonamento (art. 84 XIII). Disciplina: é o poder legal, conferido aos superiores hierárquicos, para impor comportamento e ordens aos seus inferiores, num vinculo de obediência, acatamento e respeito. (BULOS, 2008, p. 1170).

Tais princípios, hierarquia e disciplina, próprios da vida militar, justificam, inclusive, o impedimento constitucional de se impetrar habeas contra decisões proferidas pela Administração Militar, em virtude de transgressões militares. Nesse sentido, de acordo com Rangel:

> Haveria uma quebra na hierarquia se um subordinado pudesse rever, através de um remédio heroico, uma punição disciplinar aplicada por um superior. A organização militar não poderia admitir que a punição,

> elemento estrutural para o cumprimento da ordem, fosse objeto de impugnação. Se isto ocorresse, haveria o descumprimento das ordens, através de *habeas corpus*. (RANGEL, 2009, p.899)

O problema começa quando tais sanções disciplinares são aplicadas aos militares, como um caminho para inúmeros excessos, fazendo-se importante que o fato seja analisado com parcimônia, a fim de que sejam evitados excessos (OLIVEIRA, 2007). Apesar da rigidez que a carreira militar e sua estrutura exigem, esta não podem ser usadas como instrumentos para cometimento de arbitrariedades.

> Afinal, as autoridades militares não deixam de serem agentes administrativos, ao menos no sentido de atividade de serviço público, sujeitando-se, também elas, aos rigores do princípio da legalidade, sobretudo quando em risco a privação da liberdade de locomoção (OLIVEIRA, 2009, p.757).

Tendo em vista que Administração Pública regula o bem comum, deve-se sempre atuar em conformidade com as disposições legais e com os princípios, expressos e implícitos, na Carta da República, que regulamentam os atos administrativos e a sociedade, em geral. Desta feita, Meirelles aduz que:

> Por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarra-se da lei, divorcia-se dos princípios, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. Se não fizer a tempo, poderá o interessado recorrer às vias judiciais. (MEIRELLES, 2009, p.202)

Assim, caracterizando as punições disciplinares militares como atos administrativos, devem ser praticados de acordo com os princípios que regulam a Administração Pública e,

ainda, devem se subordinar e respeitar os requisitos dos atos jurídicos, como: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Aduz a Carta da República, em seu artigo 37 que: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". (BRASIL, 1988)

Assim, os atos administrativos são uma espécie de ato jurídico que a Administração Pública pratica, a fim de dar consecução as suas atividades, sendo uma declaração jurídica que produz efeitos no campo jurídico, sujeitando-se a controle jurisdicional. De acordo com Gasparini,

> Um ato administrativo corresponde toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo judiciário. (GASPARINI, 2010, p.112).

Assim, um ato administrativo tem por escopo criar, mudar ou dar respaldo a fatos jurídicos, devendo cumprir os regramentos do ordenamento jurídico pátrio e, em caso de afronta a este, será visto como inválido, pois afrontou as disposições legais, pois contém vícios ou defeitos, devendo, deste modo, ser extinto (GASPARINI, 2010). Entre os principais vícios, defeitos, dos atos administrativos está o da legalidade, disposto da Constituição Federal no artigo 5º, inciso II, que afirma: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988). Um ato que afronta o princípio da legalidade é considerado ilegal e, deste modo, nulo. De acordo com Meirelles,

> O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal como, também, o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do Direito, especialmente os princípios do regime jurídico administrativo. Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica quer ocorra inobservância velada dos princípios do Direito, o ato administrativo padece de vício de ilegalidade e se torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário, por meio de anulação. A ilegitimidade, quando intencional e como toda fraude à lei, vem sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos, é preciso que a Administração ou o Judiciário desça ao exame dos motivos, disseque os fatos e vasculhe as provas que deram origem á prática do ato inquinado de nulidade. Não vai nessa atitude qualquer exame do mérito administrativo, porque não se aprecie a conveniência, a oportunidade ou a justiça do ato impugnado, mas unicamente sua conformação, formal e ideológica, com a lei em sentido amplo, isto é, com todos os preceitos normativos que condicionam a atividade pública. (MEIRELLES, 2009, p.206)

Desta feita, será cabível a figura do remédio constitucional habeas corpus, quando uma punição disciplinar impuser, afrontando a lei ou regulamento, prisão ou detenção do agente militar. De acordo com Nucci,

> Se a sanção importa em prisão disciplinar contra militar, ainda que se cuide de uma das modalidades de exclusão da esfera do *habeas corpus*, deve ser ele admitido em situações excepcionais, tais como nos casos de incompetência da autoridade, falta de previsão legal para a punição, inobservância das formalidades legais ou excesso de prazo de duração da medida restritiva da liberdade. (NUCCI, 2011, p.1051)

Nesse sentido, Medauar afirma que:

> Se um ato administrativo deve ingressar no mundo jurídico sob o impulso da lei para produzir efeitos válidos, que vão repercutir sobre os

> administrados e sobre a própria Administração, é evidente que também sob a égide da lei e de outros preceitos, mesmo não escritos, tal ato possa ser desfeito (MEDAUAR, 2010, p. 159).

Assim, caso uma punição disciplinar estiver eivada de vícios deve ser extirpada do mundo jurídico, sendo possível, para tanto, a impetração do habeas corpus. Desse modo, se forem utilizados, em tais punições, instrumentos de coação, usados no intuito de manter a hierarquia, disciplina e ordem nos quartéis, forem observadas ilegalidades, no que diz respeito a seus requisitos, será caracterizada violação normativa, autorizando a impetração de habeas corpus. (MEDAUAR, 2010)

> O discricionarismo do poder disciplinar não vai ao ponto de permitir que superior hierárquico puna arbitrariamente o subordinado. Deverá, em primeiro lugar, apurar a falta pelos meios legais compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa ao acusado. Sem o atendimento desses dois requisitos a punição será arbitrária (e não discricionária) e, como tal, ilegítima e invalidável pelo Judiciário, por não seguir o devido processo legal -*due process of law-,* de prática universal nos procedimentos punitivos e acolhidos pela nossa constituição (artigo 5º, LIV e LV) e pela doutrina (MEIRELLES, 2009, p. 127).

Conforme o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça ao direito, sendo perfeitamente viável a impetração de *habeas corpus* nessas condições" (BRASIL, 1988). Desta feita, segundo Di Pietro (2009), nenhuma apenação pode ser estipulada sem que ocorra uma anterior apuração, da infração, mediante um procedimento legal, em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os instrumento e recursos próprios. Ter direito à liberdade, é algo que se atrela a dignidade da pessoa humana, assim deve ser respeitado, independentemente, da instituição em que seus subordinados estejam inseridos, não sendo

possível sua mitigação, tendo em vista que é um direito essencial, sem que sejam esgotados todos os instrumentos de defesa, pois:

> Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos Direitos Humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente por que se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não (COMPARATO, 2008, p. 22).

Assim, ainda que o direito militar detenha peculiaridade inerentes a sua matéria, também se subordina às disposições, garantias e liberdades, dispostas na Carta da República de 1988, inclusive na disposição do artigo 5º, inciso LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (BRASIL, 1988). Portanto, não é admissível que em um Estado Democrático de Direito, que prega pela igualdade, e que tenha a dignidade da pessoa humana, como basilar de sua lei maior, use de punições disciplinares militares, como meios de coagir e subordinar seus agentes, negando a este, inclusive, o habeas corpus, remédio constitucionalmente garantido a todos, que possuam sua liberdade cerceada de forma ilegal.

Por fim, faz-se cabível reforçar que pode o Poder Judiciário intervir nas penas disciplinares militares, desde que provocado para tanto e que estes não respeitem, absolutamente, os princípios da Administração Pública, direitos e procedimentos processuais fundamentais. Isto é, que são ilegais, seja por vício formal ou material. Além disso, ressalva-se, contudo, que não é cabível a autoridade judicial analisar o mérito do ato disciplinar, proferido pela administração, assim não é tarefa do judiciário adentrar nos motivos que tratem a respeito do mérito, carga de desvalor da atitude cometida pelo militar, pois esta análise deve ser feita, especialmente, pela autoridade militar. (COMPARATO, 2008)

Tal ressalva, não é um impedimento, nem um óbice, para conclusões que cabem ao Judiciário. Neste sentido, Carvalho (2016) entende que, quanto à aplicação de penas disciplinares, alguns aspectos não deverão passar ao largo na hipótese de provocação do Poder Judiciário para o controle de tais atos, a exemplo da averiguação, no caso concreto, dos motivos da sanção imposta e se a mesma está lastreada na prova dos autos, se foram devidamente asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, se o procedimento legal foi observado, bem como acerca da justiça no caso específico.

No que pertence a este último aspecto, qual seja, o da averiguação da justiça no caso concreto, segundo Cretella Júnior (1992), de longe é o mais amplo e tormentoso, por vezes recaindo em aspectos que estão na zona de penumbra entre discricionariedade administrativa legítima e a prática de arbitrariedade sob esse pretexto; entre o mérito administrativo genuíno e o desvio de finalidade sob esse disfarce.

De acordo com Carvalho (2016, p. 1667), há uma corrente doutrinária mais ortodoxa quanto ao controle jurisdicional da Administração Pública a advogar pela insindicabilidade dos atos administrativos no que tange à discricionariedade e à justiça dos mesmos, inclusive quanto à justiça ou injustiça das penas disciplinares. Para tal corrente, o controle jurisdicional deve limitar-se "à legalidade dos atos praticados, à existência dos motivos declarados para a prática das medidas adotadas, à existência ou não desvio de finalidade, além do respeito às formalidades pertinentes" (CARVALHO, p. 1667, 2016).

Neste sentido, para Cretella Júnior (1992), não se deve confundir mérito processual com mérito do ato administrativo, além do mais, este autor salienta que é interdito o exame do mérito do ato administrativo ao Poder Judiciário, nos seguintes termos:

> Stricto sensu, visto envolver interesses e não direitos, o mérito fica fora do policiamento do Poder Judiciário, pois diz respeito a questões da

> competência exclusiva do Poder Executivo, resumidas no clássico binômio oportunidade conveniência. Trata-se de matiz político do ato, fundamentado em juízos de valor, emitidos antes da manifestação concreta da vontade da Administração, expressa pelo ato administrativo (CRETELLA JÚNIOR, 1992, 244).

A despeito do importante esclarecimento sobre o que não pode ser confundido com o mérito administrativo, bem como acerca do fundamento da defesa da insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário, urge observar, entretanto, necessidade de cautela nesta seara, sob pena de equivocadamente se tomarem direitos, para os quais a ordem constitucional vigente garante que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário sequer a ameaça de lesão, por meros "interesses", imunizando assim a Administração Pública de controle jurisdicional e legitimando a arbitrariedade, ou ainda, por "mérito administrativo" o cerne de atos administrativos vinculados à lei, relativamente aos quais é incabível juízo de oportunidade e conveniência. (CARVALHO, 2016)

Outrossim, a prevalência justa de um direito ou interesse individual legítimo no caso concreto, com a ressalva das exceções previstas em lei que possam obrigar o particular a dispor de tal direito ou interesse em nome da coletividade e/ou do bem comum, decerto contemplará o perfazimento do interesse público no Estado Democrático de Direito, porquanto na noção de interesse público esteja também incluído o respeito aos direitos, às liberdades e às garantias individuais. (CARVALHO, 2016)

Em suma, a observância da Constituição e do ordenamento jurídico como um sistema cujos fundamentos axiológicos e principiológicos são ontologicamente inafastáveis de quaisquer decisões das esferas de Poder deve integrar o conceito de interesse público. (CARVALHO, 2016)

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

O método empregado para a elaboração deste trabalho será o dedutivo, do específico para o geral.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

A técnica de pesquisa utilizada será à bibliográfica, por meio da revisão de literatura sob o formato sistemático e análise legislativa e jurisprudencial.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | FEV | MAR | ABR | MAIO | JUN | JUL |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2020

BRASIL. **Decreto Nº 76.322, de 22 setembro de 1975**. Institui o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm#>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 1.011, de 22 dezembro de 1993.** Institui o Regulamento Disciplinar para a Marinha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1011.htm#>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 4.346, de 26 agosto de 2002**. Institui a aprovação do Regulamento Disciplinar do Exército, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm#>. Acesso em 19 out. 2020.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal Anotada**. 8 ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância:** a luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 2 Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 14 ed. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2016

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Djalma P. R. **Planejamento estratégico:** conceitos, metodologia, práticas. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar:** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1994.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal direta pelo Ministério Público:** Visão Crítica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar:** Teoria e Prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

# GUARDA MUNICIPAL ARMADA? UMA ANÁLISE SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE ARMAS DE FOGO POR GUARDAS MUNICIPAIS

Gustavo Silva dos Santos

## 1 INTRODUÇÃO

Em termos introdutórios, definir como a Segurança Pública atua em suas atribuições constitucionalmente definidas nem sempre foi uma tarefa fácil para o intérprete da lei em seu trabalho hermenêutico. O interesse público perante o interesse privado é hodiernamente o principal fundamento da atividade exercida pelo Poder Público em suas mais variadas atuações. Os cidadãos em suas vidas privadas e cotidianas não podem exercer sobre o outro alguma influência que leve alguma degradação ao seu semelhante.

A ordem pública defende interesses de uma coletividade, e esses interesses são de inúmeras naturezas que compõe a vida em sociedade, e compreendem valores de grande relevância ética, moral e religioso. Valores que estão presentes na vida como um todo, seja em ordem sociais, culturais e econômicas. Para a Administração Pública para alcançar os maiores desígnios do interesse público tem como meio um poder a ela intrinsicamente ligado, que é o Poder de Polícia, e nesse caso o poder de polícia administrativa. O fundamento do Poder de Polícia, acrescenta-se, é igualmente o de própria existência do Estado, pois esse Estado não consegue existir sem uma força coercitiva. E toda essa necessidade para o Estado se desenvolver possibilita e afirma atuações do Poder de Polícia.

Tenciona-se deixar, sem esgotar o tema, claro as características e os limites de atuação dos Poderes de Polícia citados, administrativos e judiciários. A primeira, como será mais bem explanado no momento oportuno, oferece uma atuação de teor mais preventivo, o que a segunda, por meios administrativos igualmente atua como repressiva de questões criminais em todos os seus aspectos.

A segurança pública mostrou-se em seus aspectos um aparato muito bem organizado e bem alocado dentro de todos os entes federativos. Mesmo diante de todas as seguranças constitucionalmente estabelecidas, o que facilita o entendimento de toda sociedade perante a atuação e os limites dessa atuação, notou-se que a segurança pública no âmbito municipal encontra detalhes mais complexos que a Constituição Federal de 1988 tutela, mas que precisam de uma atenção a mais, mediante a crescente necessidade de uma situação de maior vigilância da coisa pública.

Diante do exposto, o presente se preocupa em responder uma questão que ao mesmo tempo podem oferecer certas e seguranças como podem criar mais um meio do Estado lançar sobre as pessoas uma forma de controle. Essa questão que aparece diante do administrador público perpassa sobre a questão de as guardas municipais poderem ou não exercer comportamentos que a aproximem da segurança pública. Seguindo os preceitos constitucionais definidos no artigo 144 do maior mandamento legal do país levam a interpretações que se podem, conforme se segue no decorrer dele, e se reformuladas com julgados de tribunais superiores para casos específicos.

## 2 TEMA

Guarda municipal armada? Uma análise sobre a (in) constitucionalidade na utilização de armas de fogo por guardas municipais.

## 3 PROBLEMÁTICA

O Uso de arma de fogo pela guarda municipal não violaria a disposição contida no artigo 144 da Constituição Federal no que toca à natureza de forças de segurança?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar a possibilidade de emprego de arma de fogo pelas guardas municipais à luz das disposições constitucionais relativas á segurança pública.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução do Estado como detentor do poder de organizar a sociedade, vigiar e punir;
- Identificar diferenças na atuação da guarda municipal, caracterizar o real e atual papel da guarda municipal. Atuação e limites legais.
- Identificar a mudança a mudança ou a possível mudança de atuação da guarda municipal e com fere o mandamento constitucional.

## 5 HIPÓTESES

- A possibilidade do porte e do uso de arma de fogo pela guarda municipal configura conduta que viola a norma contida no artigo 144 da Constituição Federal que delimita tal possibilidade apenas aos entes a que são destinados o cumprimento da ordem pública.

## 6 JUSTIFICATIVA

Entender, conforme a Constituição Federal determina a instituição da guarda municipal como uma presença pública não militarizada buscando uma relação com o cidadão e com isso resolver conflitos. A guarda municipal não se encontra no mandamento constitucional do artigo 144 como responsável pela segurança pública, mesmo podendo exercer um papel importante na manutenção do interesse público, na ordem pública e na defesa do patrimônio (BARRETO; MATOS, s.d, online).

A necessidade de um Estado forte e interventor desde os tempos do Estado Novo fez com que o papel das polícias e das forças armadas fossem importantes. E durante o Regime Militar o auxílio das forças policiais como forças auxiliares do Exército (CAMPOS, 2013, p. 25).

> O fato mais marcante desse período não foi o arcabouço institucional montado para dar legitimidade as ações militares— notem que aqui não precisamos utilizar o termo policiais e/ ou militares— mas a exacerbação das concepções que definem um paradigma histórico: a Segurança Pública caracterizada por instituições militarizadas, hierarquizadas e treinadas para combater sua própria sociedade. Um modelo de segurança pública com foco na ação repressiva da polícia. O regime militar no país deixou marcas profundas para a sociedade brasileira e reforçou a estrutura repressiva e autoritária das forças policiais. Marcas que até hoje estão difíceis de serem apagadas na relação Polícia- cidadão. A dificuldade está

> tanto para o cidadão quanto para as instituições policiais. Devemos entender que a polícia é uma fração da sociedade e todas as distorções que encontrarmos nela, é na verdade, distorções desta. Acredito que não adianta mudarmos concepções dentro da estrutura dos órgãos executores da segurança se não mudarmos também a concepção do cidadão em relação às instituições policiais. (CAMPOS, 2013, p. 25).

Dessa forma, busca-se uma nova visão sobre o crime, não cabendo para combater esse crime as forças armadas propriamente ditas foram retiradas dessa função. A guerra interna passou a ser responsabilidade da polícia. E isso na Constituição Federal de 1988 passou a ter um caráter cidadão, aliados a noções de direitos humanos, visando sempre uma melhor relação da polícia-sociedade. Olhar a atuação policial não somente como pressão ao crime, incluindo um olhar social (CAMPOS, 2013, p.27)

> Da proposta de integração dos municípios advinda com a reforma do sistema de segurança pública brasileiro durante o processo de redemocratização e consolidada pela Constituição Federal de 1988 cresce a perspectiva do viés sociológico no tratamento do tema da segurança em âmbito nacional. É nesse cenário que se reforça e acentua a criação das guardas municipais e sua participação na segurança pública brasileira (CAMPOS, 2013, p.31).

Dessa forma, nota-se que a segurança pública se afasta, mesmo que timidamente do controle federal e estadual e ganha um contorno democrático no Estado Democrático de Direito com as guardas municipais (CAMPOS, 2013, p.33)

> No jogo de inovações políticas, os municípios ganham certa autonomia e são responsáveis por instituírem suas Guardas Municipais "conforme dispuser a lei" inaugura a arena de discussão acerca da função das Guardas Municipais, principalmente no exercício da atividade policial "estrito senso" na segurança pública. A previsão genérica descrita na CF/ 88 e a falta de norma regulamentadora somada à autonomia *relativa* do

> município contribuem para desnivelar essas corporações e criar uma despadronização quanto à sua forma. Essa assertiva se evidencia como vimos, no próprio perfil dessas corporações que revela os aspectos sociocultural- regionais na concepção da segurança pública a depender do município e unidade federativa.
> Na esteira desse entendimento está ocorrendo nos Municípios que assim procedem a usurpação de função26 das Polícias Militares, cabendo inclusive a intervenção dos Ministérios Públicos (MP) dos estados onde isso estiver ocorrendo, com amparo no artigo 127 da Carta Magna, que assim discorre: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo- lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (CAMPOS, 2013, p. 53).

Ao colocar o interesse público sempre em primeiro lugar dentro de contornos muito bem delimitados pelo ordenamento jurídico que está vigente. Dessa forma, o trabalho em questão apresenta uma grande complexidade, com importância tanto social como intelectual, pois envolve questões legais e jurídicas. O trabalho ainda carece de ser vencido tendo em vista a enormidade de realidade fática que exige a atuação do Poder de Polícia (BITTENCOURT, 2013, online).

Deve-se trazer para o presente trabalho, a atuação da guarda municipal, que é em sua essência ostensiva, preventiva e repressiva contra toda conduta que de alguma forma venha a afetar o bem público. E essas condutas sendo repreendidas, quando de fato ocorrer uma lesão ao bem público. Dessa forma, tem-se a hipótese de como mensurar os limites dessa atuação (BITTENCOURT, 2013, online).

Ocorreu, no ano de 2014, a sanção do Governo Federal, por meio de iniciativa Legislativa um novo Estatuto Geral das Guardas Municipais, é a Lei 13.022/2014. O legislador oferece uma nova disposição que não somente limita a atuação da guarda municipal, conforme estabelece o artigo 144, § 8º da Constituição Federal, mas oferece uma atuação

que chega mais próxima da atuação de policiais militares e solução de crimes, esta última uma função de política judiciária (SOUZA, 2019, online).

> Pela leitura dos incisos do artigo 3º da Lei nº 13.022/2014, os princípios mínimos das guardas municipais confere a este órgão municipal um caráter de corporação engajada na manutenção da paz social. Os incisos III e V devem ser analisados no contexto de manutenção da paz referente à proteção aos bens, serviços e instalações no âmbito municipal, sendo que interpretação mais ampla destes princípios gera conflito com o § 8º do artigo 144 da Constituição.
> Cumpre destacar que a proteção definida no § 8º do artigo 144 da Constituição refere-se à zeladoria do município, ou seja, à proteção ao patrimônio municipal, pois se contrário fosse à vontade do legislador constituinte originário, teria definido a guarda municipal como órgão de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas.
> Assim, entendo ser constitucional o artigo 3º do Estatuto Geral das Guardas Municipais, pois estes princípios estão alicerçados no conceito do Estado Democrático de Direito do artigo 1º da Carta Magna e nos fundamentos federativos da cidadania e dignidade da pessoa humana.
> Portanto, desde que voltado à proteção dos bens, serviços e instalações, dentro do território dos municípios, com a finalidade de manutenção da paz social, os princípios mínimos deste dispositivo legal não afrontam a Constituição Federal (SOUZA, 2019, online).

As guardas municipais desde o Brasil imperial são estabelecidas como um importante mecanismo de maior efetividade na administração pública e em todos seus desígnios, e mesmo sofrendo enfraquecimentos dos governos ditatoriais que sempre ocorreram no Brasil, contudo, atualmente, como exposto acima, sofreu mudanças legislativas significativas. E em seu artigo 144 a Constituição Federal deixa direciona os caminhos a serem seguidos, mas as exigências de uma atualidade complexa trás igualmente questões complexas a serem avaliadas (SOUZA, 2019, online).

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

É conhecido que o interesse em defender a ordem pública é comum a todas as pessoas, para com isso a convivência seja defendida e direitos não se transformem em abusos cometidos entre esses cidadãos em um contexto social. Os direitos alheios não podem ser perturbados, e não podem sofrer nenhuma ofensa a eles dirigidos. A busca do bem comum é missão primeira do Estado, o fundamento de sua constituição, e para isso deve usar normas feitas para tutelar as atividades privadas objetivando o bem comum (LAZZARINI, 1994, p. 69).

> Bem por isso avulta conhecer o importantíssimo capítulo do Direito Administrativo que é o Poder de Polícia. Conhecendo-o nos detalhes essenciais, em verdade Administração Pública e administrado ficam em condições de conhecer dos seus limites, ou seja, a Administração terá condições de aquilatar até onde poderá exercitar este seu poder administrativo sem que ele lese o direito do administrado, enquanto que este aquilatará até que ponto deverá respeito ao ato de polícia, como tal considerado o que decorre do exercício do Poder de Polícia. (LAZZARINI, 1994, p. 70).

Faz-se necessário delimitar o que pode ser definido como ordem pública. Seus postulados e princípios mostram-se como de ordem superior, em sua magnitude políticos, econômicos, morais e muitas vezes religiosos. Por essa razão a sociedade considera essa ordem superior como essencial para o perfeito funcionamento e conservação de uma organização social. Entende-se como valores que ultrapassam limites e tutela matérias, mas em sua integralidade valores mantidos na ordem moral. É a ordem pública, que é o básico para uma vida social que seja boa para todos (LAZZARINI, 1994, p. 71).

> Ao cuidar da Polícia Administrativa, partindo de textos legais franceses, Louis Rolland afirmou ter a polícia por objeto assegurar a boa ordem, isto é, a tranquilidade pública, a segurança pública, a salubridade pública, concluindo, então, que assegurar a ordem pública é, em suma, assegurar essas três coisas, pois a ordem pública é tudo aquilo, nada mais do que aquilo.
>
> Blaise Knapp, por sua vez, assevera que a ordem pública compreende a ordem pública propriamente dita, a saúde, a segurança, a moralidade e a tranquilidade públicas, assim como a boa-fé nos negócios, concluindo, em seguida, que a ordem pública propriamente dita, é a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado.
>
> Por fim, e para não nos alongarmos mais, deve ser colacionado que Paul Bernard, na sua clássica *La notion d' ordre public en Droit Administratif*, confirma ser tradicional o entendimento de que a ordem pública é a ausência de agitações, ausência de desordens, noção essa que está se alargando, como parece consagrar a jurisprudência à vista dos três elementos citados por Louis Rolland, retro indicados.
>
> (LAZZARINI, 1994, p. 72).

Observa-se que a Administração Pública para limitar direitos e liberdades a fim de alcançar o mandamento máximo que é a ordem pública, uso o Poder de Polícia. Um tema atinente ao Direito Público, que adota medidas para disciplinar e manter sob seu controle e disciplinar indivíduos e grupos. É sem dúvida um cruzamento de conceitos, que levam a dicotomias na linha de autoridade-liberdade, Estado-indivíduo, e esse encontro que nem sempre é pacífico encontram-se no âmbito do direito administrativo e do direito público (MEDAUAR, 1995, p. 89).

> Por outro lado, a noção de polícia teve papel importante na história do direito administrativo, ajudando a reconhecer a este um campo próprio.
>
> Ao se pesquisar a matéria, nota-se que há corrente doutrinária que se insurge contra a existência de uma noção jurídica de poder de polícia, pregando sua eliminação do direito administrativo (MEDAUAR, 1995, p. 89).

O poder de polícia deve ser definido em seu aspecto histórico e evolutivo para melhor entendimento desse instituto. E já na Idade Média, o citado poder era praticado no campo administrativo e ajudou a estabelecer as raízes para as cidades modernas em construção pois ajustavam a ordem pública, bem como a tranquilidade de seus moradores. Aí, encontra-se o fundamento atual, contemporâneo do poder de polícia (MEDAUAR, 1995, p. 89).

> Assim, nos primórdios do século XVIII polícia designa o total da atividade pública interna, sem a justiça e as finanças. E consiste na faculdade estatal de regular tudo o que se encontra no âmbito do Estado, sem exceção. Vários repertórios sobre polícia vêm à luz. O primeiro foi publicado entre 1705 e I7/O, intitulado "*Traité de la police*", do francês Delamare; ele reconheceu que a assimilação da polícia ao conjunto do direito público era equívoca e lhe deu sentido restrito: polícia visa à ordem pública de cada cidade. Outras obras sobre a polícia surgiram nesse período. Por exemplo, na Alemanha, a de *Justi,* "Princípios da ciência da polícia", de 1756. Na França, a de Dufrensne, "Código da polícia ou análise dos regulamentos de polícia", de 1757. O C6digo Geral prussiano, 1794, tem uma parte dedicada à polícia (MEDAUAR, 1995, p. 90).

Nesse sentindo e momento que a ideia de Administração Pública começa a aparecer na vida individual das pessoas. Foi o poder de polícia realizando uma atividade repressiva na vida das pessoas por meio de um Estado Absolutista. A Administração Pública passa a ter a polícia como meio para exercer a repressão objetivada pelo Estado, e manter a tranquilidade e a ordem pública (MEDAUAR, 1995, p. 91).

> Aos poucos deixou-se de usar o vocábulo polícia isoladamente para designar essa parte da atividade· da Administração. Surgiu primeiro a expressão "polícia administrativa" na França, quando o Código do 3

> Brumário do ano IV (1795) mencionou a divisão da polícia em polícia administrativa e polícia judiciária. E deu como objeto da primeira à ordem pública como segurança, tranquilidade e salubridade públicas, f6rmula típica do direito francês, até hoje reiterada na doutrina desse país. No âmbito germânico, o que se pode salientar é que *Püuer*, no seu "*Elementa iuris publici germanic*i", 1754, sustentou que a prosperidade não era matéria própria da polícia, sendo seu papel s6 negativo, o que foi durante muito tempo reiterado pela doutrina posterior. Segundo o Mayer, no direito alemão vigorou a ideia do fundamento do poder de polícia num "dever preexistente do indivíduo de não perturbar a boa ordem da coisa pública; o poder de polícia concretiza esse dever, segundo essa concepção. A respeito do direito alemão, pode-se dizer ainda que aí se formulou a divisão entre polícia de segurança (ex.: reunião, imprensa) e polícia da Administração (caminhos, florestas), depois adotada pela doutrina italiana (MEDAUAR, 1995, p. 91).

Vale trazer ao debate o que Hely Lopes Meirelles (1998) oferece a certas características da Administração Pública no que concerne a seus poderes constitucionalmente instituídos. São os Poderes Políticos do Estado, dessa forma, destaca-se o Poder de Polícia administrativa que exerce influência sobre todas as demais atividades da Administração Pública, com competências exclusivas que colocam em prática todos esses policiamentos dos três poderes que compõe o Estado. Segue o entendimento do autor:

> Em princípio, tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder de regular a matéria. Assim sendo, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos a regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual, e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal.
> Todavia, como certas atividades interessam simultaneamente às três entidades estatais, pela sua extensão a todo o território nacional (v. g., saúde pública, trânsito, transportes etc.), o poder de regular e de policiar se difunde entre todas as Administrações interessadas, provendo cada qual nos limites de sua competência territorial. A regra, entretanto, é a

> exclusividade do policiamento administrativo; a exceção é a concorrência desse policiamento.
> Observamos, ainda, neste preâmbulo, que o ato de polícia é um simples ato administrativo, apenas com algumas peculiaridades que serão apontadas no decorrer deste estudo. Como todo ato administrativo, o ato de polícia subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, sujeitando-se, inclusive, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário (MEIRELLES, 1998, p. 114).

Condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais é uma das características explícitas do Poder de Polícia, em que os interesses coletivos e do próprio Estado se sobressai sobre os demais interesses individuais. E nesse ínterim, cabe ressaltar a diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária, esta última responsável pela da ordem pública e todas os detalhes de sua manutenção (MEIRELLES, 1998, p. 115). Segue a melhor conceituação do autor:

> A polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais são privativas de determinados órgãos (Polícias Civis) ou corporações (Polícias Militares).
> Modernamente se tem distinguido a polícia administrativa geral da polícia administrativa especial, sendo aquela a que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade públicas, e está de setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesse coletivo, tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração das florestas e das minas, para os quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar.
> Por fim, deve-se distinguir o poderd e polícia originário do poder de polícia delegado, pois que aquele nasce com a entidade que o exerce e este provém de outra, através de transferência legal. O poder de polícia originário é pleno no seu exercício e consectário, ao passo que o delegado é limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução. Por isso mesmo, no poder de polícia delegado não se compreende a imposição de taxas, porque o poder de tributar é intransferível da entidade estatal que o recebeu constitucionalmente (MEIRELLES, 1998, p.115).

O Poder Público com seu policiamento administrativo defende o interesse social, e tem como justificativa todo poder que o Estado, gigante como é, tem sob o território nacional. Poder exercido tanto sobre as pessoas, quanto a bens e é constitucionalmente defendida, e essas normas de ordem pública oferecem aos indivíduos restrições que buscam garantir direitos de uma coletividade. Segundo Hely Lopez Meirelles:

> Sem muito pesquisar, deparamos na vigente Constituição da República claras limitações às liberdades pessoais (art. 5.º, VI e VIII); ao direito de propriedade (art. 5.º, XXIII e XXIV); ao exercício das profissões (art. 5.º, XIII); ao direito de reunião (art. 5.º, XVI); aos direitos políticos (art. 15); à liberdade de comércio (arts. 170 e 173). (MEIRELLES, 1998, p. 117)

O autor completa o ensinamento:

> Por igual, o Código Civil condiciona o exercício dos direitos individuais ao seu uso normal, proibindo o abuso (art. 160), e, no que concerne ao direito de construir, além de sua normalidade, condiciona-o ao respeito aos regulamentos administrativos e ao direito dos vizinhos (arts. 554, 572 e 578).
> Leis outras, como o Código de Águas, o Código de Mineração, o Código Florestal, o Código de Caça e Pesca, Lei do Meio Ambiente, cominam idênticas restrições, visando sempre à proteção dos interesses gerais da comunidade contra os abusos do direito individual.
> A cada restrição de direito individual - expressa ou implícita em norma legal - corresponde equivalente poder de polícia administrativa à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida. Isto porque esse poder se embasa, como já vimos, no interesse superior da coletividade em relação ao direito do indivíduo que a compõe.
> O regime de liberdades públicas em que vivemos assegura o uso normal dos direitos individuais, mas não autoriza o abuso, nem permite o exercício anti-social desses direitos.
> As liberdades admitem limitações e os direitos pedem condicionamento ao bem-estar social. Essas restrições ficam a cargo da polícia administrativa. Mas sob a invocação do poder de polícia não pode a autoridade anular as liberdades públicas ou aniquilar os direitos

> fundamentais do indivíduo, assegurados na Constituição, dentre os quais se inserem o direito de propriedade e o exercício de profissão regulamentada ou de atividade lícita (MEIRELLES, 1998, p. 117).

A finalidade do poder de polícia administrativa é de fato controlar todo comportamento individual que atente contra uma coletividade e em casos extremos a segurança nacional, e todo esse controle gera por meio do Poder Público um controle, que em última análise é um condicionamento do uso de bens pelas pessoas ao interesse público, sem aceitar que as pessoas em sua individualidade contrariem a ordem jurídica estabelecida, e não aceitam que os objetivos da nação sejam colocados em oposição (MEIRELLES, 1998, p. 117). Segue, segundo o autor a finalidade desse instituto:

> Desde que a conduta do indivíduo ou da empresa tenha repercussões prejudiciais à comunidade ou ao Estado, sujeita-se ao poder de polícia preventivo ou repressivo, pois já salientamos que ninguém adquire direito contra o interesse público.
> A finalidade do poder de polícia, como já assinalamos precedentemente, é a proteção ao interesse público no seu sentido mais amplo. Nesse interesse superior da comunidade entram não só os valores materiais como, também, o patrimônio moral e espiritual do povo, expresso na tradição, nas instituições e nas aspirações nacionais da maioria que sustenta o regime político adotado e consagrado na Constituição e na ordem jurídica vigente (MEIRELLES, 1998, p. 117).

A amplitude do no que se refere à extensão da atuação do poder de polícia. Segundo o autor Hely Lopez Meirelles (1998, p. 118): "abrangendo desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes até a segurança nacional em particular". Como demonstrado, o poder de polícia no seio da administração pública atua em atividades particulares que porventura possam afetar a superioridade estatal de interesses da coletividade.

No Brasil, o interesse público editar leis que exaltam o interesse público e limitam certos direitos no que se refere ao contexto dos Estados membros. Na Constituição de 1824 dispôs que as Câmaras Municipais poderiam organizar no sentindo de fazer valer o poder de polícia. Esses postulados encontravam o devido fundamento no artigo 66 do texto citado. No Brasil, diferenciar Polícia Administrativa e Polícia Judiciária faz-se necessário, pois além de intervir e manter a ordem pública, mas igualmente intervir na indústria e economia (MEDAUAR, 1995. p.91).

> Na segunda obra de direito administrativo, de Veiga Cabral, editada em 1859, há um capítulo para a polícia do Estado, dividida também em polícia administrativa e polícia judiciária. Em 1910, Alcides Cruz, no seu "Noções de direito administrativo brasileiro", usa ainda o vocábulo polícia.
> Em 1915, Ruy Barbosa, em parecer depois incluído nos Comentários à Constituição brasileira, coligidos por Homero Pires, vol. 5º, utiliza a expressão poder de polícia e já menciona o âmbito dos interesses econômicos, incluído no bem comum, cometido à atividade do poder de polícia.
> Aurelino Leal publica, em 1918, o livro "Polícia e poder de polícia"; conceitua poder de polícia como "a manifestação do poder público tendente a fazer cumprir o dever geral do indivíduo". Evidente aí a influência alemã, pela obra de Otto Mayer.
> A partir de Ruy Barbosa e Aurelino Leal, firma-se no direito pátrio a expressão "poder de polícia" (MEDAUAR, 1995. p.91).

Com o advento de valores liberais em que direitos individuais deveriam sofrer uma prestação negativa do Estado em função de atuações desse Estado nas esferas íntimas das pessoas, o que passou a ser algo não aceitável entre os membros da sociedade. Assim alguns direitos passaram a ser inalienáveis e intransmissíveis vieram de revoluções ditas liberais como a Americana. Inglesa e Francesa que trouxeram em seus novos mandamentos como Declaração de Independência Americana e na Declaração de Direitos do Homem. Nesses

mandamentos o homem se coloca contra o poder, uma reação contra o despotismo (TÁCITO, 1952, online).

> Nesse quadro de renovação social o Estado se coloca, unicamente, como um poder de equilíbrio, prevenindo e corrigindo os entrechoques individuais, segundo a fórmula francesa, logo internacionalizada no movimento racionalista do século XIX, de que "a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não é nocivo aos demais". À autoridade cabia somente um papel negativo, de evitar a perturbação da ordem e assegurar o livre exercício das liberdades públicas. À medida, porém, que se acentua, no interior da sociedade, a desigualdade entre os indivíduos, especialmente pelo abuso do poder econômico, a ação repressiva do Estado evolui no sentido do crescente intervencionismo: o princípio da autoridade se torna dinâmico, agindo, em função do interesse público, para restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades por indivíduos, grupos ou classes (TÁCITO, 1985, online).

Tem-se mediante todo exposto, que a noção de polícia é inerente a noção de Estado, os Estados não conseguem existir sem a força coercitiva pública, e essa força oferece a afirmação que esses Estados precisam. O poder de polícia legitima a atuação da polícia. A polícia existe mesmo que os governos mudem, mesmo que as sociedades evoluam. A força de restringir e regular a ordem pública não pode ser suprimida em nenhum Estado. Definir a Polícia como visto, deve como condutor dessa conceituação passar pelas instituições do Estado que praticam uma vigilância sob a ordem pública. "A moralidade, a saúde pública, e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais" (LAZZARINI, 1994, p. 73).

O poder do ato na realidade fática, a força organizada para limitar as aspirações negativas da sociedade, é a polícia com seu poder atribuído pela que exerce essa função. E essa legitimidade inegavelmente veem do poder de polícia e é a essência da existência da

polícia e toda sua fundamentação coercitiva que são exercidas no seio de todo o grupo social (LAZZARINI, 1994, p. 73). O autor completa:

> Importante é, no entanto, o ensinamento de José Cretella Júnior no sentido de que "ao passo que a polícia é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o poder de polícia é uma facultas, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem de, através da polícia, que é uma força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos. Usando a linguagem aristotélica-tomista" - continua José Cretella Júnior -, "podemos dizer que o poder de polícia é uma potencialidade, é alto em potência, ao passo que a polícia é uma realidade, é algo em ato. O poder de polícia legitima a ação da polícia e a sua própria existência", concluiu, com exatidão científica, o festejado mestre•
>
> Ele, aliás, com a sua percuciente visão, em outra de sua vasta obra jurídico-administrativa, justamente no seu Tratado de Direito Administrativo, acrescenta que "Se a polícia é uma atividade ou aparelhamento, o poder de polícia é o princípio jurídico que informa essa atividade, justificando a ação policial, nos Estados de Direito", continuando por afirmar que, por sua vez, o "Poder da polícia é a possibilidade atuante da polícia, é a polícia quando age. Numa expressão maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo" - insiste José Cretella Júnior -, "diríamos: em virtude do poder de polícia o poder da polícia é empregado pela polícia a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado".
>
> Como poder administrativo, assim, o Poder de Polícia, que legitima o poder da polícia e a própria razão dela existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegáveis aos entes particulares, embora possam estar ligados àquela, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades (LAZZARINI, 1994, p. 73-74).

É demonstrado pelo autor Álvaro Lazzarini (1994) que existe uma dicotomia e diferente latentes no que tange ao poder de atuação no que ele denomina Polícia Administrativa que tem como principal componente de sua atuação ser preventiva.

Enquanto a Polícia Judiciária tem como principal componente de sua atuação ser repressiva e com intuito de amparar com atividades igualmente administrativa na repressão criminal. Deve-se, segundo autor deixar claro que a última não pode ser definida como órgão do Poder Judiciário. Não é a definição, de acordo com o autor, de órgão policial que define a atividade de polícia, essa separação em administrativa (preventiva) e judiciária (repressiva), mas a atividade que por elas são exercidas.

> O mesmo órgão policial, nos limites do Poder de Polícia, que a Constituição da República impõe, vinculando a sua atividade, pode ser eclético, porque age preventiva e repressivamente, ou seja, passa necessária e automaticamente, da atividade policial preventiva para o exercício da atividade policial repressiva, dado que ocorreu o ilícito que não conseguiu evitar. Quando o ilícito não for administrativo (infrações de normas do Código de Trânsito, do de Obras etc.) e sim penal, teremos, então, atividade de polícia judiciária consubstanciada na denominada repressão imediata por parte do órgão policial exercente da atividade de polícia preventiva (LAZZARINI, 1994, p. 74).

O autor completa com a Polícia de Segurança Pública, que tem por objetivo principal prevenir a criminalidade visando, igualmente a tranquilidade social. Seguindo esse objetivo sempre pelo caminho da legalidade, é a atividade policial em sentido estrito que como repetido no presente algumas vezes busca proteger bens que são caros à ordem pública e que detém um valor muito grande para a Polícia Administrativa em seu sentido amplo. (LAZZARINI, 1994, p. 74).

A segurança pública é claramente dividida e tem suas funções compartilhadas entre os entes da federação. Dessa forma, tem-se como competência do ente federal órgãos como a Polícia Federal, e como competência dos órgãos estaduais a Polícia Militar. Mesmo com essa divisão bem alocada e bem definida pela Constituição Federal os munícipios se

organizam igualmente nessa função de sua própria segurança pública, ou seja, por meio das Guardas Municipais. Deve-se esclarecer o que é competência para melhor compreender o assunto em foco, e para ela, tem-se que é o poder dever de agir do agente público, dentro de suas funções e autorizado pela lei, é o gozo no uso de alguma coisa, ser capaz (IORIO, s.d, online). O autor completa:

> Para a técnica jurídica, dois são os sentidos. Inicialmente, competência significa faculdade, aptidão para exercer, manter ou proteger um direito ou poder de exercer atribuição legal a respeito de certos atos jurídicos.
> Em seguida, competência também é entendida como o poder que é conferido à pessoa ou à instituição, autoridade jurisdicional para deliberação e decisão acerca de assuntos determinados, de acordo com as regras que a conferem este mesmo poder [3].
> Para o Direito Público, a expressão *competência administrativa* é a soma de poderes outorgados às autoridades administrativas pelas leis para o exercício de gestão ou administração pública. É o poder dever de agir conferido pelo ordenamento legal especificamente para cada autoridade.
> A competência administrativa se fundamenta na Constituição Federal [4]. Cada esfera de governo tem assim, a sua própria competência.
> Segundo o art. 4º da Lei 13.022 [5], as guardas municipais têm competência geral de protegerem os bens, serviços e logradouros públicos municipais além das instalações do mesmo município (IORIO, s.d, online).

As Guardas Municipais estão inseridas ou não na segurança pública? A Constituição Federal elenca os atores sociais destinados e responsáveis pela segurança pública que tem como objetivo principal a preservação da ordem pública, bem como o bem-estar das pessoas e do patrimônio (IORIO, s.d, online). O autor apresenta a complexidade do dispositivo:

> Especificamente sobre o artigo 144, o primeiro aspecto a ser observado é que o rol de órgãos constante do artigo é taxativo, não permitindo, dessa forma, a inclusão de nenhum outro órgão, seja pelos Estados ou

> municípios, que devem sim, observar o modelo federal. Dessa forma temos como órgãos da Segurança Pública: Polícia federal; Polícia rodoviária federal; Polícia ferroviária federal, Polícias civis; Polícias militares e corpos de bombeiros militares.
> O § 8º do art. 144 da CF, tem inserido no texto a possibilidade de criação e inclusão da Guarda Municipal no contexto do cenário municipal para proteção de bens e serviços. Como a violência tem aumentado e muito e o órgão existente mais precisamente a polícia militar não consegue manter a paz e a ordem pública, o legislador pensou em ampliar para os municípios esse dever através da guarda municipal (IORIO, s.d, online).

A Constituição Federal de 1988, no Título V, em seu capítulo III consagra os entes responsáveis pela segurança pública e ordem pública no país. O artigo em foco oferece a seguinte redação:

> 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, através dos seguintes órgãos:
> I - polícia federal;
> II - polícia rodoviária federal;
> III - polícia ferroviária federal;
> IV - polícias civis;
> V - polícias militares e corpos de bombeiros militares (BRASIL, 1988)

Tornou-se necessário, como se sabe, para o Estado proteger direitos, estabelecer deveres e zelar pela paz pública. Para esse fim a Administração Pública agregou em sua atividade o poder de restringir direitos, proibir abusos. O Estado por meio dessa prática exerce o que é definido como Poder de Polícia (GUERRA, 2015, online). O autor apresenta uma definição:

> Mas, quem pode exercer o Poder de Polícia?

> Em tese, será regular o exercício do poder de polícia o desempenhado pelo órgão competente nos limites fixados na lei, sem abuso ou desvio de poder, isto é, sempre se levou em conta que o Poder de Polícia deveria ser exercido por autoridade pública a qual a lei atribuiu específica competência. A premissa, portanto, comumente explorada pela doutrina é de que o exercício do Poder de Polícia depende de autorização legal a determinado órgão ou agente administrativo, que receberá expressa competência para o exercício dessa função. (GUERRA, 2015, online).

Observa-se que a doutrina oferece o entendimento de que a função de polícia é intransferível, mas alguns julgados estão sendo favorável a delegação desse poder para a forma indireta de administração. É justamente nesse momento que entra a atuação das guardas municipais. O STJ no julgamento do Recurso Especial nº 817.534/MG definiu o Poder de Polícia em quatro aspectos, segundo Sérgio Guerra (2015): atividade legislativa, o consentimento (expedição de alvará, habilitação etc), a fiscalização e o poder de aplicar sanção. Dessa forma, o autor conclui que o julgado acima citado somente aceitaria delegação do Poder de Polícia para pessoa jurídica de direito privado somente nas atividades de fiscalização e consentimento. O mesmo autor completa as informações:

> O caso foi recentemente julgado pelo STF, evoluindo-se a partir do citado caso Bhtrans. Tratou-se de um dos casos mais comentados no meio jurídico. Versou sobre o exercício do Poder de Polícia por Empresa Municipal, constituída sob a forma de sociedade de economia mista. Empresa estatal com natureza de empresa privada a teor do art. 173 da Constituição Federal.
> Até então a Suprema Corte adotava a teoria de impossibilidade de delegação do exercício de poder de polícia para os particulares, em geral. Ao julgar a ADI ndeg1.717-DF, o STF havia reconhecido a inconstitucionalidade de dispositivos que conferiam ao particular o exercício da função de "fiscalização de polícia".
> Julgando o mérito de ação direta ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático

> Trabalhista - PDT, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado na ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 58, caput e parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei 9.649/98, que previam a delegação de poder público para o exercício, em caráter privado, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas, mediante autorização legislativa (GUERRA, 2015, online).

O STF mudou a posição no que diz respeito às guardas municipais, com uma jurisprudência que afirmou o postulado de juridicidade para delegar poder de polícia à guarda municipal. As teorias colocadas em pauta versam sobre o poder de polícia que exercido pelas guardas municipais como administrativa, e uma outra corrente colocando esse serviço como amplo, dessa forma, justifica que as competências podem ir além e abranger àquelas exclusivas da segurança pública (GUERRA, 2015, online). Conforme o autor completa o raciocínio:

> O caminho começou a ser trilhado em 22/03/2012 quando o plenário do Supremo Tribunal Federal atribuiu caráter de Repercussão Geral ao Recurso Extraordinário com Agravo 662.186/Minas Gerais, funcionando como Relator o Ministro Luiz Fux. A Recorrente foi a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTRANS.
> Na jurisprudência atual o STF (Recurso Extraordinário 658.570) confirmou-se, em apertado placar, a teoria quanto a juridicidade na delegação de poder de polícia à Guarda Municipal. O Ministro Roberto Barroso abriu a divergência e foi o redator do acórdão, ficando vencido o relator Ministro Marco Aurélio.
> Basicamente, duas teorias foram postas no debate. Marco Aurélio identificou o "serviço" a ser protegido pelas Guardas Municipais como exercício do poder de polícia administrativa e, neste ponto, afeto à segurança pública e Barroso categorizou a atividade como serviço público em sentido amplo para justificar que as competências das Guardas Municipais podem extrapolar aquelas ligadas exclusivamente à segurança pública (GUERRA, 2015, online).

Diante de todo exposto, o autor Sérgio Guerra (2015) informa os detalhes da conclusão do voto vencedor a respeito do assunto em tela:

> a) o Poder de polícia não se confunde com segurança pública, de modo que o seu exercício não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais detentoras das funções de promoção da segurança pública b) a fiscalização do trânsito constitui exercício de poder de polícia, não havendo óbice ao seu exercício por entidades não policiais c) o Código de Trânsito Brasileiro estabeleceu a competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito d) os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal e) o art. 144, §8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município (GUERRA, 2015, online).

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 33/2014 objetivou introduzir ao conceito e objetivos da segurança pública uma competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Mudanças estas que reconfiguraria os artigos 23 e 24 da Constituição Federal. Muitas PECS foram submetidas à apreciação das casas do Congresso Nacional, Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal procurando mudanças nos artigos 21, 24 e o amplamente citado artigo 144 da Constituição Federal. Uma restauração no modelo de segurança pública, em que visa converter as guardas municipais, em polícia municipal, o que implica em uma restauração de fato na organização bem como na mudança de preparação de seus profissionais. O autor completa "Por isso, em virtude da insuficiência dos estados membros e da União em cuidar sozinhos da Segurança Pública, se faz necessária à participação dos Municípios através das Guardas Municipais dispostas no artigo 144 § 8 da Constituição Federal" (IORIO, s.d, online). Assim:

Em 2009 A COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, analisou uma Propostas de Emenda à Constituição nº 32, de 2003, *que altera o art. 144 da Constituição Federal para transformar a guarda municipal de cidades com mais de dois milhões de habitantes em órgão da segurança pública,* de autoria do Senador Sérgio Cabral e outros, e nº 22, de 2005, que *altera o art. 144 da Constituição Federal, para criar a guarda nacional como órgão permanente da segurança pública*, do Senador Tasso.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 32, de 2003, altera o art. 144 da Constituição Federal (CF) para incluir entre os órgãos encarregados da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio as guardas municipais dos municípios com mais de dois milhões de habitantes, que deverão colaborar com a polícia militar no policiamento ostensivo, na forma estabelecida em lei municipal.

Na justificação, argumenta-se que os Estados não têm condições de exercer com exclusividade as ações de segurança pública, quando a atividade criminosa é incrementada como decorrência das grandes aglomerações urbanas. Defende-se que o "policiamento municipal garante que mais recursos sejam carreados para a segurança do cidadão e permite que os prefeitos dos grandes municípios possam colaborar, com seu conhecimento estratégico da cidade, no policiamento ostensivo para a defesa da integridade física e do patrimônio dos cidadãos".

A PEC nº 22, de 2005, por sua vez, cria a força nacional, na mesma forma da criação das guardas, organizada mediante convênio entre a União, os Estados e o Distrito Federal, integrada pelas polícias civis e militares, que poderão atuar em qualquer parte do território nacional, por convocação do Presidente da República, cabendo-lhe executar, por tempo determinado no decreto de convocação, ações típicas de policiamento ostensivo, de controle de distúrbios e de defesa civil.

Na justificação, alega-se que os órgãos de segurança pública não têm dado respostas satisfatórias à criminalidade crescente e que a criação de uma guarda nacional, nos moldes em que proposta, é "providência fundamental para conter, pronta e objetivamente, a expansão da criminalidade organizada, e tirar o Estado brasileiro de sua posição de refém ..." (IORIO, s.d, online).

Retirar quaisquer dúvidas no que se refere à atuação e competência em comum de todos os entes citados no que diz respeito à garantia da segurança pública. Com isso chegou-

se à conclusão de que para as Guardas Municipais exercerem um papel na segurança pública a inclusão delas por meio de uma PEC era necessária.

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A metodologia é o desenhar do percurso em que se foi percorrido para a consolidação deste trabalho de conclusão de curso. Segundo Andrade (2007, p. 49), "metodologia é o conjunto de métodos ou caminhos que são percorridos na busca do conhecimento". Para Minayo (2002) A metodologia geralmente é uma parte complexa e deve requerer maior cuidado ao pesquisador mais que uma descrição formal dos métodos e técnicas a serem utilizados, indica as opções e a leitura operacional que o pesquisador fez do quadro teórico.

O desenvolver metodológico do artigo monográfico se apoia na metodologia dialética, uma vez que o trabalho procura dialogar com a temática proposta, abordando argumentos favoráveis e não favoráveis sobre o tema. Segundo Merraroba; Monteiro (2003, p. 71) a metodologia dialética, nesse caso restringe-se a emissão de opiniões "(...) que poderiam ser consideradas racionais, desde que fundamentadas em uma argumentação consistente".

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

O presente trabalho se configura como pesquisa bibliográfica que, segundo Minayo (2002, p. 44), "constitui o procedimento básico para os estudos monográficos, pelos quais

se busca o domínio do estado da arte sobre determinado tema". Ainda segundo Andrade (2007), a revisão literária enquanto pesquisa bibliográfica tem por função justificar os objetivos e contribuir para própria pesquisa. E a pesquisa bibliográfica consiste no exame desse manancial, para levantamento e análise do que já produziu sobre determinado assunto que assumimos como tema de pesquisa científica.

Para realizar os fichamentos e resenhas críticas dos textos primeiramente definiu-se que não haveria limite de data para publicação e que poderiam ser levados em conta os textos digitais e não digitais oriundos de artigos, monografias, dissertações, teses, sítios eletrônicos livros. Para coleta dos textos nos *sites* de pesquisa então, utilizou-se das palavras-chaves que são: Direito Administrativo, Poder de Polícia, Guarda Municipal. No ambiente eletrônico os *sites* escolhidos foram o Google Acadêmico e Scielo.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. M. **Introdução a metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalho na graduação. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRETO, Ana Luísa L. de A., MATOS, Lucas Vianna. **A Criminalização da Desordem:** uma aproximação crítica inicial em torno da Guarda Municipal no Rio de Janeiro. Disponível: <https://www.academia.edu/31082973/A_Criminaliza%C3%A7%C3%A3o_da_Desordem_Uma_aproxima%C3%A7%C3%A3o_Cr%C3%ADtica_inicial_em_torno_da_Guarda_Municipal_no_Rio_de_Janeiro>. Acesso em 26 out. 2020

BITTENCOURT, Diego Ramires. **A Guarda Municipal e o Direito Fundamental à Segurança.** Disponível em: <http://abraguardas.blogspot.com/2013/12/artigo-cientifico-guarda-municipal-e-o.html>. Acesso em 26 out. 2020

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 out. 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 out. 2019

CAMPOS, Willian Sérgio Antunes. **A Guarda Municipal no Contexto da Segurança Pública Integrada:** desafios e perspectivas no exercício funcional frente à demanda por segurança e proteção do cidadão. 102f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses/38738/a-guarda-municipal-no-contexto-da-seguranca-publica-integrada-desafios-e-perspectivas-no-exercicio-funcional-frente-a-demanda-por-seguranca-e-protecao-do-cidadao>. Acesso em: 20 out. 2020.

GUERRA, Sérgio. **Atualidades sobre o poder de polícia da Guarda Civil**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/sergio-guerra/atualidades-sobre-o-poder-de-policia-da-guarda-municipal>. Acesso em 26 out. 2020.

IORIO, Luiz Carlos da Cruz. **A Guarda Municipal no contexto da segurança pública.** Disponível em: <http://lex.com.br/doutrina_27781737_A_GUARDA_MUNICIPAL_NO_CONTEXTO_DA_SEGURANCA_PUBLICA.aspx>. Acesso em: 26 out. 2020.

LAZZARINI, Álvaro. Limites do Poder de Polícia. *In*: **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 198, 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46412>. Acesso em 22 setembro. 2020

MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *In*: **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 199, 1995. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46490>. Acesso em 22 set. 2020

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1998

SOUZA, Marcelo Silva. As Guardas Civis: um dilema na Gestão Municipal. In: **Jus Navigandi,** Teresina, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76371/as-guardas-civis-um-dilema-na-gestao-municipal>. Acesso 26 out. 2020.

MINAYO, M. C. S. **Pesquisa Social:** teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2002.

TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus limites. *In*: **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 27, 1952. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238>. Acesso em 22 setembro. 2020.

TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e Polícia do Poder. *In*: **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 162, 1985. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44770>. Acesso em 22 setembro. 2020

# O FUNDO ESTADUAL DE EQUILÍBRIO FISCAL (FEEF) EM ANÁLISE: UMA ANÁLISE À LUZ DA (IM)POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO À BITRIBUTAÇÃO

Hugo Leonardo Ribeiro Avila

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como pressuposto abordar a questão do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF), do Estado do Rio de Janeiro, à luz da Constituição Federal de 1988. Diante disso, analisar-se-á, no presente trabalho, uma reflexão sobre a questão da violação ao princípio constitucional da vedação à bitributação. Assim, observa-se que a Constituição Federal outorgou aos entes federados (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) a aptidão de criar tributos, em relação a ordem jurídica, visto que a necessidade da cobrança de tributos a sociedade advém como forma de arrecadação de dinheiro ao Estado, buscando evitar possíveis problemas econômicos.

Nesse entendimento, o presente texto busca demonstrar os possíveis reflexos da bitributação, este só ocorre quando dois entes da federação, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, tributam o mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador. Nota-se, dessa forma, que a bitributação, considerada ilegal, tem por objetivo tributar duas vezes sobre o mesmo fato gerador, por meio de dois entes federados distintos.

Ademais, é conveniente observar que quanto ao Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal, tem por finalidade de manutenção do equilíbrio das finanças públicas e previdenciárias do Estado, no entanto o mesmo ocorre uma bitributação quanto a

arrecadação tributária. A disputa entre os entes da Federação foi apelidada de "guerra fiscal" e é assim chamada por ter como instrumento de negociação a arrecadação futura de tributos. Destarte, o princípio da vedação a bitributação, busca analisar a invasão de competência tributária entre os entes federados, visto a existência de uma cobrança dupla, gerando assim um conflito na aplicação desta tributação. É cediço observar que a bitributação se torna ilegal, quando se observa que a Constituição Federal estabelece a divisão quanto as competências tributárias.

Assim, resta destacar que, as Unidades da Federação foram autorizadas pelo convênio ICMS 42/2016 a condicionar a fruição de incentivos e benefícios fiscais, financeiros-fiscais ou financeiros, inclusive os decorrentes de regimes especiais vigentes e os que vierem a ser concedidos, a realizarem depósito mensal equivalente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo, a título de fundo destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas. E desse modo, fora instituído o FEEF – Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal, e regulamentou por meio do Decreto nº 45.810.

No entanto, diversos sindicatos impetraram mandado de segurança coletivo com pedido de limiar, e assim suspenderam o recolhimento do FEEF, tendo em vista que o mesmo viola o artigo 167 da Constituição Federal de 1988, ao fato que o mesmo não vincula a receita do ICMS a um fundo específico, gerando um aumento indireto do mesmo.

## 2 TEMA

O Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF) em análise: uma análise à luz da (im)possível violação ao princípio constitucional da vedação à bitributação.

## 3 PROBLEMÁTICA

O Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF) do Estado do Rio de Janeiro, a luz da Constituição Federal, viola o Princípio da Bitributação? E qual a importância da des(continuidade) deste Fundo Estadual na vida do contribuinte e para o Estado do Rio de Janeiro?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar a questão da inconstitucionalidade do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF); criado pelo Estado do Rio de Janeiro.

### 4.2 Objetivos Específicos

4.2.1 Examinar a evolução histórica das tributações no Brasil;

4.2.2 Analisar de forma crítica a visão do Estado e do contribuinte;

4.2.3 Avaliar a existência de um conflito de competência tributária e a bitributação;

4.2.4 Examinar a Lei nº 7.428/2016 e seus fundamentos legais;

## 5 HIPÓTESES

Em razão do debate proposto nos tribunais, a luz da Constituição Federal, pode-se afirmar que o Estado do Rio de janeiro viola os princípios da bitributação e competência na legislação tributária.

## 6 JUSTIFICATIVA

A Constituição Federal outorgou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios competência tributária, entendida como aptidão de criar tributos *in abstrato*, inovando a ordem jurídica (SOSSOLOTI, 2016, s.p.). Nesse entendimento, Oliveira (2019, s.p.), "a cobrança de tributos obedece à Constituição Federal de 1988, que determinou o poder e a responsabilidade de cada ente federativo — União, estados e municípios — em relação aos fatos que podem ocasionar tributos". Os municípios, os estados, o Distrito Federal e a União legislam concorrentemente acerca de assuntos tributários, nos termos do art. 24 da Constituição Federal (LUZ, 2008, s.p.). Dessa forma, buscando efetivar o melhor planejamento quanto aos serviços de tributação. A Constituição Federal prevê que,

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
> I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
> II - orçamento;
> III - juntas comerciais;
> IV - custas dos serviços forenses;
> V - produção e consumo;
> VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

> VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
> VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
> IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
> X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
> XI - procedimentos em matéria processual;
> XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
> XIII - assistência jurídica e defensoria pública;
> XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
> XV - proteção à infância e à juventude;
> XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
> § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
> § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
> § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Domingos (2019, s.p.), afirma que "o Brasil vem passando por uma crise política e econômica, e o reflexo desse cenário é observado pelos Estados da Federação diante da queda da arrecadação". E, dessa forma, houvesse a necessidade da cobrança de tributos a sociedade, como forma de arrecadação de dinheiro ao Estado, evitando possíveis problemas econômicos. Desta maneira, o Código Tributário Nacional, por se tratar de Lei Ordinária, deve obedecer às imposições da Constituição Federal, em razão do princípio da Supremacia da Constituição (LUZ, 2008, s.p.).

> O sistema constitucional tributário brasileiro é o mais rígido de quantos se conhece, além de complexo e extenso. Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecê-

> lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo (ATALIBA, 1968, p.21 apud DOMINGOS, 2019, s.p.).

É imperioso observar que a bitributação e o bis in idem, são compreendidos como dois institutos distintos do Direito Tributário, visto que são bastante recorrentes na cobrança dos tributos. A bitributação ocorre quando dois entes da federação, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, tributam o mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador, por exemplo, quando dois municípios pretendem cobrar ISS sobre um mesmo serviço prestado (STUDIO FISCAL, 2014, s.p.).

> O Sistema Tributário Nacional previsto na Constituição Federal de 1988 (Título VI, Art. 145 e seguintes), autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a instituir impostos, taxas e contribuições e, 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 (STUDIO FISCAL, 2014, s.p.).

Destaca-se que a única semelhança entre ambos é que, nesses dois institutos, há a possibilidade de incidência de tributar duas vezes sobre o mesmo fato gerador. A ilegitimidade nesse caso se dá pela inconstitucionalidade, em razão da violação de normas constitucionais sobre competência tributária (STUDIO FISCAL, 2014, s.p.). Dessa forma, é imperioso observar que o bis in idem não é considerado ilegal, visto que este ocorre quando um ente federativo tributa duplamente sobre o mesmo fato gerador.

Já a bitributação, considerada ilegal, tem por objetivo tributar duas vezes sobre o mesmo fato gerador, por meio de dois entes federados distintos. Nesse sentido, uma vez que o bis in idem não é caracterizado como ilegal, se trata de uma situação em que o mesmo

sujeito passivo é cobrado sobre dois impostos diferentes, mas pelo mesmo ente federativo, não havendo uma invasão de competência tributária, ao que ocorre na bitributação. O artigo 154 da Constituição Federal busca abordar que será admitido a bitributação em casos extraordinários, assim, o mesmo artigo aduz que,

> Art. 154. A União poderá instituir:
> I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
> II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação (BRASIL, 1988).

No que tange a respeito da bitributação, esta tem como pressuposto gerar a tributação dupla do mesmo fato gerador, no entanto por entes distintos. A bitributação pode ocorrer quando existe uma indefinição sobre a localização de um imóvel, se não existir uma determinação clara se a propriedade está na área urbana ou rural, o dono do imóvel pode ser tributado duas vezes (REIS, 2018, s.p.). É imperioso observar que, na bitributação, ocorre um conflito de competências.

Nesse entendimento a bitributação possui dois entes federados distintos, cobrando tributo sobre a mesma causa jurídica e sobre o mesmo contribuinte. Para Marcello Real (2014, s.p.), "ocorre a bitributação quando entes tributantes diversos exigem do mesmo sujeito passivo tributos decorrentes do mesmo fato gerador". Ademais, entende-se que ambos estão relacionados a possibilidade de incidência de mais de um tributo sobre o mesmo fato. Reis afirma que,

> É importante ressaltar que a bitributação não pode ser confundida com o chamado bis in idem. No primeiro, dois entes distintos tributam o mesmo fato gerador. Já o bis in idem acontece quando apenas uma entidade tributa o contribuinte mais de uma vez. Ao contrário da bitributação, o bis in idem não tem proibição prevista em lei (REIS, 2018, s.p.).

Isto posto, entende-se que o que distingue a bitributação do bis in idem diz respeito ao ente federado credor. Uma vez que é Constituição Federal que confere competência tributária para criação de um determinado tributo para determinado ente político, no caso da bitributação estaremos diante de uma invasão da competência tributária (CÓRNELIO, 2016, p.53). Desse modo, quando se tratar do mesmo credor estará diante do bis in idem e quando se tratar de entes federados distintos está diante da bitributação.

O *bis in idem* apresenta como característica tributos iguais, instituído pelo mesmo poder tributante, incidindo sobre a mesma pessoa ou contribuinte, tendo o mesmo fato gerador e cobrado por duas leis distintas. Para Alexandre Ricardo (2012, s.p.), o *bis in idem* "é um princípio jurídico que significa "*bis*", repetição, "*in idem*", sobre o mesmo. No Direito Tributário ocorre quando o mesmo ente tributante cobra um tributo do mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador, mais de uma vez". Dessa forma, o bis in idem é considerado como um excesso de competência.

Nesse entendimento, o *bis in idem* ocorre quando verificado o mesmo fato gerador, surgem mais de uma obrigação tributária, no entanto, do mesmo ente tributante. Pode ocorrer desde que haja previsão legal, pois não há invasão de competência, visto que a competência para cobrar tributo sobre o fato é dele próprio, há, apenas, a divisão do fato para a incidência de mais de um tributo (EBRADI, 2017, s.p.). Assim, o *bis in idem* ocorre quando um único ente cobra mais de um tributo a um mesmo fato gerador. Costa aborda que,

> O *bis in idem* é ideia distinta, traduzida na situação de o mesmo fato jurídico ser tributado mais de uma vez pela mesma pessoa política, sendo permitido pelo sistema pátrio desde que expressamente autorizado pela Constituição. Por exemplo, o fato de uma empresa auferir lucro dá margem à exigência de Imposto sobre a Renda, como também da contribuição social sobre o lucro - CSSL, ambos os tributos de competência da União. Pois bem. A competência tributária, assim compreendida, há de ser exercida segundo parâmetros constitucionalmente estabelecidos, dentre os quais se destacam os princípios e as imunidades (COSTA, 2012, p.67).

É imperioso destacar que o comum é que cada fato gerador acarrete o surgimento de apenas uma obrigação tributária. O *bis in idem* ocorre quando o mesmo ente competente para instituir tributo relativo a determinado fato gerador edita mais de uma lei instituindo tributos decorrentes do mesmo fato gerador (CÓRNELIO, 2016, p.52). Por fim, caso o indivíduo seja cobrado duas vezes pelo mesmo fato gerador, e desse fato não existir uma ressalva ou permissão no texto constitucional ou legislação tributária, o indivíduo poderá valer das vias administrativa ou judicial pertinente para que não sofra lesão ou busque a reparação do dano sofrido pela cobrança indevida.

Entende-se que a bitributação e o bis in idem são compreendidos como dois institutos distintos do direito tributário, no entanto bastante recorrentes. Ressalta-se que a única semelhança entre ambos é que, nesses dois institutos, há a possibilidade de incidência de tributar duas vezes sobre o mesmo fato gerador. Desse modo, quando se trata em bitributação, entende-se que ocorrer uma situação em que dois entes federados cobram do mesmo sujeito passivo o imposto sobre o mesmo fato gerador, por exemplo, o indivíduo ser cobrado simultaneamente pelo IPTU e pelo ITR, sendo que o primeiro é de competência municipal, e o segundo, de competência da União.

> A criação do referido fundo, teve amparo no Convênio ICMS nº 42/2016 firmado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que em sua redação original autorizou os Estados e o Distrito Federal condicionar (mediante depósito de no mínimo dez por cento do valor do benefício em fundo de equilíbrio fiscal) a fruição dos incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros, inclusive os decorrentes de regimes especiais de apuração, que resultem em redução do ICMS a ser pago (DOMINGOS, 2019, s.p.).

É imperioso observar que esta situação é considerada ilegal e vedada pela Constituição Federal, bem como repudiada pelo Sistema Tributário Brasileiro, visto que ocorre uma invasão de competência de um ente federado sobre outro. Dos mais tormentosos problemas com que se depara a política comercial e econômica internacional e a política financeira nacional é o da bitributação, ou dupla incidência tributária (ATALIBA, 1966, p.01). Ressalta-se que o *bis in idem* se trata de uma situação em que o mesmo sujeito passivo é cobrado sobre dois impostos diferentes, mas pelo mesmo ente federativo, não havendo uma invasão de competência tributária. Assim, o *bis in idem* é uma situação plenamente licita, desde que esteja estabelecido na forma da lei constitucional ou tributária.

Nesse sentido, quanto a bitributação, Oliveira (2019, s.p.), afirma que "é uma prática inconstitucional, já que cada ente federativo tem poder e responsabilidade sobre fatos geradores diferentes. Isso significa que quando ocorre a bitributação um deles está cobrando algo que é de competência de outro". Ademais, entende-se que quanto ao Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal, tem por finalidade de manutenção do equilíbrio das finanças públicas e previdenciárias do Estado, no entanto o mesmo ocorre uma bitributação quanto a arrecadação tributária.

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

A origem da tributação se confunde com a própria história do homem, de como se vivia em sociedade, podendo de fato encontrar a essência do tributo nas tribos mais primitivas já existentes (SILVA, 2019, s.p.). Com a formação do Estado, foi instituída regras de condutas, com o objetivo de promover o bem comum, ordem, paz social, segurança, a fim de que o homem pudesse viver em sociedade de forma harmônica (OLIVEIRA, RANGEL, 2018, s.p.).

> Na época todo o coletivo trabalhava para assegurar a segurança da aldeia em face de investidas de outras comunidades e de animais. Portanto o tributo era o próprio trabalho do indivíduo em prol da segurança e convivência daquela comunidade, donde se pode notar uma essência de integração e solidariedade naquelas tribos, sendo tal contribuição fácil visibilidade do indivíduo e isenta de desvios ou desperdícios (SILVA, 2014, p.11).

Observa-se na história que as imposições tributárias passaram por uma evolução que foi desde caracterizadas por vexatórias até contribuições compulsórias pelos costumes e mais tarde pela lei (MATOS, 2007, s.p.). E desse modo, observa-se que antes de prestações em dinheiro, nos tempos remotos, as mesmas eram por meio da força braçal. Ademais, quando o homem tomou conhecimento de que era dotado de supremacia, tomou o controle organizacional efetivo sobre a sociedade, e a organização jurídica do poder de tributar passou a afigurar-se como doutrinamento para que o Estado pudesse exercer sua soberania (OLIVEIRA, RANGEL, 2018, s.p.). Martins, ainda, leciona que

> Neste momento criou-se uma teoria do poder, que veio a prevalecer até os dias atuais, deixando o povo de ter uma relevância maior na definição

> dos destinos da comunidade. Essa função foi usurpada pelos detentores do poder, que se identificaram com ela, como se direito natural fosse o seu domínio sobre a comunidade mais servil, menos conhecedora de todas as realidades, e cuja a junção maior passou a produzir recursos para os dirigentes para que eles fizessem os que lhe aprouvesse, inclusive se dedicar ao ser esporte predileto que era guerra (MARTINS, 2005, p. 85)

Surge o Direito Tributário para que assim haja uma regulamentação específica no tocante a forma correta e justa de tributação nos mais variados casos e tipos de sociedades (URBANO, 2014, s.p.). O Direito Tributário como entendido hoje é de recente formatação, própria do estado moderno com suas normas delimitadoras da ação estatal e que regulam as relações entre poder público e contribuinte (MATOS, 2007, s.p.).

Para Arthur Urbano (2014, s.p.), "o ato de tributar acompanha o desenvolvimento das sociedades desde os primórdios, seja qual for a forma de liderança ou governo sob determinada, região, sempre houve a necessidade de captação de recursos financeiros para prover a manutenção do território". A partir desta importante consideração, foi possível constatar as diversas mutações que ocorreram na tributação no mundo (SILVA, 2019, s.p.). Na história da tributação no Brasil, fato que é debatido até hoje sobre sua origem, porém não é fruto deste trabalho remonta-se que se iniciou o direito tributário brasileiro em 1822, no mesmo período em que foi criada a legislação fiscal do Brasil (SILVA, 2019, s.p.). Para Silva (2014, p.16), "existe uma discórdia na doutrina brasileira acerca da origem de um Direito Tributário brasileiro, manifestando-se, uma corrente da doutrina, que o marco inicial do direito tributário brasileiro se dá somente em 1822, quando foi criada a legislação fiscal do Brasil". O início da tributação em solo Brasileiro, nem sempre se deu em moeda, ao reverso, no Brasil-Colônia, os impostos eram pagos com mercadoria, ou produção, por não haver uma forma definida de moeda (OLIVEIRA, RANGEL, 2018, s.p.). Ponderam, ainda, Amed e Negreiros,

> É a história que registra como uma política fiscal injusta, que não respeitava nem a capacidade contributiva das pessoas, nem era seguida de uma lógica clara. Tributava-se com o intuito de remeter a maior parte dos valores arrecadados para a Metrópole. O que sobrava ficava para a colônia, para pagar as despesas das terras "achadas", exatamente para explorar as suas e não para construir uma nação (AMED, NEGREIROS, 2000, p.19).

Com a forte influência dos ideais liberais, oriundos dos movimentos ocidentais acontece a independência do Brasil em 1822 (SILVA, 2019, s.p.). Com a independência do Brasil o estado fiscal é constituído, e passa a ter novo perfil de receita pública, conforme expressado por Torres, "no perfil da receita pública, que passou a se fundar nos empréstimos, autorizados e garantidos pelo legislativo, e principalmente nos tributos não mais caracterizando pelos ingressos originários do patrimônio do Príncipe" (TORRES, 209, p.08).

A preocupação da fase era a volta do pensamento da efetiva distribuição de renda e ensejou uma necessária inovação no que tange as práticas tributárias, e no Brasil ainda se buscava principalmente uma maior arrecadação (SEVEGNANI, 2006, p.88). Esta arrecadação tinha como propósito a diminuição da perda do tesouro nacional. Neste momento, o tributo deixar sua essência que é as necessidades conjunturais do Estado e passa a ser cobrado de forma permanente (SILVA, 2019, s.p.). A soberania estatal implica o poder de tributar, mas a relação de tributação não é uma relação de poder, é uma relação jurídica. Daí a importância da lei para o tributo (PETTER, 2008, p.48).

Ademais, vale refletir a respeito da história da conduta do Estado para com o contribuinte através da sua política equivocada. Neste sentido, bem resume Ubaldo Cesar Balthazar em sua doutrina,

> A política tributária brasileira no segundo reinado, assim como no poder imperial, estiveram extremamente preocupados em favorecer e garantir os interesses dos detentores do poder econômico, os cafeicultores em especial, do que no desenvolvimento da economia nacional (BALTHAZAR, 2005, p.101).

A tributação no Brasil República com a promulgação da constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1891, houve grande melhora, notou-se a presença do princípio da legalidade tributária e da uniformidade do imposto federal (SILVA, 2017, s.p.).

> A preocupação da fase era a volta do pensamento da efetiva distribuição de renda e ensejou uma necessária inovação no que tange as práticas tributárias. Porem no Brasil ainda se buscava principalmente uma maior arrecadação a fim de diminuir o rombo do tesouro nacional (SILVA, 2014, s.p.).

Os tributos caracterizam-se com uma manifestação do poder de império do Estado, impondo obrigações pecuniárias à sociedade, retirando-lhes parte da riqueza produzida, com o propósito de realizar atividades financeiras (SEVEGNANI, 2006, p.104). O governo ainda era indiferente aos reflexos sociais de uma tributação injusta, como manifesta Ubaldo Balthazar:

> Para o governo Brasileiro, especialmente a fazenda pública nacional, essa nova modalidade do imposto seria mais uma forma de amenizar os déficits do erário e não como um meio de equilibrar as riquezas entre ricos e pobres. Aliás, este aspecto da discussão praticamente não era abordado nas discussões internas (BALTHAZAR, 2005, p. 112).

Desde o princípio da tributação no Brasil, a intenção é financiar a redução da diferença social, gerar benefícios aos seus contribuintes e sustentar de forma correta a

máquina pública. A tributação tem por escopo retirar parte da riqueza da sociedade para o financiamento do Estado, essa atividade deve observar determinados critérios e bases imponíveis, de forma a torna-la mais justa e eficiente (SEVEGNANI, 2006, p.106).

O Código Tributário Nacional tem por objetivo a integração do sistema nacional tributário, e dessa forma, busca estabelecer as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar (BRASIL, 1966). Nesse sentido, o artigo 3º do CTN, traz o conceito de tributo, no que diz, "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada" (BRASIL, 1966). E nesse sentido, o artigo 4º do mesmo código, traz sua natureza jurídica, dispondo que,

> 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificar I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação (BRASIL, 1966).

Com avanço relevante ele se apresenta pela necessidade de normatizar o direito tributário pátrio bem como dispor acerca de competência tributária entre os tributantes e sobre a regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado. A atribuição de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, do Estados e nas Leis Orgânicas do DF e dos Municípios, e observado o disposto nesta Lei (BRASIL, 1966). Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 146 que, "Cabe à lei complementar (...) III - estabelecer

normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre (BRASIL, 1988). Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal aborda a respeito dos tributos, no que diz

> Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
> I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
> II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.
> Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.
> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo [...]
> Art. 154. A União poderá instituir:
> I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
> II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação (BRASIL, 1988).

O Estado tem como finalidade a consecução do bem comum – conjunto de necessidades gerais da coletividade, essenciais a um existir digno–, e deve, para tanto, assegurar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2016, s.p.). Segundo Eduardo Sabbag (2009, p.339), "a competência tributária é a habilidade privativa e constitucionalmente atribuída ao ente político para que este, com base na lei, proceda à instituição da exação tributária". Ademais, Luciano Amaro afirma:

> O poder de criar tributos é repartido entre os vários entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor prestações tributárias, dentro da esfera que lhe é assinalada pela Constituição. Temos assim a competência tributária — ou seja, a aptidão para criar tributos — da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos têm, dentro de certos limites, o poder de criar determinados tributos e definir o seu alcance, obedecidos os critérios de partilha de competência estabelecidos pela Constituição. A competência engloba, portanto, um amplo poder político no que respeita a decisões sobre a própria criação do tributo e sobre a amplitude da incidência, não obstante o legislador esteja submetido a vários balizamentos (AMARO, 2006, p. 93).

Importante salientar a competência tributária que se firmou ao longo da história. A Constituição Federal atribui à competência tributária aos entes políticos em seus artigos 153 a 156, e outorga a cada qual o poder de instituir e cobrar exações tributárias (MORAES, 2016). Em seu artigo 155, inciso II da Constituição Federal de 1988 atribui competência aos Estados e Distrito Federal a instituição de imposto sobre:

> Art. 155º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (BRASIL, 1988).

Quando em matéria de tributos e sua aplicação, aprofunda-se o sentimento de que, resultam em medidas não compatibilizadas com a vontade popular, o cidadão fica descrente dos justos fins da atuação estatal (SEVEGNAI, 2006, p110). O ICMS, isto é, imposto de incidência sobre as operações relacionada à circulação de mercadorias, bem como sobre a prestação de serviços de transportes seja interestadual ou intermunicipal, além de recair

sobre serviço de comunicação, ainda que estas operações e prestações sejam iniciadas no exterior (BRASIL, 1988).

Sendo o imposto de maior arrecadação do país, as guerras fiscais seriam inevitáveis, tendo assim a CF/88 abordado de forma extensiva o ICMS, deixando a cargo de lei complementar a sua regulamentação sob os pontos controvertidos (BRASIL, 1988). Nesse entendimento são pontos controvertidos: a definição dos contribuintes, disposição sobre substituição tributária, regime de compensação de imposto, dentre outros.

Criado para desenvolvimento econômico e fiscal, o benefício fiscal atrai empresas e aumenta seu estímulo atraindo assim diversos investimentos. Os incentivos fiscais são benefícios relacionados à carga tributária, concedidos pela administração pública para atrair empresas para determinada região ou estado. Tais incentivos podem ter a forma de redução da alíquota de imposto, ou isenção, por exemplo (FERNANDES,2019, s.p.).

Com isso, o governo evita que as empresas migrem para outros estados em busca de condições mais favoráveis. Já com a política de incentivos fiscais, ao atrair empresas para o Estado, o governo aumenta sua receita (FIRJAN, 2020, s.p.). Os tributos consomem boa parcela das receitas das empresas, podendo impactar negativamente no valor dos produtos e serviços oferecidos e na lucratividade do negócio (FERNANDES, 2019, s.p.).

> Quando o governo de um Estado reduz a alíquota de ICMS para atrair uma empresa ele passa a contar com uma nova arrecadação de imposto. Isto é, a empresa, que não estava instalada no estado, contribuirá com uma alíquota menor, mas não deixará de contribuir. O estado aumentará sua receita a partir dessa nova contribuição que será gerada (FIRJAN, 2020, s.p.).

Em função da elevada carga tributária e dos seus impactos na vida das empresas e das pessoas físicas, surgem constantemente, no Brasil, discussões e debates sobre a carga

tributária e a necessidade de se promover uma ampla reforma (LIMA, REZENDE, 2017, p.02). Na década de 1990 muitas unidades da Federação concederam isenções tributárias para atrair investimentos (NASCIMENTO, 2008, p.01)

Porém ao longo dos anos o Estado do Rio de Janeiro criou inúmeros benefícios fiscais o que ocasionou o efeito inverso do que se pretende, pois, a contrapartida do Estado não oferecia a benevolência que era pretendida ocasionando um sistema fraco e com isso uma evasão de empresas para outras unidades da Federação. A disputa entre os entes da Federação foi apelidada de "guerra fiscal" e é assim chamada por ter como instrumento de negociação a arrecadação futura de tributos, normalmente, o ICMS para os Estados e o ISS para os municípios (NASCIMENTO, 2008, p.02).

> O Estado do Rio de Janeiro lançou em 2016 um pacote de medidas de combate à crise econômica com o objetivo de equilibrar as contas públicas. Dentre elas, a grande preocupação é com a folha de salário dos servidores públicos estaduais que há meses recebem seus salários com atraso ou de forma parcelada, tendo a previsão de que o orçamento não será suficiente para o pagamento de toda a folha prevista para o ano de 2017 (MARIELLA, CABRAL, 2017, s.p.).

Com toda situação imposta pela cessão desordenada de benefícios o caos se instalava no Rio de Janeiro, e a solução encontrada pelo Governo de forma temporária, foi a criação de um fundo para equilibrar as contas. O Estado do Rio de Janeiro lançou em 2016 um pacote de medidas de combate à crise econômica com o objetivo de equilibrar as contas públicas (MARIELLA, CABRAL, 2017, s.p.).

O Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal, foi instituído através da Lei da Lei 7.428/2016, em que tinha um caráter temporário pelo prazo de dois anos, e tinha a estrita finalidade equilibrar as finanças públicas e previdenciárias do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 2016,

s.p.). No entanto, resta observar que o mesmo artigo fora revogado, instituindo desde então a seguinte redação:

> Art. 1º Fica instituído o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF, temporário, com a finalidade de manutenção do equilíbrio das finanças públicas e previdenciárias do Estado do Rio de Janeiro, consoante o inciso III do § 1º combinado com o § 2º todos do art. 2º da Lei Complementar Federal nº 159, de 19 de maio de 2017, que Institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal e altera as Leis Complementares nº 101, de 4 de maio de 2000 e nº 156, de 28 de dezembro de 2016 (BRASIL, 2016).

O convênio ICMS nº42/2016, autoriza a condicionar a fruição de benefícios relativos ao ICMS à realização de depósito de, no mínimo 10% do respectivo benefício em fundo de equilíbrio fiscal a ser instituído por cada unidade federativa (JORGE, 2018, p.16). Os benefícios fiscais sempre foram alvo de Comissões Parlamentares de Inquérito, sendo que em grande maioria não presava pelo todo e sim em partes para atender a uma categoria específica, e o Fundo Estadual que é fruto deste debate não foge a pauta que mais chama a atenção na área tributária do Estado do Rio de Janeiro. Ademais, autoriza reduzir em, no mínimo 10% o proveito econômico do incentivo concedido (JORGE, 2018, p.16).

> Art. 2º- A fruição do benefício fiscal ou incentivo fiscal, já concedido ou que vier a ser concedido, fica condicionada ao depósito ao FEEF do montante equivalente ao percentual de 10% (dez por cento) aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de benefício ou incentivo fiscal concedido à empresa contribuinte do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016, já considerado no aludido percentual a base de cálculo para o repasse constitucional para os Municípios (25%) (BRAISL, 2016).

Não obstante, reconhece que os Estados, atravessam uma grave crise financeira, a demandar a adoção de medidas drásticas sobre a receitas e despesas públicas (JORGE, 2018, p.36). Assim, entende-se que o Fundo ficaria condicionado ao depósito equivalente ao percentual de 10% (dez por cento) aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de benefício ou incentivo fiscal concedido a empresa contribuinte do ICMS. Dessa forma, não pode admitir que o ente estadual afronte os direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos contribuintes a pretexto de atingir um suposto equilíbrio fiscal (JORGE, 2018, p.36).

> Em que pese o Estado do Rio de Janeiro estar passando por momento crítico no que tange a questões financeiras e recursos, necessitando de arrecadação, o que se depreende como consequências da medida instituidora do FEEF é a insegurança jurídica do contribuinte e o eventual desestímulo aos novos empreendimentos, o que pode ser ainda mais prejudicial à máquina pública (MARIELLA, CABRAL, 2017, s.p.).

A Lei 7.426/2016 (FEEF), muito debatida, no primeiro momento se entendeu pela sua constitucionalidade, e na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 5635, arrasta-se a apreciação de pedido liminar (GOMENSORO,2019, s.p.). O entendimento é que a tentativa de reaver parte dos benefícios fiscais anteriormente concedidos viola a segurança jurídica e, por isso, revela-se manifestamente inconstitucional (GOMENSORO, COSENTINO, 2019, s.p.).

> O Estado fluminense instituiu o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF) para reequilibrar as contas do Estado, que está em crise financeira. Para isso, condicionou a concessão ou fruição de incentivos fiscais do ICMS ao depósito de 10% aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem utilização do benefício ou incentivo concedido (COELHO, 2019, s.p.).

A Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro moveu uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar, apontando que havia vícios de inconstitucionalidade formal e material. Este "mecanismo" de devolução de parte do benefício fiscal originalmente concedido foi aplicado em diversos outros estados. No entanto, provavelmente em nenhum deles a legislação foi tão complexa e deixou tantas dúvidas quanto ao seu âmbito de aplicação (GOMENSORO, 2019, s.p.).

Tenta-se provar que claramente o Estado do Rio criou ou instituiu uma nova espécie tributária, identificando o sujeito ativo (Estado do Rio de Janeiro), sujeito passivo (contribuintes beneficiários de incentivos Fiscais do ICMS), a hipótese de incidência (fruição de benefícios fiscais ou financeiros do ICMS), bem como a base de cálculo (montante do benefício fruído) e alíquota de 10% (dez por cento). A lei do Estado do Rio de Janeiro que condiciona o aproveitamento de incentivos fiscais de ICMS a depósitos em fundo de equilíbrio fiscal ultrapassou os limites da Constituição (COELHO, 2019, s.p.).

Portanto, a Confederação Nacional das Industrias através de seu pedido provar que o Estado do Rio de Janeiro criou um "dízimo tributário" que é inconstitucional também porque avança sobre as competências exclusivas da União ou reservadas à Lei Complementar como se vê de forma clara nos dispositivos acima transcritos. Gabriela Coelho (2019, s.p.), afirma que "Para a CNI, a governo fluminense criou nova "espécie tributária" que não encontra amparo nos impostos previstos nas competências dos Estados e do Distrito Federal".

Diante do notório estado de calamidade pública fiscal decretado, a lógica que se extrai do dispositivo indica que o Estado do Rio de Janeiro quer buscar recursos dos contribuintes que gozam de incentivos fiscais com a promessa de posterior devolução (ressarcimento) (CNI, 2016, p.05). Além disso, a vinculação da destinação dos valores

arrecadados ao FEEF também releva a finalidade dissimulada de alinhar esse "depósito" à previsão do parágrafo único do Art. 148 da CF (CNI, 2016, p.04).

> Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
> I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
> II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.
> Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. (BRASIL, 1988).

Apesar da tentativa, a literalidade do texto não esconde que o Rio de Janeiro, instituiu um "empréstimo compulsório estadual" com base inexistente figura jurídica do estado de "calamidade pública financeira" (CNI, 2016, p.05). Diversas decisões liminares que eximiam os contribuintes da obrigatoriedade do depósito no FEEF vêm sendo revogadas nos últimos meses, sempre na primeira oportunidade que os autos tramitam ao gabinete do Juiz (GOMENSORO, 2019, s.p.).

> Na prática, isso significa a redução do benefício em si: a empresa inscrita em programas de isenção ou benefícios fiscais deste tipo que antes observava economia tributária de R$ 100.000,00; com a nova norma, terá a economia apenas de R$ 90.000,00, já que os 10% terá obrigatoriamente de ser depositado no FEEF (BRAGA, 2018, s.p.).

Fica claro que, além de invadir competência tributária federal reservada à Lei Complementar, a lei fluminense ignora que o heterodoxo "estado de calamidade pública financeira" não enseja a instituição de empréstimo compulsório até mesmo pela União (CNI, 2016, p.05).

> Após a decisão liminar na Representação de Inconstitucionalidade, as Câmaras e o próprio Juízo de primeira instância se viram obrigados a seguir a decisão do Órgão Especial até que sobrevenha decisão final de mérito, e com isso, diversas decisões liminares que eximiam os contribuintes da obrigatoriedade do depósito no FEEF foram sendo revogadas, sempre que os autos tramitam ao gabinete do Juiz, e diante das sucessivas revogações da liminares, com diversos contribuintes tendo por obrigatoriedade realizar depósito judicial dos valores controvertidos, e aguardando possíveis autuações fiscais, criou-se um incerteza jurídica muito grande (GOMENSORO, COSENTINO, 2019, s.p.).

Em nosso ordenamento jurídico, os incentivos fiscais adentram por meio da legislação ordinária, obedecendo ao princípio da legalidade tributária e ao princípio do paralelismo das formas (PESSOA NETO, 2016, s.p.). Após várias discussões que foram debatidas ao longo da problemática, o CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária) entendeu que todo beneficiário que fosse amparado por convênio CONFAZ deveriam fazer o depósito para permanecer com o benefício como se fosse um pedágio.

> O Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF) tem por objetivo socorrer os cofres públicos. O FEEF determina que as empresas incentivadas pelo Programa de Incentivo Fiscal do Estado, que oferece benefícios para o recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), depositem mensalmente uma devolução de 10% dos incentivos fiscais. A intenção era melhorar as contas do governo diante da queda de arrecadação observada em 2015 (RAPOSO, 2019, s.p.)

Os contribuintes não ficaram solos nesta luta tendo como grandes aliados nesta briga que se arrasta as entidades como Firjan, Fenacom entres outros legitimados para propor um ADI. Por fim, este trata-se de medida emergencial e temporária destinada a manutenção do equilíbrio das finanças públicas e previdenciárias do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 2016, p.05).

> APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. Adicional temporário de ICMS previsto na Lei Estadual nº 7.428/16, que instituiu o fundo de equilíbrio fiscal do Estado do Rio de Janeiro FEEF/RJ. Recolhimento de 10% para o referido fundo. Regularidade. Hipótese de exclusão do dever de recolher a exação não verificado. Constitucionalidade do supramencionado diploma legal apreciada pelo Órgão Especial deste Tribunal, na representação de inconstitucionalidade nº 0063240- 02.2016.8.19.0000, que reconheceu, em sede liminar, a constitucionalidade na constituição do referido fundo. Ausência do direito líquido e certo alegado pela impetrante. Necessidade de ampla dilação probatória, inadmitida na via mandamental. Acerto da sentença. Precedentes. RECURSO NÃO PROVIDO.

Considerando a falta de clareza da legislação, alguns contribuintes têm optado por realizar consultas à Secretaria de Fazenda do Estado para entender se, de fato, os benefícios que a fazem jus estão entre os elegíveis para o depósito no FEEF (GOMENSORO, 2019, s.p.). Ademais, resta constatar que atualmente esta discussão está longe de acabar e visto que o Ministro Luís Roberto Barroso aguarda parecer do Procurador Geral da República.

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

O método de pesquisa empregado será dedutivo e qualitativo. Nesse entendimento, a confecção do presente texto ocorrerá por meio de um estudo exploratório de bibliografias pertinentes a temática explanada, assim sendo, capaz de elucidar possíveis esclarecimentos acerca do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal e o Direito Tributário, para que, desse modo, possa se construir possíveis observações e conclusões acerca do assunto proposto. Ainda como método de abordagem, será necessária uma leitura aprofundada no

conhecimento e estudo das legislações, doutrinas, artigos científicos e publicações favoráveis ao tema proposto.

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

Como técnicas de pesquisa, o presente texto partirá de uma analise através da revisão de literatura, sob o formato sistemático, bem como por meio de pesquisas bibliográficas em sites como Google e Scielo, e dessa forma, elucidar possíveis entendimentos respaldados em ideias e informações relevantes ao recorte que se expõe a temática.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. **História dos tributos no Brasil**. São Paulo: Sinafresp, 2000.

ATALIBA, Geraldo. **Bitributação**. 1966. Disponível em: < https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1010/943.>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL, TJRJ. **Processo nº 0422162-57.2016.8.19.0001.** APELAÇÃO CIVEL. Disponível em: < https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/04/TJRJ-0422162.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. TJRJ. **Processo nº 0005500-49.2017.8.19.0001** – APELAÇÃO. Des(a). CLÁUDIO LUIZ BRAGA DELL'ORTO - Julgamento: 06/11/2019 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL.

BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. **História do Tributo no Brasil**. V.1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BRAGA, Lucas. A criação do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal ("FEEF") e sua inconstitucionalidade. *In*: **Jusbrasil,** portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em:

<https://lucasdbb.jusbrasil.com.br/artigos/637162328/a-criacao-do-fundo-estadual-de-equilibrio-fiscal-feef-e-sua-inconstitucionalidade>. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Lei no 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.428, de 25 de agosto de 2016**. Institui o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/34e6ad20131389098325803b00633bab?OpenDocument>. Acesso em: 25 out. 2020.

CNI, Confederação Nacional da Industria. **Ação Indireta de Inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2016/06/23/11286/inicialCNIleifluminense7428-Assinado.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

COELHO, Gabriela. PGR é contra lei que condiciona incentivos fiscais no Rio de Janeiro. *In*: **Conjur,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-22/pgr-lei-condiciona-incentivos-fiscais-rj>. Acesso em: 01 nov. 2020.

CORNÉLIO, Fernanda Marques. **Direito Tributário Resumo para concursos.** 2016. Editora Juspodivm. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2d4ed807b0cb5fc05930789260b069ba.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário** - Constituição e Código Tributário Nacional. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

EBRADI, Escola Brasileira de Direito. Qual a diferença entre bis in idem e bitributação? *In*: **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/444137937/qual-a-diferenca-entre-bis-in-idem-e-bitributacao>. Acesso em: 26 out. 2020.

FERNANDES, Daniela Pereira. Incentivos fiscais: como conseguí-los para reduzir as despesas tributárias da sua empresa. *In*: **Treasy,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://www.treasy.com.br/blog/incentivos-fiscais/>. Acesso em: 28 out. 2020.

FIRJAN, **Incentivo ao Rio**. Disponível em: <https://www.firjan.com.br/firjan/empresas/competitividade-empresarial/temas-em-destaque/incentivos-ao-rio/entenda/default-13.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

GOMENSORO, Alessandra. **O fundo estadual de equilíbrio fiscal do RJ e a ilegalidade que se perpetua**. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/o-fundo-estadual-de-equil%C3%ADbrio-fiscal-do-rj-e-que-se-gomensoro/>. Acesso em: 01 nov. 2020.

GOMENSORO, Alessandra. CONSETINO, Ricardo de Oliveira. **O fundo estadual de equilíbrio fiscal do RJ e a ilegalidade que se perpetua.** Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fundo-estadual-de-equilibrio-fiscal-do-rj-e-a-ilegalidade-que-se-perpetua-30032019>. Acesso em: 28 out. 2020.

JORGE, Alexandre Teixeira. **As inconstitucionalidades das leis instituidoras do adicional temporário de ICMS destinado aos Fundos Estaduais de Equilíbrio Fiscal**. 2018. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2018/09/2018-09-23-23-00.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

LIMA, Emanoel Marcos; REZENDE, Amaury Jose. Um estudo sobre a evolução da carga tributária no Brasil: uma análise a partir da Curva de Laffer. *In*: **Interações (Campo Grande),** Campo Grande, v. 20, n. 1, p. 239-255, jan. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-70122019000100239&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 nov. 2020.

LUZ, Francisco Daniel de Oliveira. Conflitos de competência tributária. *In*: **Classe Contábil,** portal eletrônico de informações, 2008. Disponível em:

<https://classecontabil.com.br/conflitos-de-competencia-tributaria/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MARIELLA, Luciana T. de O. Batista; CABRAL, Camila Ramos Nasser. Lei que cria Fundo Especial de Equilíbrio Fiscal é inconstitucional. *In*: **Conjur,** portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-04/lei-cria-fundo-especial-equilibrio-fiscal-inconstucional>. Acesso em: 30 out. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma teoria do Tributo**. São Paulo. Ed. Quarter Latin. 2005.

MATOS, Maria Lúcia Bastos Saraiva. **A evolução histórica do Direito Tributário.** 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3931/A-evolucao-historica-do-Direito-Tributario#:~:text=O%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%2C%20como%20os,jur%C3%ADdica%2C%20formou%2Dse%20lentamente.&text=O%20Brasil%20somente%20teve%20seu,seria%20um%20imposto%20da%20%C3%A9poca.>. Acesso em: 09 nov. 2020.

MORAES, William. Competência tributária: conceito e características. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49070/competencia-tributaria-conceito-e-caracteristicas#:~:text=Art.,do%20artigo%2018%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o.>. Acesso em: 09 nov. 2020.

NASCIMENTO, Sidnei Pereira do. Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns estados participantes. *In*: **Econ. Apl.,** Ribeirão Preto, v. 12, n. 4, p. 677-706, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502008000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2020.

OLIVEIRA, André. Entenda o que é bitributação e como ela pode impactar o seu e-commerce. *In*: **Ecommerce Brasil,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/entenda-o-que-e-bitributacao-e-como-ela-pode-impactar-o-seu-e-commerce/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

OLIVEIRA, Lucas Rocha de. RANGEL, Tauã Lima Verdan. Direito Tributário: uma análise acerca da história do poder de tributar. *In*: **Boletim Jurídico,** Rio Grande, 2018. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-tributario/3920/direito-tributario-analise-acerca-historia-poder-tributar>. Acesso em: 30 out. 2020.

PESSOA NETO, Manoel Felix. Fundos de Equilíbrio Fiscal e a impossibilidade de exclusão de incentivos por tempo determinado e contra prestacionais. *In*: **Jusbrasil,** portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <https://mfpessoa.jusbrasil.com.br/artigos/448840166/fundos-de-equilibrio-fiscal-e-a-impossibilidade-de-exclusao-de-incentivos-por-tempo-determinado-e-contra-prestacionais>. Acesso em: 05 nov. 2020.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito financeiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008

RAPOSO, Patrícia. Saiba como o FEEF atinge as empresas em Pernambuco. *In*: **CBN Recife**, portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://www.cbnrecife.com/movimentoeconomico/artigo/saiba-como-o-feef-atinge-as-empresas-em-pernambuco>. Acesso em: 29 out. 2020.

REAL, Marcello. **Bis in idem x bitributação**. Disponível em: <http://www.blogconcurseiradedicada.com/2014/01/bis-in-idem-x-bitributacao-prof.html>. Acesso em: 26 out. 2020.

REIS, Tiago. **Entenda como a bitributação acontece como ela pode afetar o investidor**. Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/artigos/bitributacao/>. Acesso em: 26 out. 2020.

RICARDO, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Tributário esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SEVEGNANI, Joacir. **A resistência aos tributos no Brasil:** o Estado e a Sociedade em conflito. 187f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/joacir%20sevegnani.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

SILVA, Luiz Felipe Scholante. Breves apontamentos históricos sobre a tributação no mundo e no Brasil. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2019. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/breves-apontamos-historicos-sobre-tributacao-no-mundo-e-no-brasil/>. Acesso em: 07 nov. 2020.

SILVA, Luiz Felipe Scholante. **O Sistema tributário brasileiro e seu descompasso com os fundamentos democráticos de Direito**. 54f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2014. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7486/Luiz%20Felipe%20Scholante%20Silva.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 nov. 2020.

SOSSOLOTI, Odilo. Competência tributária. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51398/competencia-tributaria>. Acesso em: 09 nov. 2020.

STUDIO FISCAL. A diferença entre Bitributação e Bis in Idem. *In*: **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <http://studiofiscal.jusbrasil.com.br/artigos/143838061/a-diferenca-entre-bitributacaoebis-in-idem?ref=topic_feed>. Acesso em: 10 nov. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

URBANO, Arthur. O surgimento e desenvolvimento do direito tributário análise dos tributos e suas divisões e os princípios constitucionais tributários. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, 2014. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/33731/o-surgimento-e-desenvolvimento-do-direito-tributario>. Acesso em: 02 nov. 2020.

# MULHERES "MULAS": UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE DE GÊNERO NO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS

Lorena Alves Sá Viana Pimentel

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil vive hoje uma profunda crise de políticas criminais eficientes que combatam de verdade o crime organizado e os seus derivados, há leis que não são cumpridas e a corrupção está por todos os poderes da República. Contudo, um dos crimes que mais chama atenção é o tráfico de drogas, que forma uma teia imensurável de danos a população, uma vez que corrompe e destruí famílias dentro da sociedade. Este crime se apresenta um dos maiores dilemas da justiça, como solucionar? Como enfrentar? São algumas das perguntas que juristas e o legislativo tentam responder.

Este cenário de uma sociedade amedrontada pelo crime organizado e que tem como maior expressão o tráfico de drogas, o qual leva homens, mulheres e até mesmo crianças e adolescentes para este universo de destruição não é exclusivo do Brasil, pois e todo o mundo se tenta combater esse mal. Neste sentido, é importante frisar que a mulher começa a ganhar destaca no meio criminoso, isso se prova pelo aumento do cárcere feminino, que nos últimos anos vem aumentado em escala enormes.

O homem se utilizando do poder que exerce sobre a mulher, fruto da

construção histórica do patriarcado e do machismo, se utiliza de meios como a coação e até mesmo a paixão para levar as mulheres, que muitas das vezes se encontram em situação de hipossuficiência econômica, para o tráfico. Neste sentido, usam as mulheres para funções mais baixas e sujas, ao ponto de fazê-las de mula, no transporte de substâncias ilícitas dentro e fora de seus corpos.

## 2 TEMA

Mulheres "mulas": uma análise da vulnerabilidade de gênero no tráfico internacional de drogas.

## 3 PROBLEMÁTICA

Em sede de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, no caso da figura das mulas (mulheres que traficam a substância consigo), como se dá a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no tipo penal de tráfico privilegiado?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar a vulnerabilidade de gênero das mulheres "mulas" que são usadas no tráfico internacional de drogas.

## 4.2 Objetivos Específicos

- Avaliar a concepção de tráfico internacional de drogas
- Analisar a respeito da vulnerabilidade da mulher no contexto histórico
- Examinar jurisprudências sobre a redução de pena do tráfico privilegiado
- Analisar a figura do tráfico de substâncias entorpecentes

## 5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: É possível afirmar que o tráfico internacional de drogas se utiliza das mulheres "mulas" devido à sua condição de gênero.

- Hipótese 02: Não é possível afirmar que o tráfico internacional de drogas se utiliza das mulheres "mulas" devido à sua condição de gênero.

## 6 JUSTIFICATIVA

Muitos são os crimes que assolam a população mundial, os tipos penais estão cada dia mais dinâmicos, e mudam com facilidades, isto ocorre devido as novas ações que aparecem na sociedade como forma de exteriorizar as vontades humanas, muitas das vezes em descompasso com a lei. Assim, por ser o crime um ato que fere não somente a lei, mas a sociedade, deve ser reprimido por todos (LIMA, 2014). Em reportagem para a Redação Folha Vitória (2020, *online*) "o estudo traçou um perfil da população carcerária e constatou um crescimento de quase 4%, chegando a 773 mil pessoas em junho de 2019. Nesse contingente há 163,2 mil incidências de crimes de tráfico de drogas".

Neste sentido o crime de tráfico é um dos piores tipos penais que existem, pois nele há uma conjunção de diversos outros, como por exemplo a milícia, o induzimento de menores, o crime organizado, entre outros. Contudo, como já não bastasse tamanho problema em território brasileiro, este crime pode ainda ser feito de forma internacional (CASTILHO E HENKES, 2014,).

É possível a partir dos dados obtidos pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) em um levantamento elaborado em 2015, na qual participaram 17 mil pessoas com idade entre 12 a 65 anos, sobre o uso de drogas no Brasil,

> Os dados obtidos pelo 3° Levantamento estão disponíveis no Repositório Institucional da Fiocruz (Arca), em acesso aberto. Os resultados revelam, por exemplo, que 3,2% dos brasileiros usaram substâncias ilícitas nos 12 meses anteriores à pesquisa, o que equivale a 4,9 milhões de pessoas. Esse percentual é muito maior entre os homens: 5% (entre as mulheres fica em 1,5%). E também entre os jovens: 7,4% das pessoas entre 18 e 24 anos haviam consumido drogas ilegais no ano anterior à entrevista. A substância ilícita mais consumida no Brasil é a maconha: 7,7% dos brasileiros de 12 a 65 anos já a usaram ao menos uma vez na vida. Em segundo lugar, fica a cocaína em pó: 3,1% já consumiram a substância. Nos 30 dias anteriores à pesquisa, 0,3% dos entrevistados afirmaram ter feito uso da droga (KRAPP, 2019, s.p).

Observando este apontamento, o legislador editou a Lei nº 11.343/06 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, conhecida popularmente com Lei de Drogas. Esta legislação tem por função promover articulações com o intuito de combater o tráfico de entorpecentes, assim como dar uma atenção especial aos dependentes de drogas ilícitas (LIMA, 2014). Neste sentido, ensina Castilho e Henkes

> [...] inúmeros tratados já foram assinados visando combater o uso e tráfico de drogas e, em âmbito nacional, cada país legisla, criminalizando ou não,

> mais ou menos e, tem a sua própria relação das drogas consideradas (i)lícitas (CASTILHO; HENKES, 2014, p. 04)

Extrai-se da própria Lei de Drogas, em sede de disposições preliminares que "para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União" (BRASIL, 2006). Antes desta lei, a denominação era substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ocorre que por recomendação da Organização Mundial de Saúde, o termo usado na lei é drogas. Assim, é necessário que outra norma faça o complemento de quais seriam essas drogas ilícitas, tratando-se de uma norma penal em branco (LIMA, 2014, p. 684).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) subordinada ao Ministério da Saúde, é a que dispõe a respeito do conceito de entorpecentes, pois o Código Penal e a legislação específica sobre drogas não elaboram um conceito. Ainda esta agência tem por função enumerar todas as substancias de entorpecentes. A Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, estabelece que os "entorpecente - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico".

> No âmbito criminal, as principais inovações foram o tratamento diferenciado em relação ao usuário, a tipificação de crime específico para a cessão de pequena quantia de droga para consumo conjunto, o agravamento da pena do tráfico, a criação da figura do tráfico privilegiado, a tipificação do crime de financiamento do tráfico, bem como a regulamentação de novo rito processual. (GONÇALVES; BALTAZAR JUNIOR, 2016, p. 79 *apud* ALVES, 2017, s.p)

A Lei de Drogas é recheada de tipos penais, como o de posse de droga para consumo pessoal e o tráfico de drogas, o último é tratado com maior severidade em termos legais, pois sua amplitude é muito maior, atingindo como sujeito passivo a saúde pública, pois seus efeitos são devastadores. (GONÇALVES; BALTAZAR JUNIOR, 2016). Neste sentido, ensina Cordeiro (2000, p. 10) "o crime de tráfico constitui-se no cerne orientador e principal foco de preocupação da repressão aos entorpecentes e da própria Lei de Tóxicos. O traficante traz consigo o lucro da droga e merece muito gravosa reprovação social".

Neste sentido, há uma separação entre a posse de droga para consumo pessoal e o tráfico de drogas, o que pode ser observado pelo art. 52, inciso I, da Lei nº 11.343/06, ao trazer alguns critérios para a classificação dos crimes. Os elementos cruciais para determinar se é droga destinada ao consumo ou ao tráfico são a quantidade e natureza, o local e as condições da ação criminosa, além da conduta do agente e os seus antecedentes.

O art. 52 da Lei de Drogas diz:

> Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:
> I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; (BRASIL, 2006).

O art. 33 da Lei nº 11.343/06, traz o tipo penal do traficante e sua respectiva pena:

> 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 (BRASIL, 2006).

Com o advento da Lei de Drogas, foi possível classificar o crime de tráfico de drogas. Assim, a legislação traz no art. 33, *caput*, os verbos para a classificação do delito, nota-se que são várias ações, contudo o agente irá responder apenas por um só delito. Neste sentido, ensina Alves (2017, s.p) "verifica-se uma grande similaridade dos tipos penais, entretanto, a questão crucial de diferença destes crimes se dá no aspecto do consumo pessoal ou não, gerando duas implicações com sanções totalmente diferentes".

Para que haja o comércio ilegal de drogas é preciso todo uma estrutura monetária e de pessoal, cada qual dentro deste comércio tem suas funções definidas. As denominadas "mulas" são as pessoas que fazem parte desta organização, elas atuam transportando drogas de um local para outro, muitas das vezes até internacional. Neste sentido, ensina Schuster (2019, p. 19) "Seja ingerindo cápsulas com a droga e transportando em seu corpo, seja levando-as separadamente de outra maneira ou até mesmo armazenando a droga em local específico até o momento do transporte".

Aponta Delmondes (2015, p. 49) que "observa-se que o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a "mula" integra organização criminosa, na medida em que seu trabalho seria condição *sine qua non* para o tráfico internacional". Então, conclui-se que as mulas são indispensáveis para a manutenção do ciclo vital do tráfico de drogas, principalmente o internacional.

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

Quando se trata de tráfico de drogas, fala-se em uma série de esquemas que

envolvem esse comércio, o tráfico nacional é realizado por grupos organizados de forma sistemática que agem em prol da distribuição e manutenção deste negócio, que, diga-se de passagem, muito lucrativo. Nota-se que neste "empreendimento" existe a presença de homens, mulheres e até mesmo menores de idades que atuam como um membro da organização.

No que tange às mulheres, ensina Souza (2015, p. 44) que, "em meio a essa política de guerra às drogas, a intensa repressão ao narcotráfico, paradoxalmente, provocou, nos últimos anos, um aumento significativo da população carcerária, principalmente a feminina, em toda a América Latina". Neste sentido, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2017, "de modo geral, podemos afirmar que os crimes de tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em junho de 2016" (SOUZA, 2015).

Outro dado que chamam a atenção é a respeito dos delitos cometidos, em uma análise feita neste mesmo levantamento foi possível observar que no que tange ao crime ligados ao tráfico, os homens correspondem à 26% dos registros, já as mulheres representam o percentual de 62% (INFOPEN, 2017). Este dado traz a dúvida, de o porquê as mulheres cometem tanto o crime de tráfico, principalmente se comparado aos homens?

A respeito da pergunta acima exposta,

> Steffensmeier e Allan (1996) apontam, como mencionado acima, para o caráter relacional dos crimes cometidos por mulheres. Segundo os autores, mulheres envolvidas em atividades criminosas tendem a enfatizar seu papel como cuidadoras, justificando seu envolvimento no crime como estratégia de proteção de suas relações afetivas. Em estudo conduzido com mulheres com longa história de envolvimento na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro, Barcinski (2008) afirma a centralidade de parceiros, filhos e mães nos argumentos das participantes para se engajarem em tal atividade. A provisão material para a família,

> especialmente quando da ausência da figura masculina no núcleo familiar, bem como a manutenção de uma relação afetiva com parceiro envolvido na rede do tráfico são apontadas como motivadoras do ingresso na atividade (BARCINSKI; CÚNICO, 2016, p. 61).

Ainda sobre o foco do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2017, é possível traçar um perfil das mulheres presidiárias no Brasil, essas mulheres são em média com filhos, desempregada, sem escolaridade ou de pouco grau de conhecimento, hipossuficiente economicamente e em geral essas mulheres são negras ou pardas (BARCINSKI; CÚNICO, 2016). Ensina Souza (2015, p. 60), ainda "fato comum de terem encontrado no tráfico de drogas um caminho para manter o relacionamento com seus maridos, garantir o sustento dos filhos, aumentarem suas rendas etc".

Em um contexto histórico do mundo feminino, a mulher foi, aos poucos, se emancipando e reivindicando os seus direitos e sua participação ativa na sociedade, a luta pela igualdade de gênero sempre foi uma das questões tratadas pelo movimento feminista. Neste sentido, discorre Dutra (2012, p. 3) "reproduziram uma imagem discriminatória a respeito da mulher, ressaltando a honra desta como extensão da honra masculina, resultante do controle da sociedade sobre o sujeito".

Tempos atrás a mulher servia apenas para reprodução, cuidado com a casa e os filhos e era submissa a figura masculina, seja pai, irmão ou marido. Contudo, esse cenário foi se modificando e hoje a mulher ocupa um lugar de destaque na sociedade, muito já foi feito, porém, há muito o que fazer para que a isonomia material seja verdadeiramente vivenciada (DUTRA, 2012).

Salienta Dutra (2012, p. 4) que "as mulheres obtiveram seu papel social. Conquistando direitos políticos e adquirindo acesso à educação, passando a alcançar um espaço no mercado de trabalho, fazendo parte da esfera pública". A mulher se emancipou

tanto a partir do mercado de trabalho que também começou a ingressar no mundo do crime, em especial ao tráfico de drogas, devido aos fatores já mencionados.

> Do mesmo modo que na sociedade mais ampla, as mulheres se encontram em uma posição subalterna na estrutura de oportunidades ilegítimas no mundo do crime. Segundo um estudo de Alarid *et al*, na realidade as mulheres possuem uma maior dificuldade para encontrarem oportunidades ilegais e, quando encontram, é comum estarem disponíveis as atividades secundárias, de importância e ganho inferior. Contudo é possível perceber que, amplia-se a participação das mulheres em papeis de destaque no universo criminal (DUTRA, 2012, p. 7).

Conclui então que a mulher devido a sua carga histórica deseja estar no mesmo patamar de igualdade que o homem, assim quando não se é ofertada as mesmas oportunidades que são dadas ao sexo masculino. A mulher tem que se sujeitar a trabalhos com menores salários, empregos informais e até mesmo a agir de forma criminosa, como é o caso de mulheres que ingressam no tráfico de drogas, muitas das vezes induzida ou até mesmo obrigadas pelos seus companheiros (BIANCHINI, 2011). Quanto aos motivos, descreve

> Considerando-se a motivação, essas mulheres tornam-se traficantes por múltiplos fatores: em razão de relações íntimo-afetivas, para dar alguma prova de amor ao companheiro, pai, tio etc., ou, ainda, envolvem-se com os traficantes como usuárias, com o fito de obter drogas, e acabam em um relacionamento afetivo que as conduz ao tráfico (COSTA, 2008; SALMASSO, 2004; BARCINSK, 2009 *apud* BIANCHINI, 2011, s.p).

Em complemento, Bianchini aduz os motivos dizendo que

> O reconhecimento pelos homens e o respeito adquirido em face das

> demais mulheres também é motivo para levá-las ao crime, o que, por sua vez, representa uma forma de obtenção de poder e de ascensão social. Trata-se de uma maneira de as envolvidas na traficância equipararem-se à maioria hegemônica masculina, sobrepondo-se às demais mulheres (BIANCHINI, 2011, s.p).

Acontece que por ser um comércio dominado por homens a participação da mulher acaba ficando para fazer tarefas mais perigosas e baixas, isso ocorre devido a marca histórica de dominação do sexo masculino predominante, que ver na mulher uma figura de menor potencial e de submissão. Conclui Bianchini (2011, s.p), ainda, que "em geral, as mulheres atuam como coadjuvante, enquanto os protagonistas continuam sendo os homens".

O papel da mulher nas operações do tráfico acaba por ser inserida em decorrência do seu relacionamento afetivo com o criminoso, e começa a configurar como a personagem "mulher de bandido", afirmando mais uma vez o perfil conservador e patriarcal presente até no tráfico de drogas. Barcinski (2012, s.p) conta que "assim como a "fiel", a mulher de bandido é submetida às leis informais e aos acordos tácitos que orientam a relação entre as pessoas (especialmente entre homens e mulheres) na rede do tráfico de drogas".

Essa situação narrada acima deriva do poder que o homem exerce de forma irresponsável sob a mulher, em decorrência de sua vulnerabilidade de gênero. Sobre o assunto, ensina Ferreirinho (2016, p. 1) que "a violência contra a mulher em suas diversas facetas – física, psicológica, sexual – está presente cotidianamente, apesar das conquistas alcançadas no processo histórico, especialmente no ocidente".

> Portanto, é possível afirmar uma forte articulação entre masculinidade e violência, o que faz com que atos violentos perpetrados por homens sejam vistos como resultantes da própria condição do masculino. Sendo assim, num contexto em que se legitima a associação entre o ser masculino e o ser violento, "as relações de gênero podem ser construídas e reproduzidas

> a partir de uma lógica de que a violência seria a referência para se diferenciar o homem da mulher" (GOMES, 2008, p. 240).

Assim, utilizando da masculinidade toxica de todo contexto histórico de violência para com as mulheres o homem introduz a mulher no tráfico, bem como por opção da mesma em entrar neste comércio ilícito para satisfazer as necessidades mais baixas. As funções da mulher são dadas, de acordo com Bianchini (2011, s.p) , como "bucha" (pessoa que é presa por estar presente na cena em que são efetuadas outras prisões), consumidoras, "mula" ou negocia pequenas quantidades no varejo, "cúmplice" ou "assistente/fogueteira".

Neste sentido, as mulheres são condicionadas a fazer um trabalho mais perigoso, com uma incidência maior de prisões, por exemplo. Em que se sujeitam a transportar drogas ilícitas de um estado para outro, ou até mesmo de um país para o outro, sendo este último configurado como tráfico internacional de drogas. No Brasil, como muito bem conceitua Machado (s.d, s.p), "mula" é o nome atribuído ao animal híbrido, resultante do cruzamento de um jumento com uma égua, que se caracteriza por ser do sexo feminino e por servir como animal geralmente usado para o transporte de cargas".

A mulher é usada para fazer o transporte de drogas em seus próprios corpos e também é frequente mulheres sendo obrigadas a ingerir substâncias ilícitas para ao ingressar no Brasil se submeterem em cirurgias clandestinas para poder retirar essas drogas. Esse transporte ocorre devido a necessidade da mulher em relação ao mercado de trabalho, a própria ascensão da figura feminina e também pela submissão das mulheres em relação ao homem e seu amor que a leva a fazer esse tipo de coisa (MACHADO, s.d)

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

O presente trabalho tem por base o método de pesquisa qualitativas e dedutivas, que tem como marca a construção historiográfico das mulheres inseridas no tráfico de drogas internacional. O que será traçado a partir da análise e pesquisas bibliográfica sobre o tema em questão, com material de doutrinas jurídicas e fundado em legislações, o que não se pretende esgotar o tema, pois é um tema dinâmico e muito amplo, apenas objetiva-se trazer a reflexão sobre as mulheres que são usadas como "mula" neste comércio do narcotráfico.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

Como a abordagem se baseia na bibliográfica como campo de estudo, a técnica de pesquisa se apresenta em consultas doutrinárias sobre o tema exposto, periódicos de artigos científicos e outros trabalhos do meio acadêmico para compor as reflexões discutidas.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | MAR | ABR. | MAI. | JUN. |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica Complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

ALVES, Breno Eduardo Campos. **O critério objetivo na Lei de Drogas**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-criterio-objetivo-na-lei-de-drogas/#:~:text=Em%2023%20de%20agosto%20de,social%20de%20usu%C3%A1rios%2C%20bem%20como>. Acesso em 02 jun. 2020.

BARCINSKI, Mariana. CÚNICO, Sabrina Daiana. **Mulheres no tráfico de drogas**: Retratos da vitimização e do protagonismo feminino. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/civitas/v16n1/1984-7289-civitas-16-01-0059.pdf>. Acesso em 08 jun. 2020.

BARCINSKI, Mariana. **Mulheres no tráfico de drogas:** a criminalidade como estratégia de saída da invisibilidade social feminina. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814131/mulheres-trafico-de-drogas-e-sua-maior-vulnerabilidade-serie-mulher-e-crime>. Acesso em 08 jun. 2020.

BIANCHINI, Alice. **Mulheres, tráfico de drogas e sua maior vulnerabilidade:** série mulher e crime. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814131/mulheres-trafico-de-drogas-e-sua-maior-vulnerabilidade-serie-mulher-e-crime>. Acesso em 08 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 01 jun. 2020.

BRASIL, **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualizado, junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 08 jun. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html#:~:t

ext=Fica%20proibida%20a%20manipula%C3%A7%C3%A3o%20em,30. Acesso em 05 nov. 2020.

CASTILHO, Auriluce Pereira. HENKES, Siviana L. **O combate ao uso e ao tráfico de drogas:** uma análise da (in)efetividade das leis e políticas públicas brasileiras. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c2c1fc225872c8f4>. Acesso em 01 jun. 2020.

CORDEIRO, Néfi. **Tráfico internacional de entorpecentes**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/38757/T%20-%20NEFI%20CORDEIRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 jun. 2020.

DELMONDES, Isabela Ramos Frutuoso. **A (in)coerência no tratamento punitivo despendido às chamadas "mulas do tráfico"**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/157243/monografia%20revisada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 jun. 2020.

DUTRA, Thaíse Concolato. **A criminalidade feminina com relação ao tráfico de drogas, frente à Lei 11.343/06**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/thaise_dutra.pdf>. Acesso em 08 jun. 2020.

FERREIRINHO, Viviane Canecchio. **Vulnerabilidade de gênero**: características das mulheres atendidas pela política de assistência social na cidade de São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/assistencia_social/observatorio_social/2016/producao_cientifica/Chile/Vulnerabilidade_de_genero_das_mulheres_atendidas.pdf>. Acesso em 08 jun. 2020.

KRAPP, Juliana. **Pesquisa revela dados sobre o consumo de drogas no Brasil**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-revela-dados-sobre-o-consumo-de-drogas-no-brasil>. Acesso em 08 jun. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Editora JUsPODIVM, 2014.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. **Mulas**: vítimas do tráfico e da lei. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/mulas-vitimas-do-trafico-e-da-lei/>. Acesso em 08 jun. 2020.

SCHUSTER, Crislaine. **O tráfico privilegiado de drogas e as denominadas "mulas" à luz da jurisprudência**. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/1813/1/Crislaine%20Schuster%20%E2%80%93%20TCC%20Monografia%20%E2%80%93%20Direito.pdf>. Acesso em 02 jun. 2020.

SOUZA, Monique Elba Marques de Carvalho Sampaio de. **As mulheres e o tráfico de drogas:** linhas sobre os processos de criminalização das mulheres no Brasil. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2065/Dissera%c3%a7%c3%a3o_Monique%20Elba%20Marques%20de%20Carvalho%20Sampaio%20de%20Souza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 05 jun. 2020.

*COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":*
Qualificação do Projeto de TCC
Curso de Direito
Faculdade Metropolitana São Carlos

# HERANÇA DIGITAL EM DEBATE: DISSENSOS E RUÍDOS NO RECONHECIMENTO DO INSTITUTO EM FACE DE UMA POSSÍVEL AUSÊNCIA NORMATIVA

Luana Barroso Cardoso

## 1 INTRODUÇÃO

O direito sucessório surgiu no mundo há muitos anos e se construiu em civilizações de formas diferentes. Já foi estabelecido com aspecto político, religioso, financeiro, mas sempre com um conceito inicial de que esse ramo do Direito é um compilado de normas que regulam e estabelecem diretrizes para a transferência de bens, direitos e deveres de um indivíduo para outrem. Nessa perspectiva é que se pode pensar em herança, a qual é a massa patrimonial de um titular, que ao falecer será destinada e partilhada pelos seus sucessores e testamentários. Sendo fundamentada a partir do artigo 1.784 do Código Civil de 2002, que traz disposições sobre a abertura da sucessão, da administração da herança, da legitimidade e demais regulamentações.

O problema é que, apesar de disposto tal legislação, o mundo não é estático e imutável; pelo contrário, as mudanças são constantes e necessitam de garantias e proteção da lei. Assim com esse mundo tão fluído, formado de relações passageiras, surgiu um conceito novo nesse meio sucessório, o da herança digital. A herança digital é o conjunto de contas, senhas, materiais, bens, tudo que é utilizado pelo usuário de forma virtual e que fica nesse ambiente digital após a sua morte; mas que também tem uma importância financeira ou sentimental e deve ser transmitido aos sucessores do usuário. Todavia não há amparo legislativo específico para tal tema.

E é nessa ausência normativa que surgem as problemáticas da herança digital; pois como ainda nada é definido e certo sobre a divisão desses bens incorpóreos, as barreiras aparecem. Primeiro que os bens podem ter uma valoração econômica ou não; segundo que como cada usuário utiliza de informações pessoais essa interferência, mesmo depois dele já falecido, pode adentrar nos limites do direito da personalidade, e isso é um problema.

Fora que pela falta de legislação própria, os sítios eletrônicos e redes sociais criam mecanismo para auxiliar na destinação dessas contas depois da morte do usuário, tendo cada um deles uma forma de procedimento diferente. Mesmo que a passos lentos, os projetos de leis e as decisões que abarcam tal tema acontecem, mas é importante que saia uma legislação que assegure esse direito de herança no âmbito virtual, pois este é um direito fundamental, como disposto na Constituição Federal, que ainda não possui uma garantia certeira e que envolve, cada vez mais, discussões e incertezas sobre a destinação digital.

## 2 TEMA

Herança digital em debate: dissensos e ruídos no reconhecimento do instituto em face de uma possível ausência normativa

## 3 PROBLEMÁTICA

Quais os desdobramentos/consequências da falta de legislação no âmbito da herança digital?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar quais os desdobramentos/consequências da falta de legislação no âmbito da herança digital.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a evolução da sociedade fluída;
- Examinar a construção e o reconhecimento do direito sucessório;
- Discorrer sobre o conceito de herança digital, a sua aplicabilidade e seus desdobramentos.

## 5 HIPÓTESES

A herança digital é constituída por todo legado digital do usuário, que fica disponível na nuvem ou no próprio computador logo após sua morte; é um aglomerado de ativos, bens, mídias, senhas, contas virtuais, moedas virtuais, acervos digitais, tudo que um usuário usa de forma online. Contudo, independentemente do valor que esse legado adquire, tal assunto ainda apresenta dúvida na vida real, pois no âmbito sucessório, em relação principalmente a partilha, esta não possui nenhuma legislação específica que determine a destinação de tais bens virtuais.

Deste modo, com a falta de legislação determinante para o assunto, os julgamentos sobre ações que envolvam tal tema são diversificados; os aplicativos também começam a apresentar soluções diferentes um dos outros. E principalmente essa falta de legislação traz o embate entre a manutenção ou interferência dos parentes em contas e bens digitais do usuário falecido e o direito da personalidade; pois seja no âmbito real ou virtual, no que se refere à possibilidade de extensão da personalidade civil, é impossível essa existência da personalidade para depois da morte. Entretanto se essa falta de manutenção fere também o princípio da dignidade da pessoa humana do falecido e até da família, essa decisão sobre a interferência se complica. À luz do exposto, tem-se como hipótese que a partir da concretização de uma lei específica tal assunto possuirá amparos definidos que estabelecerão soluções sobre esse cenário.

## 6 JUSTIFICATIVA

A sociedade não é estática e imóvel, ela se apresenta em constante evolução e em mudança. É a partir desse pensamento que Bauman (2000, p. 3) define as pessoas como seres fluidos que possuem mentes que apenas são alimentadas e estimuladas por mudanças repentinas e constantes. Fluidez é a qualidade de líquidos e gases que se diferem de corpos sólidos; essa fluidez abordada significa a era moderna estando sempre mudando sua forma com facilidade. Os indivíduos nos dias de hoje não se fixam ao espaço e nem se prendem ao tempo; vivem de mudanças, correrias e relações passageiras. São fluidos por não se aterem muito a qualquer forma, estando pronto para qualquer mudança. É a sociedade abarcada pela modernidade líquida.

Nesse contexto, é perceptível que nas últimas duas décadas o mundo sofreu muitas modificações, principalmente em relação ao mundo digital. O cotidiano é um conjunto de

ações virtuais, passando por simples interações e até por trabalhos, relações e interações complexas que dependem de aparelhos eletrônicos. Diante desse quadro, é fácil perceber que uma avalanche de impasses que decorrem dessa modernidade virtual incide e afeta diretamente no mundo jurídico. Principalmente no direito sucessório, pois bens e informações adquiridas e guardadas virtualmente estão em uma área cinzenta, ou seja, ainda não existe legislação que ampare as necessidades jurídicas desses bens e de seus possuidores, muito menos de seus possíveis sucessores (NASCIMENTO, 2017, p.5).

Todos esses dados digitais fazem diferença no direito sucessório pois estes quando utilizados e deixados por algum indivíduo para outrem se tornam heranças digitais. Assim, herança digital são todas as mensagens, redes sociais, livros, blogs, músicas, fotos e demais dados e bens usados de forma online que constroem um verdadeiro e real acervo patrimonial. Entretanto, apesar da grande importância na proteção desse patrimônio, pouco ainda é a indagação sobre a destinação final desses bens (NASCIMENTO, 2017, p. 32 e 33). Além de que tal assunto não possui nenhum tipo de legislação específica que informe e contribuía para a solução dos problemas relacionados a herança digital; e é nessa ausência legal que surgem diversos desdobramentos e decisões diferentes, além de outras complicações.

De início, o primeiro obstáculo é que os bens se dividem em economicamente valorados e os que não possuem nenhum valor financeiro. Quanto aos bens valoráveis de forma econômica, estes fazem parte real do conceito de patrimônio e devem ser alcançados pelo direito de herança; esse patrimônio se estabelece por valiosos acervos digitais conquistados pelo usuário, assim como por perfis de redes sociais que geram receita mensal. Mesmo que as empresas responsáveis por serviços digitais não constem em seus "termos e condições de uso" sobre o direito de herança, não podem estes se sobrepor a um direito fundamental; além de que essa relação entre um serviço virtual e um usuário se torna uma

relação de consumo, que é regada por diversas garantias e direitos (BARRETO; NERY NETO, 2016 , p.7).

Já os bens insuscetíveis de valoração econômica, refletem mais sobre o direito da personalidade, como: o nome, a honra e a liberdade. Estes não são pensados diretamente no patrimônio de cunho pecuniário do indivíduo; mas são cadernos, cartas, fotografias, e-mails, tudo armazenado nas nuvens que não possuem um valor monetário, mas que possuem a mesma importância pelo simples fato de terem valor sentimental. Além de que ainda nesse caso, existe a questão de que os direitos personalíssimos devem estar assegurados pela privacidade, pois nem sempre o falecido usuário desejaria que todos ou alguns de seus herdeiros tivessem pleno acesso às suas contas pessoais (BARRETO; NERY NETO, 2016, p.7).

Esse embate do direito personalíssimo do falecido e a interferência de algum parente ou amigo em suas contas virtuais depois de sua morte é uma das principais barreiras que o direito a herança digital vem enfrentando. Apesar de o tema ser pouco abordado, já existem demandas de familiares recorrendo a justiça por quebra de sigilo determinada para conta online pessoal; contudo os entendimentos dos magistrados ainda são muitos diversificados, o que ocorre muito pela falta de legislação específica sobre o assunto. Por exemplo, já aconteceu de um julgado em Minas Gerais que o magistrado entendeu ser improcedente o pedido da autora de acessar as contas pessoas virtuais da filha, na qual a sentença defendeu os bens virtuais como personalíssimos e alegou que: (FRANTZ, 2019, s.p.)

> Dada essa digressão, tenho que o pedido da autora não é legítimo, pois a intimidade de outrem, inclusive da falecida Helena, não pode ser invadida para satisfação pessoal. A falecida não está mais entre nós para manifestar sua opinião, motivo pela qual a sua intimidade deve ser preservada (FRANTZ, 2019, s.p.).

De outro lado, já houve entendimento diferente em um caso em que uma mãe ajuizou ação para ser excluído o perfil da filha em respeito ao luto dos familiares, pois já havia procurado maneiras da própria rede social realizar isso, mas como nada foi feito, entrou com uma ação no Poder Judiciário e obteve a seguinte decisão: (FRANTZ, 2019, s.p.)

> A juíza Vania de Paula Arantes, então, sentenciou que tal decisão da empresa em manter ativa a conta de um usuário falecido ataca diretamente o direito à dignidade da pessoa humana das pessoas próximas. Isso porque a autora já se encontrava em sofrimento pela perda prematura da única filha. Além disso, pelo caráter público da página, nada impede que os comentários possam se transformar em ofensas, uma vez que estão disponíveis livremente aos usuários [...] Assim, a autora possui legitimidade para pleitear o bem da vida consistente na exclusão do perfil de sua falecida filha do Facebook, razão pela qual o pedido liminar deve ser acolhido (FRANTZ, 2019, s.p.).

Dentro desse contexto de complicações sobre o que se fazer com os perfis de redes sociais ou contas de e-mails do de cujus, alguns sítios eletrônicos e serviços digitais se adaptaram, atualizaram e possibilitaram soluções diversas para este problema. Algumas aplicações de internet abordam sobre o controle do legado digital daquela conta, restringindo-se, este, apenas à exclusão dessa ou sua transformação em um memorial, como são apresentados pelas redes sociais do Facebook e do Instagram. Em outros casos, como o do Google, por exemplo, os usuários encontram a alternativa de um "testamento digital", informando, em caso de morte, quem será o responsável pelo seu perfil. Tal função permite aos usuários que se prepararem para sua vida digital após a morte, de uma forma que proteja sua vida privada e sua segurança (BARRETO; NERY NETO, 2016, p.4-6).

Nessa toada, é que se faz necessário o estudo mais aprofundado sobre a herança digital e seus desdobramentos; na qual as afirmações e certezas sobre tais temas estão

sendo buscadas por projetos de lei. Assim o projeto de lei 7.742 sai em defesa da exclusão das contas online do usuário falecido como primeira opção em caso dele não ter deixado testamento; viria na inclusão de um novo dispositivo de lei ao Marco Civil da Internet (FRANTZ, 2019, s.p.).

Também os projetos de lei 4.099/2012 e 4.847/2012 vêm para tentar regular as relações jurídicas da sucessão da herança digital de maneira eficiente, a fim de atender as necessidades da sociedade digitalizada. O PL 4.099/2012, foi proposto em 2012 e visa alterar o artigo 1.788 do Código Civil com a finalidade de acrescentar um parágrafo único no referido artigo para dispor acerca da sucessão de contas e bens digitais pertencentes ao titular da herança. Já o PL 4.847/2012, proposto também em 2012, visa inserir artigos que aduzam sobre como definir o conteúdo intangível do falecido; de que se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos e que cabe ao herdeiro definir o destino das contas desse falecido (MENEZES; RODRIGUES, 2017, p. 8-11). Desse modo, é fundamental cada vez mais estudos em relação a essa herança digital e sua aplicabilidade no âmbito sucessório e seus desdobramentos pela falta de legislação específica.

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

Para que se possa entender um pouco dos conceitos e das problemáticas sobre a herança, deve-se entender de onde tudo se originou; o famoso direito sucessório. Tal ramo do direito consiste em um conjunto de normas que orientam as transmissões das relações jurídicas patrimoniais de um indivíduo, que no post mortem, serão herdados por seus sucessores por força de lei ou testamento. Isto é, são disposições que disciplinam a transferência de valores, bens, dívidas e outras atividades do de cujus ao herdeiro; na qual

este por ser o novo titular dessa relação jurídica assumirá direitos e obrigações do antigo titular (RESENDE, 2018, p. 3).

O direito sucessório se confirmou na história da humanidade quando ocorreu a individualização da propriedade; o sujeito passando a ter um poder sobre seu patrimônio trouxe variados questionamentos sobre a aplicabilidade do direito sucessório. Nas civilizações grega e romana, a sucessão se assegurava pelo aspecto religioso, na importância de quem iria dar continuidade ao culto familiar e o culto dos ancestrais, era fundamental esse pensamento pois quem ficasse encarregado dessa cerimônia também ficaria encarregado da arrecadação dos bens do falecido, impedindo-se, assim, a divisão da fortuna (FRAGA, 2015, p. 1-2).

Também, para os romanos, a sucessão se firmava pelo aspecto político, seguindo a Lei das XII Tábuas, que trazia como herdeiro aquele que fosse exercer o poder pátrio. O patriarcado era um estilo de vida social em que o homem mantinha o poder primário e predominava as funções de líder político, de autoridade moral, de controlador e cuidador das propriedades; ou seja, o homem que se tornasse a chefia da família, seja por indicação do de cujus, seja por ordem já estabelecida, seria o detentor dos bens (FRAGA, 2015, p. 1-2).

Além disso, para as primeiras fases desse Direito Romano, seguindo a linha de pensamento da Lei das XII Tábuas, os filhos oriundos de relações concubinárias, não seriam "reconhecidos" e nem teriam direitos aos alimentos e a sucessão; a não ser que a família não possuísse nenhum herdeiro por parentesco, assim recorrendo para a adoção como meio de assegurar o título da propriedade; sendo que a vontade do testador na época deveria receber aprovação da autoridade soberana. Foi apenas na última fase do Direito Romano que os filhos naturais gerados de uniões concubinárias foram equiparados aos "legítimos",

ocorrendo pelo período de transição do direito sucessório que estava conceituando filiação como relação de parentesco (RICARDO, 2017, s.p.).

Já a Idade Média trazia apenas a sucessão de parentesco mesmo, inclusive, através de uma linhagem masculina, na qual a transferência dos títulos e de todo patrimônio do genitor iria ser garantida e cuidada pelo filho homem e mais velho. Foi também nessa época que surgiu o princípio de *saisine*, que será apresentado posteriormente neste trabalho. Todavia na França, em seu século XII, o titular da propriedade e herança era o herdeiro, independentemente se homem ou mulher, independentemente também de cor, sexo, raça; apenas seguia a linha hereditária composta primeiramente pelos descentes, depois ascendestes e colaterais privilegiados; e na ausência destes se dava pelos sucessíveis, são eles: filhos tidos como naturais, cônjuge sobrevivo e Estado (RICARDO, 2017, s.p.).

Em contrapartida, o direito em sua forma contemporânea reconhece tanto a sucessão legítima quanto a testamentária. Nessa toada existem diversos entendimentos sobre os fundamentos desse direito sucessório, alguns pensam sobre a conclusão biológica e da antropológica, trazendo à tona a hereditariedade biopsicológica. Isto é, os pais transmitem qualidades físicas e psíquicas a sua prole, então quando a lei garante essa transferência de bens, ela permite também uma continuação biológica e psicológica dos progenitores. Outros já conceituam esse ramo do direito como algo relacionado ao crescimento de valor, na qual com valorização da propriedade e do interesse individual em um avanço patrimonial, isto estimula a relação econômica do indivíduo, o que faz o desempenho pessoal ajudar no progresso econômico e no desenvolvimento da sociedade (FRAGA, 2015, p. 2).

Todavia, essas construções de pensamentos não aconteceram e não acontecem de um dia para o outro. No Brasil, por exemplo, no Código Civil de 1916, trazia-se que os filhos ilegítimos concebidos fora do casamento realmente não possuíam nenhum direito

sucessório, porque a família "de verdade" era apenas aquela construída baseada nos pilares de um casamento legal e com filhos legítimos. Contudo, isso não perdurou muito, pois, quando a Constituição Federal entrou em vigor, em 1988, vedou tal ato discriminatório e reconheceu os herdeiros ilegítimos, enquadrando-os no princípio da igualdade da filiação, ou seja, frutos fora do casamento ou por adoção, legítimos ou ilegítimos, serão todos titulares de obrigações decorrentes da morte do antigo titular dos bens (RICARDO, 2017, s.p.).

Então depois da parte histórica, para que se comece a pensar em direito sucessório e suas implicações, alguns conceitos básicos precisam ser entendidos. Sucessão vem do latim *succedere*, palavra que aduz a ideia de alguém assumindo o lugar de outrem, se tornando detentor de suas obrigações, direitos, recursos e investimentos (RESENDE, 2018, p. 4). Em seu sentido amplo é o ato em que uma pessoa se tornará titular dos bens e garantias de outro, investindo-se todo ou em parte nos direitos pertencentes ao titular, é mais tratado referente a uma sucessão inter vivos, por exemplo, uma compra e venda, onde o comprador sucede ao vendedor (RESENDE, 2018, p. 4).

Já no sentido estrito, a sucessão vem entendida em decorrência da morte de um indivíduo; é a designação da transferência parcial ou total de uma herança aos herdeiros; é a sucessão causa mortis ou mortis causa (RESENDE, 2018, p. 4). Em seu sentido objetivo trata do aglomerado de normas que regulamentam sobre as garantias e deveres de uma pessoa depois da sua morte; e no sentido subjetivo é o direito concreto de suceder (RESENDE, 2018, p. 4).

Outros conceitos determinantes são o de falecido, espólio e herança. Na qual o primeiro (falecido) se trata do autor da herança ou o de cujus, é aquele sobre qual a sucessão ou herança se desenvolve. Já espólio é o acervo hereditário do de cujus; são todos os bens, recursos, dívidas, direitos, investimentos e deveres que formam a massa patrimonial do

falecido que será administrada e cuidada pelo inventariante e futuramente dívida pelos sucessores (RESENDE, 2018, p. 3-4).

Nessa toada, a herança em seu sentido inicial e básico é o direito ao patrimônio, que tem presente bens móveis, créditos, bens imóveis, obrigações, dentre outros, de uma pessoa que deixou de existir. Neste quadrante, o direito de herança existe pela necessidade de que os bens adquiridos em vida pelo *de cujus* sejam herdados por outros. Assim, vem acoplado a um pensamento até de que o homem precisa de um pontapé jurídico para que continue possuindo bens e conservando os que adquiri, na certeza de que haverá a transmissão da titularidade aos seus entes queridos (PINTO, 2006, p. 13).

Essa herança vem com previsão tanto na Constituição quando no Código Civil. A previsão constitucional vem coerente com a organização política deste país, na qual o legislador assegurou o direito de herança, como um direito fundamental estipulado no artigo 5º, inciso XXX, da própria Constituição Federal/88 que dispõe: "É garantido o direito de herança" (BRASIL, 1988). Desse modo, ao trazer esse direito como fundamental, o legislador ordinário teve que traçar regras de direito material para que as questões em relação a essa sucessão e sua partilha tivessem onde se basear e orientar. Orientação fundamentada a partir do artigo 1.784 do Código Civil de 2002 (PINTO, 2006, p. 14).

O Código Civil segmentou o Direito das Sucessões em quatro títulos: I- da sucessão em geral (regras de transmissão, aceitação, renúncia e excluídos da herança, herança jacente e petição de herança); II- da sucessão legítima; III- da sucessão testamentária e IV- do inventário e da partilha (FRAGA, 2015, p. 3).

Logo que aberta a sucessão a herança se transmite aos testamentários e herdeiros, na ordem estipulada pelo artigo 1.829 do CC. Então a herança que é todo o ativo e o passivo do falecido tem um momento especifico de transmissão, este momento é marcado pela morte; e para que a real transmissão ocorra é necessário que o herdeiro exista ao tempo da

sua abertura e que o herdeiro não seja incapaz de herdar (art. 1.787, CC); por isso é tão importante identificar o momento em que ocorreu a morte. E mesmo com esses requisitos cumpridos e que também a herança venha ocorrer independentemente do conhecimento dos herdeiros, estes ainda podem aceitar ou repudiá-la; no entanto a aceitação da herança só torna definitiva a transmissão já efetivada e a recusa fazem cessar os efeitos desta mesma transmissão (FRAGA, 2015, p. 3).

Dentro desse assunto é preciso levar em conta o princípio de *saisine*, que foi um princípio criado na Idade Média pelo direito francês como forma de oposição ao regime feudal. Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 38 *apud* FRAGA ,2015, p.4):

> Que embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto e causa desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio de cujus investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo (GONÇALVES, 2011, p. 38, *apud* FRAGA ,2015, p.4).

Já para Resende, o princípio da saisine é:

> Um instituto do Direito das Sucessões, previsto no artigo 1.784 do Código Civil, consistente em uma ficção jurídica que proporciona aos herdeiros a posse indireta do patrimônio deixado causa mortis pelo falecido. Determina que no momento da morte do autor da herança, o de cujus, transmite-se o domínio e a posse dos bens da herança aos herdeiros, independentemente de quaisquer formalidades (RESENDE, 2018, p. 5).

As consequências desse princípio são várias, como: a necessidade de uma norma legal vigente no tempo da abertura da sucessão; a verificação da capacidade do indivíduo que irá suceder; um cálculo certo da legítima e o entendimento de que mesmo que o

herdeiro faleça em seguida, este herdará do de cujus mesmo assim. Além de que todo o monte partilhável e o valor do imposto de transmissão *causa mortis* devem ser verificados no momento da transmissão (no momento da morte). Ademais, como aduz a Súmula 112 do STF, o imposto de transmissão causa mortis é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão (RESENDE, 2018, p. 5-6).

Entretanto, mesmo que existindo diversas definições aplicadas e debatidas sobre a importância do direito sucessório e sobre a forma, objeto e conceito de herança; o assunto sofreu alteração com a chegada de um novo conceito nessa temática, qual seja: a herança digital. Aludida concepção; adveio com um mundo moderno que trouxe inúmeras inovações tecnológicas que modificaram os meios e as maneiras de interações entre os indivíduos; é a sociedade se digitalizando. Contudo, pouco ainda se aborda sobre este assunto que é cercado por dúvidas e perguntas que ainda não são definidas por tal conceito ser novo e viver em uma área cinzenta, sem lei definida (GIOTTI; MASCARELLO, 2017, p. 1-2).

Para que se inicie o pensamento sobre a herança digital, é necessário saber sobre os bens incorpóreos, que são aqueles em que ela se enquadra. Bens são valores imateriais ou materiais que podem ser objetos da relação de direito, é qualquer aspecto que integre o patrimônio do indivíduo (GIOTTI; MASCARELLO, 2017, p. 3). O bem incorpóreo ou imaterial é meramente conceitual, ou seja, são aqueles que não possuem materialidade e existem apenas no campo abstrato ou ideal; faz parte de um direito subjetivo com valor econômico. Todavia, mesmo que não conceituados pela legislação, estes vão ser resguardados e amparados, pois, a aceitação dos tribunais já vem acontecendo, até porque o direito precisa se atualizar e ser aplicado aos casos concretos já existentes (GIOTTI; MASCARELLO, 2017, p. 3-4).

Essa definição de bem incorpóreo se alinha e se liga muito bem ao conceito de bens digitais. Bens digitais são conjuntos organizados de instruções armazenados de forma digital,

que são desenvolvidos por computadores ou outros dispositivos; são bens que não são perceptíveis para os seres humanos por se tratar de uma sequência de bits, salvo se desenvolvido por algum aparelho eletrônico. Assim pode-se dizer que esses bens digitais são uma subespécie de bem incorpóreo, motivo que os torna merecedores de amparo jurídico. Então mesmo que possuam uma guarita de proteção se pensados em bens incorpóreos, os bens digitais estão cada vez mais presentes no cotidiano dos seres humanos e necessitam logo de uma lei definida (GIOTTI; MASCARELLO, 2017, p. 4-5).

Esses bens digitais fazem parte da herança digital já conceituada no presente trabalho, mas que de forma simplória e resumida é o armazenamento de informações pessoais no ciberespaço, prática cada vez mais frequente no mundo das redes e dados. A natureza jurídica dessa herança é de bem imóvel, em analogia ao que preleciona o artigo 80, inciso II, do Código Civil, o qual se refere à herança tradicional e, por conseguinte, submetendo às particularidades dessa espécie de bens. Nessa temática o patrimônio digital dessa herança pode se definir como um aglomerado de direitos e deveres de um indivíduo, que são passíveis de valoração econômica e são guardados em um suporte digital, isto é, são expressos em códigos binários em ambiente virtual (LIMA, 2016, p. 55-62).

Em relação à aplicabilidade da legislação a este tema, Augusto e Oliveira aduzem que:

> No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p.12, *apud* LIMA, 2016, p. 60).

Todavia a melhor e a mais segura maneira de definir sobre a destinação dos bens armazenados é por meio de testamento digital. É por meio dessa prática que o titular do patrimônio, o falecido, poderá, por manifestação volitiva, destinar seus bens de forma determinável, nomeando herdeiros e legatários. Em complemento, este ato reforça ainda mais o valor do princípio da vontade na sociedade (LIMA, 2016, p. 63). Se não existir esse testamento, a sucessão dos bens digitais seguirá um outro rumo.

A forma de intervenção do herdeiro no acervo digital do *de cujus* é dividida em: de bens suscetíveis de apreciação econômica e bens não suscetíveis de valoração econômica. Assim, aqueles que possuem valoração, pela ausência de lei específica, existe a compatibilidade do sistema jurídico, na qual não há dúvidas de que que esses ativos digitais de valor financeiro devam constar na lista de bens que serão partilhados. Se tiver o testamento segue-o; mas se não tiver nada priorizado o Código Civil prioriza os familiares do falecido. Então, por extensão ao alcance dessa norma deveria para esse caso aplicar que a herança digital seja transferida aos familiares mais próximos do falecido. São eles: descendentes, ascendentes, cônjuges e outros; como fundamentado a partir do artigo 1.784 do CC, que traz sobre transmissão da herança, testamento, ordem de sucessão e demais temas relacionados (NEVES, s.d., p. 6).

Já os bens não suscetíveis de valoração econômica, são aqueles que não trazem ao falecido uma renda; são mais alcançados por um valor sentimental do que financeiro. Estes se encontram ligados diretamente aos direitos personalíssimos que estão previstos na parte geral do Código Civil, especificamente no Capítulo II, do Título I, do Livro I. Só que dentro dessa perspectiva é que se faz presente um confronto; pois quando ocorre a morte, cessa também a personalidade do indivíduo, sendo tais direitos intransferíveis à família. Contudo, por outro lado, se não os transferir a família, esta não poderá se fazer titular desse direito

para garantir alguns atributos da personalidade após a morte e nem poderá assegurar a proteção jurídica dos interesses do morto (NEVES, s.d., p. 7).

À luz do exposto, já foi demonstrado e exemplificado com diferentes entendimentos de magistrados que a relação do direito da personalidade e da transferência dos bens virtuais é bem complexa; então nessa toada tal assunto necessita de um aprofundamento maior. Os direitos da personalidade são aqueles arrolados pelo Estado contra o arbítrio do poder público ou às incursões particulares, são direitos inatos que devem ser tutelados independentemente de estarem previstos em rol positivado; são direitos que caracterizam o próprio indivíduo como ser humano, como: a vida, a honra, a intimidade, a imagem, a integridade física, a privacidade, dentre outros (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p.14). Além de garantidos no CC estão presentes na Constituição Federal em seu art.5º, inciso X que disciplina: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988).

O início dessa personalidade é defendido em duas correntes doutrinárias, a civilista e a naturalista. Na qual a primeira defende que a personalidade se inicia com a concepção; já a segunda, que é a corrente adotada pelo Código Civil, defende a personalidade jurídica apenas a partir do nascimento com vida. Só que muito embora o CC venha realizar a teoria naturalista, o ordenamento jurídico assegura e não deixa de reconhecer os direitos do nascituro. Mas o embate ocorre mesmo sobre o direito personalíssimo relacionado ao termo "ad quem". Pois se está ligado a pessoa que os possuem, seria correto afirmar que estes se extinguem com a morte ou ausência dessa pessoa, certo? Depende. Apesar de os entendimentos de uma maneira geral concordarem que esses direitos personalíssimos terminam com a morte da pessoa; outros, por outro lado, alegam que alguns direitos dessa

categoria, por exemplo, o direito da imagem, teriam uma tutela no *"post morten"* (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p.17).

Ademais, é nisso que se estabelece o confronto do poder ou não transferir um bem digital do antigo titular (o falecido) para os familiares, principalmente em relação as redes sociais e bens mais sentimentais. Porque de um lado vem o entendimento de que os sucessores, não são oriundos desse tipo de herança que se liga aos diretos da personalidade, contudo lhes permite defender um direito do ofendido, defender a imagem, por exemplo (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p.18). Como fundamenta os artigos 11 e 12, em seu parágrafo único, ambos do Código Civil (BRASIL, 2002)., que aduz:

> Dos Direitos da Personalidade
> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau (BRASIL, 2002).

Apesar desses artigos, aos poucos os mais variados casos de herança digital vêm surgindo para o Judiciário decidir. E como não há nada especificado em relação à transmissão das contas, bens e objetos virtuais aos familiares; as decisões que envolvem, não especificamente o direito da imagem, mas os outros direitos, são diferentes umas das outras. Assim alguns magistrados têm entendido que tais direitos possuem natureza personalíssima e sentenciam os pedidos de mexer ou transferir tal acervo digital como

ilegítimos, pois ferem o direito à intimidade da pessoa humana (RICARTE; MANZEPPI, 2020, s.p.).

Diante disso, é notório a importância de definir em vida quem de fato seria o herdeiro dos conteúdos virtuais e como seria esse acesso; até porque os perfis contêm senhas, dados e informações pessoais. É nesse pensamento que redes sociais e empresas de tecnologia de dados começaram a pensar em alternativas para colocar aos seus usuários essas escolhas. A Microsoft, por exemplo, permite que os parentes solicitem acesso aos dados pertencentes do falecido, anexando para isso cópia da certidão de óbito traduzida em inglês (MORAES, 2018, s.p.).

O Twitter, confere apenas o direito de remover a conta do falecido, mas com um processo mais complicado pois precisa enviar uma lista de documentos físicos para o endereço da empresa nos Estados Unidos e demonstrar que a conta que se deseja desativar é mesmo da pessoa falecida (LIMA, 2013, p. 36).

Já o Facebook e o Google Inc., foram explicados, mas acima neste presente trabalho; mas que basicamente o primeiro (Facebook) apresenta duas opções para a família que é: apagar todos os dados do usuário, excluindo a conta ou transformar a página em um memorial, em que o acesso é restrito a amigos confirmados pelo de cujus e mantido apenas o conteúdo principal. E o segundo (Google) apresentam alternativas para aqueles que desejam dar destinação específica aos dados armazenados nos servidores da empresa, numa espécie de testamento digital (LIMA, 2013, p. 36). Demonstrados tais recursos desses dois sítios eletrônicos, em imagens meramente ilustrativas que seguem abaixo:

**Figura 1:** Configurações para transformar o perfil do Facebook em memorial

**Fonte:** Lima, s.d., s.p.

**Figura 2:** Configurações para gerenciamento de contas do Google inativas por um período

**Fonte:** Higa, 2013, s.p.

Diante disso, as novas formas de patrimônio e herança exigem urgentemente de um posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro. Como já apresentado e explicado mais

acima neste trabalho, já existem alguns projetos de leis como o 7.742; o 4.099/2012 e o 4.847/2012. Além desses, um novo foi elaborado neste ano de 2020, o Projeto de Lei 3.050/20 que quer incluir no Código Civil o direito de herança digital, para que seja transmitido aos herdeiros todos os conteúdos, contas e arquivos digitais do autor da herança. Este foi feito pelo deputado Gilberto Abramo, alegando que há diversos casos no Judiciário aguardando decisões, então é preciso que a lei trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais (MIRANDA, 2020, s.p.).

A evolução é natural, e a virtualização das relações interpessoais é um caminho sem volta. Portanto o Direito tem que se atentar as mudanças nos comportamentos e cenários da sociedade, pois a tecnologia veio para ficar e as atualizações terão que ocorrer. Há quem diga que a morte é o fim, contudo para aqueles que ficam é a inauguração de algo novo; assim é necessário que os bens digitais sejam incluídos na herança, sendo eles de valor econômico ou sentimental. Além de que é necessário também ficar atento aos direitos da personalidade; para que a solução da partilha dos bens ocorra, mas de modo a respeitar todos os direitos dos indivíduos nessa relação (LIMA, 2013, p. 52-54)

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

Deriva de uma pesquisa teórica que se estabelece por métodos de abordagem histórico e dedutivo. No que concerne ao método histórico, este aponta os dados da pesquisa com uma perspectiva histórica; podendo comparar os elementos existentes hoje e suas origens; ou comparar formações antigas que são precursoras na contemporaneidade e pode analisar a evolução do objeto pesquisado pela história, o que foi demonstrado no

presente trabalho. Já o método dedutivo parte de uma generalização para uma questão mais particular. Esse se mostra como verdadeiro, pois são analisados pela ciência; passando por uma premissa maior, depois por outra menor e chegando à conclusão particular.

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas de pesquisa para a elaboração do projeto foram: a pesquisa bibliográfica e a revisão de literatura. Na qual a primeira refere-se a uma coleta de dados que é feita por artigos, livros, estudos e revistas para serem utilizadas como citações; é um conjunto de informações que auxiliam na busca por soluções do objeto estudado. A segunda, concerne em limitar o escopo dos ensinamentos e dados obtidos para que se possa transmitir o conhecimento do tema aos leitores.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Naiara Czarnobai; OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais "causa mortis" em relação ao s direitos personalíssimos do "*de cujus*". *In*: 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, **ANAIS**..., Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

BARRETO, Alesandro Gonçalves Barreto; NERY NETO, José Anchiêta. Herança Digital. *In*: **Direito & TI**: Debates Contemporâneos, portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/site/wp-content/uploads/2016/03/BARRETO-Alesandro-Gon%C3%A7alves-NERY-NETO-Jos%C3%A9-Anchi%C3%AAta-Heran%C3%A7a-Digital.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2000. Disponível em: <https://farofafilosofica.files.wordpress.com/2016/10/modernidade-liquida-zygmunt-bauman.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

FRAGA, Fernando. **Direito Civil Sucessões**. Disponível em: <https://companhiajuridica.com.br/wp-content/uploads/2016/04/APOSTILA_DIR_-DAS_SUCESSOES.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

FRANTZ, Sâmia. Herança digital e direito sucessório: tudo o que você precisa saber. *In*: **SAJADV**; portal eletrônico, 04 fev. 2019. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/heranca-digital/>. Acesso em: 25 set. 2020.

GIOTTI, Giancarlo Barth; MASCARELLO, Ana Lúcia de Camargo. Herança Digital. *In*: 5º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais, **ANAIS**...., [S.l.], 2017. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c139f795e4.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

HIGA, Paulo. Google lança ferramenta para lidar com os dados da sua conta depois que você morrer. *In*: **Tecnoblog**, portal eletrônico de informações, 11 abr. 2013, portal eletrônico. Disponível em:<https://www1.tecnoblog.net/2013/google-gerenciador-contas-inativas/>. Acesso em: 19 out. 2020.

LIMA, Isabela Rocha. **Herança Digital:** direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

LIMA, Lucas. Como configurar o Facebook para excluir sua conta se você morrer. *In*: **Tecnoblog**, portal eletrônico de informações, s.d. Disponível em: <https://tecnoblog.net/293012/como-configurar-o-facebook-para-excluir-sua-conta-se-voce-morrer/>. Acesso em: 19 out. 2020.

LIMA, Marcos Aurélio Mendes. **Herança Digital:** Transmissão post mortem de bens armazenados em ambiente virtual. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016. Disponível em: <https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1703/1/MarcosLima.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

MENEZES, Cristiane Penning Pauli de; RODRIGUES, Fernanda. A emergente necessidade de ampliação do direito sucessório frente ao nascimento e reconhecimento da herança digital no direito brasileiro. *In*: 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, **ANAIS...,** [S.l.], 2017. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/6-16.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

MIRANDA, Tiago. Projeto assegura a familiares direito a herança digital. *In*: **Agência Câmara de Notícias**, portal eletrônico Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/674175-projeto-assegura-a-familiares-direito-a-heranca-digital/>. Acesso em: 17 out. 2020.

MORAES, Rinaldo. Herança Digital. *In*: **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <https://rinaldo1890.jusbrasil.com.br/artigos/601160003/heranca-digital>. Acesso em: 17 out. 2020.

NASCIMENTO, Thamires Oliveira. **Herança digital:** o direito da sucessão do acervo digital. 57f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21969/1/Heran%C3%A7a%20Digital.%20O%20direito%20da%20sucess%C3%A3o%20do%20acervo%20digital.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

NEVES, Marcela Cioccia. Herança Digital No Brasil: Reflexões Jurídicas Sobre Uma Nova Realidade. *In*: 17º Congresso Nacional de Iniciação Científica, **ANAIS...,** [S.l.], 2017. Disponível em: <http://conic-semesp.org.br/anais/files/2017/trabalho-1000025030.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

PINTO, Maria Do Céu Pitanga. **A Dimensão Constitucional Do Direito De Herança:** aspectos processuais do inventário e partilha. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006. Disponível

em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075377.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

RESENDE, Antônio José. Direito Civil: Direito Das Sucessões. Disponível: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:RHht6MT7gwwJ:professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/3905/material/Apostila%2520Dir%2520das%2520Sucess%25C3%25B5es%25202018%2520PUCGOIAS.docx+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 out. 2020.

RICARDO, Bruna Karoline Resende. A evolução histórica do direito das sucessões. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 01 mai. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-evolucao-historica-do-direito-das-sucessoes/>. Acesso em: 10 out. 2020.

RICARTE, Flávio; Manzeppi Eduardo. Ainda sem legislação específica, herança digital requer atenção. *In*: Conjur, portal eletrônico de informações, fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-17/opiniao-legislacao-especifica-heranca-digital-requer-atencao>. Acesso em: 17 out. 2020.

*COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":*
Qualificação do Projeto de TCC
Curso de Direito
Faculdade Metropolitana São Carlos

# ESTUPRO VIRTUAL: UMA ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS DA AUSÊNCIA DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO PARA A CONDUTA DELITUOSA DIGITAL

Luciano Silva da Veiga Oliveira

## 1 INTRODUÇÃO

O projeto tem por finalidade buscar através de pesquisas para a confecção do Trabalho de Conclusão de Curso que será apresentado no 10º período do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana, com o objetivo de lograr êxito na titulação de Bacharel em Direito. Terá como base o capítulo I, dos crimes contra a dignidade sexual em seu artigo 213 e o capítulo II, dos crimes sexuais contra vulnerável bem como o julgado da 5ª Turma do SFJ (Superior Tribunal de Justiça) que teve como tema o "Estupro de Vulnerável sem o Contato Físico".

Assim sendo, tendo poucos doutrinadores que discorrem sobre o assunto e por ser uma novidade no meio jurídico pouco se discute este tema tanto nos centros universitários e nos tribunais e na sociedade o que torna o projeto questionável. Cumpre destacar que, na atual legislação penal, conforme o artigo 217-A da Lei 12.015/09 que trouxe significativas mudanças em se tratando de crimes contra a dignidade sexual.

## 2 TEMA

O tema escolhido teve por base um assunto que é de total relevância para os dias atuais, pois no ambiente virtual o agente se beneficia tendo em vista que a vítima é

vulnerável por não ter condições de se defenderem, tendo sua liberdade e dignidade sexual violados ferindo os princípios constitucionais basilares da dignidade da pessoa humana.

Sendo que se faz necessário a tipificação penal, tendo em vista resguardar os direitos tutelados na Carta Magna, bem como na Legislação Penal existente onde, busca-se mecanismos para que se possa punir o agente causador do dano. Sendo assim, como tema alcança-se a seguinte proposta: "Estupro virtual: uma análise sobre os impactos da ausência de um tipo penal específico para a conduta delituosa digital".

## 3 PROBLEMÁTICA

Existe à luz do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de imputar ao agente o crime de estupro de vulnerável no ambiente virtual sem o prévio contato físico?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar a imputação do crime de estupro de vulnerável no ciberespaço sem o contato físico, o STJ entendeu que é possível devido à brecha legislação e possíveis danos físico e psíquico à vítima, ofendendo a dignidade da pessoa humana.

## 4.2 Objetivos Específicos

- Examinar na legislação Penal bem como a Constituição Federal de 1988, sobre o prisma da dignidade da pessoa humana.
- Descrever estupro de vulnerável à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro.
- Analisar a imputação do crime de estupro de vulnerável sem o contato físico e seus benefícios para a sociedade.

## 5 HIPÓTESES

A dignidade da pessoa humana recepcioanda em seu artigo 1º, inciso III, assim, como expresso em seu no artigo 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança. Neste mesmo sentido, o dispositivo legal, traz a baila de seu inciso X, a inviolabilidade a intimidade, a vida privada e a honra, sendo estas como garantias fundamentais e primordiais a promoção da proteção e vida humana bem como o bem estar em sociedade, (BRASIL, 1988).

Extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, a dignidade sexual, onde se dá ao entendimento que o indivíduo tem direito de escolher com quem deseja ter o relacionamento sexual, desde que este seja plenamente capaz. Além do mais, tem a opção de ser portar e de como se vestir de modo que lhe agrada. Grande parte da sociedade, parte do contexto que muitas pessoas são vítimas de agressores, sendo estuprada ou constrangida ao ato libidinoso pelo fato de terem dado causa a conduta do agressor; mas, isso não justifica, principalmente quando essas vítimas são pessoas vulneráveis. (GRECO, 2016, p.48)

Cumpre destacar, que apesar da sociedade ter evoluído, principalmente no que concerne no mundo virtual, ou seja, muitos menores têm ativa a sua vida sexual, diante deste dilema o legislador veio a fixar a idade da vítima para menor de 14 (catorze) anos, o agente maior, considerado relativamente ou absolutamente capaz tenha relacionamento sexual com esta prática estupro de vulnerável, visto que viola o bem jurídico tutelado. (BRASIL, 2009).

Resta claro que, diante desse novo cenário onde se vive, tais consequências podem trazer grandes problemas para vítima, principalmente em seu ambiente de convívio familiar, tendo em vista que o adolescente ainda não tem seu completo discernimento mental formado. Todavia nesse diapasão, torna-se imperioso destacar a relevante importância para Constitucionalização do Código para atualização do direito penal no que concerne ao capítulo dos crimes sexuais contra vulnerável, bem como a humanização dos julgamentos, a fim que seja utilizando o direito como forma de promoção e justiça e da dignidade da pessoa. (EMERJ, 2016).

Diante do exposto, alcançam-se como hipóteses:

- Diante os avanços tecnológicos de uma sociedade de informação e considerando sua difusão no ambiente virtual, pode-se afirmar que no Direito Penal Brasileiro, ainda, encontra obstáculos na tutela jurídica do estrupo de vulnerável no meio virtual.

- Em razão dos desafios impostos pelo ordenamento jurídico vigente a tipificação do crime de estupro de vulnerável no ambiente virtual encontra limitações para a sua efetiva tipicidade penal.

## 6 JUSTIFICATIVA

A Lei 12.015/09, que alterou a redação do artigo 213 do Código Penal (Estupro), trouxe muitas inovações e interpretações ao dispositivo citado, ampliando, consideravelmente, sua extensão de aplicação. (BRASIL, 2009). No diploma penal para uma melhor interpretação segue:

> Estupro
> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
> Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASIL. 2009).

Assim, a nova redação expõe uma gama de possibilidades de consumação do crime de estupro. (BRASIL, 2009).

> O tipo penal fala em constranger alguém (que significa tolher a liberdade, implicando na obtenção forçada da conjunção carnal ou outro ato libidinoso), mediante violência ou grave ameaça (todo ato que extermina a capacidade de pensamento, escolha, vontade e/ou ação da vítima) a ter conjunção carnal (que segundo a doutrina majoritária se dá pela cópula pênis-vagina. Ainda que exista uma corrente minoritária com pensamento em contrário) ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (coito anal, oral, toques, masturbação, beijos lascivos...). (CAMARIGO. 2016, online).

Com base no posicionamento defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, conhecido como Tribunal da Cidadania, ao ratificar o conceito firmado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, considerou legítima a denúncia pelo crime de estupro de vulnerável sem o

prévio contato físico do agente para com a vítima, o Ministro Joel Ilan Paciornik. (BRASIL, 2016). Ao julgar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – RHC 70976/MS/2016/0121838-5, que reconheceu que não havia a necessidade do contato físico para a caracterização do crime de estupro de vulnerável e que na ocasião defendeu que a dignidade sexual não é ofendida apenas com lesões de cunho físico, mas também por problemas em que a vítima virá a ter que suportar. (BRASIL, 2016).

Destarte, cumpre salientar que, com o entendimento do magistrado, a denúncia foi legítima e com fundamentação jurídica baseado nos artigos 213 e 217-A do Código Penal. Assim, o doutrinador penalista do ordenamento jurídico brasileiro, direciona no sentido em que a contemplação da lascívia do agente tem o condão do ato libidinoso. (GONÇALVES, 2016, p. 678). O assunto é muito questionável, pois embora o tema abordado ainda não está pacificado entre alguns juristas este é muito novo e muito raramente discutido nos tribunais, bem como nas faculdades e na sociedade como um todo.

E um outro ponto negativo para isso seria a escassez de doutrinadores que discorrem sobre o assunto. Com base nisso, vislumbra-se a relevância do tema e que a faixa etária atingida deve ser valorada, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente, confere que é relativa a capacidade de compreensão para os maiores de 12 anos de idade. (BRASIL. 1990). Nesta seara, observa-se que o Código Penal é datado de 1940 e não acompanhou a evolução socio/cultural bem como os avanços tecnológicos. Contudo, com o advento da Lei 12.015 de 2009, foi alterado o artigo 217-A Código Penal, que apesar de sua limitação, em que sua consumação se dará apenas com a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. (GONÇALVES, 2016).

Diante da problemática que será apresentada nesta pesquisa, e diante do bem jurídico violado e dos possíveis problemas que podem trazer para as vítimas, faz-se necessário a mudança da tipificação em prol da sociedade, visando a imputação do crime

de estupro de vulnerável sem o contato físico aos atos que deem prazer ao agente que ao usar pessoa caracterizada vulnerável para satisfazer sua libido sexual. (BRASIL, 2009).

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

A dialética sobre a qual se desenvolverá o projeto deste TCC irá abordar na legislação penal brasileira vigente a possibilidade de se aplicar o estupro de vulnerável cometido em âmbito virtual. Ocorre que para certos juristas a prática do crime de estupro de vulnerável sem o contato físico, torna-se impossível sua caracterização devido à ausência do contato físico. Cumpre destacar que não se trata de uma nova modalidade de estupro, sendo o que diferencia este do estupro real é o seu modo de execução que ocorre no meio virtual. Resta claro, que no presente projeto buscará ser esclarecido que basta ser satisfeito a lascívia do agente. (BRASIL, 2009).

Tema já debatido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao se referir de estupro de vulnerável, busca-se a adequação do direito a essas novas práticas criminosas, cometidas pelos agentes que antes eram imagináveis aos legisladores mesmo que tal prática não tenha uma legislação específica para tratar do assunto. Assim sendo, será possível a imputação do crime de estupro de vulnerável sem o contato físico, com base no ordenamento jurídico a fim de se resguardar a dignidade da pessoa humana com a devida imputação jurídica. (EMERJ, 2016).

Nesse diapasão, segundo palavras de Gustavo Testa Corrêa afirma:

> A Internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente

> e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento (CORRÊA, 2000, p. 8).

Diante da globalização e com o estreitamento das distâncias no ambiente virtual, possibilitaram o encurtamento da comunicação e transferências de arquivos a longa distância, assim sendo, o ordenamento jurídico brasileiro deverá amoldar a realidade que é vivida neste cenário. (EMERJ, 2016).

Por se tratar de um tipo penal alternativo, permite a realização de no mínimo três condutas diversas, contra a mesma vítima, que nos dizeres de Nucci são: "a) constranger alguém a ter conjunção carnal; b) constranger alguém a praticar outro ato libidinoso; c) constranger alguém a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso."

Por se tratar de um tipo penal alternativo, Nucci destaca que:

> Ao Judiciário cabe interpretar a lei, criticá-la até, mas não pode deixar de cumpri-la, a pretexto de não ser a norma ideal. Cabe, ainda, deixar de aplicá-la se ofender a Constituição Federal. Assim não sendo, respeita-se o fruto proveniente do Legislativo. Em primeiro lugar, deve-se deixar bem claro não ter havido a revogação do art. 214 do CP (atentado violento ao pudor) como forma de *abolitio criminis* (extinção do delito). Houve uma mera *novatio legis*, provocando-se a integração de dois crimes numa única figura delitiva, o que é natural e possível, pois similares. Hoje, tem-se o estupro, congregando todos os atos libidinosos (dos quais a conjunção carnal é apenas uma espécie) no tipo penal do art. 213.

Neste sentido, como no estupro real, sua consumação ocorrerá mediante a conjunção carnal ou com a eventualidade de atos de caráter libidinosos. (NUCCI, 2018). Para a configuração do crime de estupro na forma do artigo 213, ou até mesmo o do estupro de vulnerável, nos moldes do artigo 217-A, ambos do Código Penal, no entendimento do doutrinador Rogério Greco tem-se:

> Não ser necessário no entendimento" deste o contato físico para o reconhecimento do delito de estupro entre o agente e a vítima, quando pela conduta do agente for dirigida no sentido aonde a própria vítima venha a praticar o ato libidinoso, quando este ocorre mediante grave ameaça, obrigando-o a se masturbar. (GRECO, 2016, p.48).

Assim sendo, a Lei nº. 12.015/2009 acabou por incluir no Código Penal Brasileiro, o capítulo II dispondo sobre os crimes sexuais contra os vulneráveis tendo início com previsão legal em seu artigo 217-A:

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
> Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze anos).
> § 1o Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
> § 2o (VETADO)
> § 3o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
> § 4o Se da conduta resulta morte:
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.
> § 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (BRASIL, 2009).

Resta claro, que, diante da intitulação do crime de maneira similar ao artigo 2013, o estupro de vulnerável acaba por não trazer elementos de cunho objetivos para a caracterização de constrangimento, mas apenas o ato libidinoso e a conjunção carnal com o vulnerável, em que a tutela a dignidade sexual do indivíduo vulnerável e não a sua liberdade sexual e que ao se consentir ou não assume o sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável. (BITENCOURT, 2015).

Antes de se mencionar quem poderiam ser esses vulneráveis, torn-se imperioso falar sobre o conceito de vulnerabilidade.

> Vulnerabilidade é um conceito amplo, complexo, multidimensional e multideterminado; vulnerabilidade biológica: expressando pelo contínuo desequilíbrio das funções biológicas; vulnerabilidade psicológica: manifestada pelas funções psíquicas do indivíduo e ancorada pelos recursos emocionais e afetivos individuais; vulnerabilidade espiritual: ancorando-se em diferentes recursos simbólicos no enfrentamento de desafios e dos limites impostos pela realidade; vulnerabilidade cultural, social e ambiental: produzidas pelo entorno sociocultural e agenciadas pelas condições de desigualdade social, econômica e política, (JUNGES, 2007 *apud* SILVA; SILVA, 2012, p. 2).

Nesta seara de exposição, conforme observado por Victor Eduardo Rios Gonçalves: faz-se necessário que o agente venha a se aproveitar do estado de incapacidade e de defesa da vítima a se opor ao ato sexual. (GONÇALVES, 2016, p. 678). Neste mesmo entendimento com o advento da Lei 13.718/2018, acrescentou no artigo 217-A o §5º que tais penas aplicam-se independentemente do consentimento ou não da vítima.

Pelo exposto até o presente momento na elaboração deste projeto, vislumbra-se a real importância de ser reconhecido o crime de estupro de vulnerável sem o prévio contato físico para a garantia da punibilidade do agente e sua tipificação é de grande relevância para a sociedade bem como para o Poder Público, uma vez que estes se tornam também reféns do criminoso que se esconde por trás das telas dos computadores se valendo do anonimato. (EMERJ, 2016).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

Para o desenvolvimento deste projeto, foram utilizados como materiais artigos jurídicos acadêmicos e análise de legislação relativa ao tema proposto. Com método, foi utilizado o indutivo-qualitativo, como meio de se chegar aos resultados e conclusões deste trabalho para a caracterização da figura do estupro no ciberespaço e sua possibilidade de tipificação penal.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

Doutrina Penalista do Direito Penal Pátrio, Julgados dos Tribunais, revisão bibliográfica; coleta de jurisprudência; análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais de artigos científicos que discorrem sobre o tema.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAIO |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasilia: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no

8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=L12015&text=LEI%20N%C2%BA%2012.015%2C%20DE%207%20DE%20AGOSTO%20DE%202009.&text=1o%20da%20Lei%20n,trata%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20menores>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus** – RHC 70976/MS/2016/0121838-5. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 02 de agosto de 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601218385&dt_publicacao=10/10/2016>. Acesso em: 20 set. 2020.

CAMARIGO. Denis. **Advogado Criminalista**. **Consultor jurídico**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323390332/estupro-virtual-um-crime-real>. Acesso em: 04 out. 2020.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet.** São Paulo: Saraiva 2000.

ESCOLA de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). **Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ.** Rio de Janeiro: EMERJ, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado:** Parte Especial. 6. Ed. São Paulo: Saraiva 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Penal Esquematizado**: Parte Especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção Direito esquematizado).

GOUVÊA, Sandra. **O Direito na Era Digital: crimes praticados por meio da informática.** Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. v. 3. 7 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial. volume 3. 13 ed. Niterói: Impetus, 2016.

NUCCI, Guilherme. **O crime de estupro sob o prisma da Lei n° 12.015/2009**. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>Acesso em 31 out. 2020.

*COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":*
Qualificação do Projeto de TCC
Curso de Direito
Faculdade Metropolitana São Carlos

# INCLUSÃO DO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS FÍSICAS À LUZ DO DIREITO À MOBILIDADE URBANA

Márcio Amorim Nicolau

## 1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos rejeita qualquer tipo de preconceito e preconiza que todos os direitos humanos devem ser preservados inclusive que se estabeleça políticas públicas que inclua a pessoa com deficiência física frente à mobilidade urbana.

A Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência destina-se a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Considera em seu Art. 2º, com deficiência, aquela pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O município de Bom Jesus tem garantido em sua constituição desde 1988 assistência especial às pessoas com deficiência. Mas ainda se percebe frágil a mesma lei na prática das políticas públicas. A participação social das pessoas com deficiência ainda é muito tímida. Assim, é claro que é dado às pessoas especiais o direito aos cuidados especiais, inclusive no que tange à própria mobilidade. O que cabe comprovar é, até que ponto esses direitos chegam até as pessoas interessadas.

A inclusão de pessoas com deficiência na sociedade parte da premissa de que as pessoas precisam receber o respeito que merecem e devem ter seus direitos assegurados e defendidos. Faz-se necessário proporcionar a essas pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida espaços democráticos de mobilização.

É preciso que as políticas públicas tragam meios ou condições para que essas pessoas utilizem, com segurança e autonomia, os espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação. Em consequência dessa demanda, o presente trabalho irá abordar o tema inclusão do portador de necessidades especiais físicas à luz do direito à mobilidade urbana, incluindo a malha da cidade de Bom Jesus do Itabapoana.

## 2 TEMA

A inclusão do portador de necessidades especiais físicas à luz do direito à mobilidade Urbana: uma análise a partir da malha de Bom Jesus do Itabapoana/RJ.

## 3 PROBLEMÁTICA

Quais são, à luz do direito à mobilidade urbana, os desafios para a inclusão do portador de necessidade especial física?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar os desafios para a inclusão do portador de necessidade especial física, a partir do direito à mobilidade urbana.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a concepção de direito à mobilidade urbana.
- Caracterizar, à luz do Estudo da pessoa com deficiência, os direitos do portador de necessidade especial física.
- Examinar a política municipal de mobilidade urbana para o portador de necessidade especiais físicas.

## 5 HIPÓTESE

O município de Bom Jesus do Itabapoana não disponibiliza de mecanismos e estruturas aptas para a implementação do direito a mobilidade urbana para os portadores de necessidade especial física.

## 6 JUSTIFICATIVA

Baseado no Censo de 2010, dos 45.606.048 milhões de entrevistados com variados tipos de deficiência, 7% tem deficiência motora. O Estado do Rio de Janeiro contempla 3.900.870 (24,40%) dessa porcentagem de pessoas com deficiência.

A necessidade de escrever sobre o tema partiu da aspiração em pesquisar sobre os direitos do portador de deficiência baseado na própria experiência do pesquisador, pois é portador de deficiência e tem sofrido na própria pela as dificuldades para se locomover de um lado para o outro. Existem políticas públicas, mas é muito difícil encontrá-las fora do papel. As políticas, na prática, contribuem para garantir ao portador de deficiência mais facilidade em sua mobilidade.

Percebe-se a dificuldade na hora de entrar em órgãos públicos, pois os mesmos só são acessados por escadas, e as portas não são largas o suficiente para caber uma cadeira ou triciclo elétrico. Identifica-se que este trabalho de pesquisa poderá ajudar para que o portador de deficiência seja mais respeitado. Há necessidade em se ampliar os debates públicos sobre a mobilidade urbana, inclusive no que tange um novo planejamanto. Segundo Campana (2014), há uma necessidade de reformulação de planejamento urbano em vários sentidos, tanto para pessoas sem ou com mobilidade física, em consequência do avanço, modernização das cidades, do aumento e aquisição de muitos carros. os utilitários das vias urbanas acabam sendo expulsos.

Campana (2014, p. 16), retrata que "O automóvel, sendo muito forte e poderoso, intimida os usuários de outros meios de locomoção". Para aqueles que não tem deficiência com a locomoção já é difícil se movimentar num trânsito violento, imagine para quem tem deficiências com a mobilidade. Apenas em algumas cidades grandes, como Campinas existem um gerenciamento mais adequado do gerenciamento do trânsito

SILVA (2017) inclui na necessidade de as políticas públicas, priorizar as pessoas com deficiência com a mobilidade urbana. A Lei a qual ele se reporta é a de "pessoa com mobilidade reduzida" que está prevista na Lei n° 10.098/00 (art. 2º, IV), fala daquela pessoa que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso (BRASIL, 2000).

Segundo Silva (2017), nos dias de hoje, quando se fala em pessoa com deficiência têm-se uma ideia que pouca coisa mudou, tendo ficando uma situação rotulada, perante a sociedade. Alguns dizem que não é, mas é pura realidade. No âmbito do espaço urbano, fica inviável fazer valer exercer cidadania, falando de uma forma ampla pois os deficientes ficam num patamar de uma minoria. (SILVA, 2017). Teixeira (2010) complementa que é em consequência da necessidade de inclusão social que aparece o excluído, ou seja,

> Pessoas que não possuem acesso aos direitos que pertencem a todos - educação, saúde, transporte, trabalho, cultura, lazer e esporte. Apesar da existência de leis que garant leis que os garantam, excluem-se pessoas consideradas diferentes por meio de ações sociais que impedem o desenvolvimento do universo de direitos e deveres desse cidadão. (TEIXEIRA, 2010, p. 23).

Faz-se necessário pensar em políticas que aproximem os diferentes dos seus direitos. Segundo Silva (2017), para uma acessibilidade de fato, tem que partir diretamente onde se deveria ser votada e aplicado o direito a acessibilidade os órgãos públicos, câmara de Vereadores, prefeitura no tocante a parte do prefeito desenvolver medidas para implantar de fato, num sentindo amplo. Desta feita, entende-se que a temática proposta é de grande

relevância, pois mudar o percurso futuro da história em relação ao portador de deficiência é de extrema importância.

Segundo Fernandes (2014) a trajetória do indivíduo com deficiência é marcada por preconceito, tratada como deformação do físico e da mente. O nascimento de pessoas com deficiência era encarado como castigo divino e elas tinham que ser castigadas para serem purificadas. (FERNANDES, 2014, p. 134). A partir da Revolução Industrial que a reabilitação do trabalhador ganha espaço, o objetivo era inserção do mesmo de volta ao trabalho. (FERNADES, 2014).

Fernandes (2014) acrescenta que nesse próprio século XX, os indivíduos com deficiência ficaram mais evidente, sendo criado certos direitos ainda desconhecidos por uma grande maioria da população. Sendo ainda criados sindicatos falando, em âmbito municipal. Na grande maioria sendo esquecido e impedido por representantes políticos. É preciso mudar essa cultura, pois muitas vezes o indivíduo com deficiência se sente, menor perante uma sociedade que impõe regras, comportamentos limites.

## 7 REVISÃO DA LITERATURA

Em relação ao termo "pessoa com deficiência", pode-se citar que existe a deficiência biológica, que envolve a situação de problema físico e existe a deficiência que pode ser entendida pelo olhar social. De acordo com Porfírio (2009), sendo identificada como deficiência do corpo, para ser sanada deve-se fazer inferências no corpo para a recuperação ou melhora. Já no aspecto social, Porfírio (2009) salienta que a partir de 1996 é reconhecida a visão biológica da disfunção, mas amplia para a definição da deficiência social, aquela que trata as pessoas com maior preconceito e discriminação, não dando a elas o direito que lhes é cabido.

O direito de inclusão é outra palavra que vai ser trabalhada na pesquisa. Será focado no cerceamento do direito será visto no sentido de restrição. Será usado no sentido de garantir a inclusão social. Porfílio (2009, p. 266) fala da "Organização das Nações Unidas – ONU, que foi aprovada pelo Brasil por intermédio do Decreto Legislativo nº 186/08, e equivale à emenda constitucional promulgada pelo decreto nº 6.949/09". Essa é a lei da inclusão.

Pires (2009, p. 269) refere-se ao termo "mobilidade urbana" como sendo utilizada, segundo e para a lei 12.587, de 03 de janeiro de 2012, II "mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano". Acrescenta que está relacionada a se locomover, à "condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano" (art. 4º, II) (PIRES, 2009, p. 266). Isto envolve planejamento das cidades, seu crescimento, as disponibilidades de transporte e o processo de circulação.

Como teoria de base para esse trabalho será utilizado a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de mobilidade Urbana. Outro documento importante que será utilizado é a Lei Orgânica de Bom Jesus do Itabapoana-RJ. O objetivo em relação à lei orgânica da cidade de Bom Jesus do Itabapoana/RJ é trazer elementos específicos que tratem da inclusão do portador de deficiência física em relação à mobilidade urbana. Dentro de tal especificidade foram extraídos alguns elementos a serem analisados referente a essa lei.

O presente trabalho traz como base também a A Lei Orgânica do Município de Bom Jesus do Itabapoana, com o objetivo de identificar quais são as políticas que o município tem criado para atender as pessoas que precisam ser vistas de forma diferente. A Lei Orgânica traz elementos que inserem as pessoas com deficiência. O cap. 1, em seu art. 7º, diz que ninguém deve ser tratado com discriminação, todos têm direito a igualdade.

Os artigos 11 e 238 dispõem que a pessoa portadora de deficiência deve ter gratuidade nos serviços de transporte públicos de Bom Jesus do Itabapoana.

> Art. 11. – É garantida, na forma da lei, a gratuidade dos serviços públicos municipais de transportes coletivos, como também, nas concessões, mediante passe especial, expedido à vista de comprovante de serviço de saúde oficial, a pessoa portadora de deficiência com reconhecida dificuldade de locomoção. [...]
> Art. 238 - O Município, na prestação de serviços de transporte público, fará obedecer, os seguintes princípios básicos:
> segurança e conforto dos passageiros, garantindo, em especial, acesso às pessoas portadoras de deficiência física; [...]
> III- tarifa social, assegurada a gratuidade nos transportes coletivos do Município, aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, aos deficientes físicos e mentais, e aos alunos do 1º e 2º graus da rede pública, estes devidamente uniformizados e mediante apresentação da carteira de identificação estudantil. (BOM JESUS DO ITABAPOANA, 1988).

Outro aspecto importante se dá em relação a importância da Câmara Municipal de Bom Jesus do Itabapoana, em relação ao que é esperado de suas funções em se tratando do indivíduo portador de deficiência.

> Na sessão III (Nas atribuições da Câmara Municipal) ART. 24 – Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, legislar sobre as matérias de competência do Município, especialmente no que se refere ao seguinte:
> I-assuntos de interesse local, inclusive suplementando a legislação federal, e estadual, notadamente no que diz respeito: a) à saúde, à assistência e à proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. (BOM JESUS DO ITABAPOANA, 1988).

As informações que a lei orgânica de Bom Jesus do Itabapoana traz, é o de que existem considerações que atentam para a importância de um olhar diferenciado para quem precisa. E que não haverá tratamento discriminatório para ninguém. Entretanto o presente

trabalho se propõe averiguar como ficam essas considerações legais na prática. Se realmente o cidadão tem os direitos aos quais a lei propõe.

Pires (2009, p. 265) sinaliza que o grande problema da pessoa com deficiência, é o sistema em geral, começando pelo SUS sistema único de saúde, e assim se estendendo pelo governo, tanto federal como municipal mesmo não dão uma assistência, sendo amparados pelos seus familiares, como por exemplo uma deficiência adquirida a pessoa fica impedida der realizar suas atividades, e por consequência ficando esquecido pela sociedade, o governo não lhe dá o tratamento adequado. Vendo pelo lado municipal, a inclusão fica cada vez mais longe da realidade, a cidade não tem mobilidade urbana. E os governantes que lá estão não fazem nada para mudar está situação

Pires (2009, p. 266) fala que depende de qual sociedade esse deficiente vive, como por exemplo numa sociedade capitalista onde, você é o que você tem, e o que você representa para sociedade. Segundo Pires (2009, p.267), a Lei 13.146/2015, ela é muito falha ficando na teoria e na prática não se respeita, o devido direito a acessibilidade dos deficientes, em algumas situações a garantia do direito só é efetuada por meio de ações judiciais. Pires (2009, p.268) diz que, quando se fala de acessibilidade, em um país sustentável fica muito longe da realidade pois requer interesse público, que muitas vezes não acontece, pois não são repassadas as verbas destinadas à mobilidade, acessibilidade não são realmente aplicadas.

## 8 METODOLOGIA

O método de pesquisa a ser utilizado é dedutivo, pois vai partir de informações mais gerais. Vai analisar as informações partindo de um raciocínio sobre hipóteses já produzidas

no campo de pesquisa. Esse método vai contribuir para se chegar a conclusões sobre o tema proposto. Será utilizado o método de revisão bibliográfica. O objetivo é fazer uma pesquisa sobre o que alguns autores já escreveram sobre o tema.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAIO |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 10.048, de 08 de novembro de 2000**. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10048.htm>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.** Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm#:~:text=1%C2%BA%20A%20Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de,o%20inciso%20XX%20do%20art.&text=182%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20objetivando,cargas%20no%20territ%C3%B3rio%20do%20Munic%C3%ADpio>. Acesso em 15 out. 2020.

BOM JESUS DO ITABAPOANA (MUNICÍPIO). **Constituição Municipal de Bom Jesus do Itabapoana.** Bom Jesus do Itabapoana: Câmara Municipal de Vereadores, 1988. Disponível em: <https://bomjesus.rj.gov.br/site/ver_arquivo/legislacao/001_1990_lei-organica.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

CAMPANA, Eduardo Korndörfer. **A mobilidade urbana no Brasil à luz da Lei nº 12.587/2012**. 2014. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/111894/000951803.pdf?sequence=1. Acesso em: 6 nov. 2020.

DA SILVA, Marcus Vinicius Gonçalves *et al*. O Plano de Mobilidade Urbana e Transporte Integrado no Município de Curitiba: uma análise das políticas públicas de acessibilidade. *In*: **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, v. 38, n. 132, p. 149-162, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/Dialnet-OPlanoDeMobilidadeUrbanaETransporteIntegradoNoMuni-6049588%20(1).pdf. Acesso em: 5 nov. 2020.

FERNANDES, Lorena Barolo; SCHLESENER, Anita; MOSQUERA, Carlos. Breve histórico da deficiência e seus paradigmas. IIn: **Revista InCantare**, [S.l.],2014. Disponível em: file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/181-217-1-PB%20(2).pdf. Acesso em: 5 nov. 2020.

OLIVEIRA, Luiza Maria Borges *et al*. **Cartilha do Censo 2010**: pessoas com deficiência. Brasília: MDH, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/754/1/SNPD_cartilha_2012.pdfAcesso em: 11 nov. 2020

PIRES, Laura Fatima. Deficiência e mobilidade: uma análise da legislação brasileira sobre gratuidade no transporte público. *In*: **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 391-408, jul.-dez. 2009, p, 392. Disponível em http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/6352/0 Acesso em 5 nov. 2020.

PORFÍRIO, Mariana Silva; SOUSA, Ana Maria Viola de. Mobilidade urbana como direito de inclusão das pessoas com deficiência. *In:* **Revista Jurídica Cesumar: Mestrado**, v. 20, n. 2, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/8894/6424>.. Acesso em: 10 out. 2020.

TEIXEIRA, Marina Codo Andrade. **Políticas públicas para pessoas com deficiência no Brasil**. 131f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Fundacão Getúlio Vargas, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4778/61080100037.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

# DIGNIDADE PARA QUEM? CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Marcio Pereira de Jesus Campos

## 1 INTRODUÇÃO

A desigualdade social interfere drasticamente no desenvolvimento humano e no crescimento das crianças e adolescentes, impedindo o cumprimento do mínimo existencial. É importante, ainda, observar que a respeito das desigualdades sociais, visto que a situação de crianças e adolescentes em rua, é um problema preocupante, enfrentado em larga escala no Brasil e permeia o século XXI. Nesse entendimento, o presente texto busca demonstrar os possíveis impactos entre os fatores cujo levam as crianças e os adolescentes a se encontrarem em situações de rua, e, dessa forma, estão relacionados a questões como a pobreza, a marginalização, a ausência de vínculos familiares e o afeto, perda de algum familiar próximo, inúmeras vezes o próprio genitor, a inercia de emprego e estabilidade financeira, violência familiar, perda da autoestima, alcoolismo, uso de drogas, falta de educação e doenças.

Nota-se, dessa forma, a inércia da efetivação da dignidade humana, onde as crianças e os adolescentes se encontram em estado de vulnerabilidade social, impedindo que as garantias fundamentais sejam eficazes ao cumprimento da vida digna e da proteção integral ao mínimo existencial. Assim, demonstra-se a existência da questão da pobreza extrema, a marginalização e a busca pela dignidade da pessoa humana e da valorização da vida e cidadania. Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana busca efetivar a

proteção máxima dos direitos mais básicos do ser humano, e assim, este é inerente a todos, sem distinção, valorado como princípio máximo constitucional.

Ademais, é conveniente observar que a proteção integral está intimamente vinculada a questão do desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de toda criança e adolescente em crescimento. E dessa forma, busca-se concretizar a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a condição do mínimo existencial as crianças e adolescentes em situação de rua, buscando assim, uma proteção por parte do Estado, das famílias e da sociedade, de forma absoluta, garantindo a estes indivíduos o pleno desenvolvimento como pessoa humana.

## 2 TEMA

Dignidade para quem? Crianças e adolescentes em situação de rua e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

## 3 PROBLEMÁTICA

Qual a efetiva proteção dada pelo Estado brasileiro para crianças e adolescentes em situação de rua? A postura Estatal adotada tem mostrado efetividade?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Examinar a possível inefetividade da proteção dada pelo Estado brasileiro para as crianças e adolescentes em situação de rua.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a evolução histórica do tratamento do direito da criança e do adolescente no ordenamento jurídico;
- Avaliar a rede de proteção à criança e ao adolescente à luz do ECRIAD;
- Descrever o fenômeno das crianças e dos adolescentes em situação de rua no contexto brasileiro, à luz da revisão de literatura.

## 5 HIPÓTESES

- As políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro têm mostrado significativa efetividade na proteção à criança e ao adolescente.
- O Estado brasileiro não tem conseguido dar a efetiva proteção as crianças e adolescentes em situação de rua.

## 6 JUSTIFICATIVA

Salienta observar a respeito da não efetivação da dignidade humana como princípio basilar da proteção e do exercício do mínimo existencial as crianças e aos adolescentes em situação de rua. Os elevados níveis de pobreza que afligem a sociedade encontram seu principal determinante na estrutura da desigualdade brasileira e na distribuição da renda e das oportunidades de inclusão econômica e social (GOMES, PEREIRA, 2006, p.03). É imperioso observar que a desigualdade social está atrelada a uma questão econômica, capitalista e cultural do país.

Reportando às desigualdades sociais, não se pode negar que a situação de crianças e adolescentes nas ruas, historicamente, é um problema que se alastra em dimensões preocupantes no século XXI (LIMA, 2014, p.02). É cediço observar que a marginalização das crianças na rua está intimamente ligada a uma questão histórica, advinda do surgimento do capitalismo, a industrialização e os efeitos da globalização em massa, como ênfase a economia, e desse modo, impactando o desenvolvimento dos indivíduos como sujeitos digno ao mínimo existencial e ao direito a vida. Rizzini e Couto afirmam que,

> Uma questão social complexa e delicada como esta demanda serviços, programas e ações eficazes. No entanto, ainda existe uma grande invisibilidade política relacionada a este segmento, ou seja, embora a responsabilidade do estado sobre esta população esteja prevista em uma série de instrumentos legais e planos governamentais, os direitos de crianças e adolescentes em situação de rua ainda carecem de aprimoramento, efetivação e monitoramento (RIZZINI, COUTO, 2019, p.03).

Assim, inúmeras das vezes, a situação de rua está vinculada a marginalização, a pobreza, a falta de oportunidade, educação e desenvolvimento de políticas públicas

atreladas ao cumprimento das necessidades básicas vitais para sobrevivência dos grupos vulneráveis socioeconomicamente. Condições socioeconômicas precárias podem acarretar problemas de natureza psicossocial, afetando a saúde física e mental dos indivíduos, gerando o afastamento de crianças e adolescentes de sua família e de sua comunidade (RIZZINI, COUTO, 2019, p.05).

Desse modo, é imperioso observar que atualmente no Brasil é constante o crescimento de crianças e adolescentes em situação de rua, atrelado a vulnerabilidade e a inercia da efetivação dos direitos fundamentais. Embora a população em situação de rua seja um fenômeno histórico na sociedade brasileira, esse grupo só teve suas demandas específicas formalmente reconhecidas a partir do Decreto Federal n. 7053/2009 (RIZZINI, COUTO, 2019, p.13). O Decreto Federal n. 7053/2009, busca instituir a política nacional para a população em situação de rua, e assim demonstrar a questão da pobreza extrema, a marginalização e a busca pela dignidade da pessoa humana e da valorização da vida e cidadania.

> A miséria e a pobreza não são fenômenos recentes. Durante a história da humanidade, radicaliza-se a exclusão, e criam-se diversas vítimas da violência social. No mundo globalizado, a situação se agrava, pois não são apenas os sem tetos, os deficientes físicos ou mentais, os dependentes químicos, os vagabundos, os desvinculados do trabalho que compõem a população de rua. São diversos os atores sociais que se categorizam aqui, por reproduzirem estratégias de sobrevivências que só na rua conseguem encontrar (LIMA, 2014, p.03).

Salienta observar que o conceito "moradores de rua" traz um sentido pejorativo, e assim deve-se conceituar como "população em situação de rua", de modo que retoma ao termo da vulnerabilidade desse grupo social. Para Gontijo e Medeiros (2006, p.08), "ao pensar a situação destas crianças e adolescentes como um processo, que se movimenta com

base nos eixos do trabalho e da inserção relacional, e que é vinculado à situação de vulnerabilidade vivenciada por suas famílias". A vulnerabilidade das crianças e adolescentes em situação de rua está atrelado aos conflitos familiares afetivos, dificuldades socioeconômica, educação, marginalização e o difícil acesso dos cumprimentos das necessidades básicas a vida digna frente ao Estado.

Desse modo, observa-se que estas crianças e adolescentes estão sendo privados dos seus direitos básicos e garantias elencados pela Constituição Federal. A ideia de ausência do núcleo familiar vivida por órfãos e abandonados se configura com a realidade da maioria das crianças e dos adolescentes em situação de rua. (LIMA, 2014, p.07). A Constituição Federal traz a concepção da igualdade entre os indivíduos dentro do país, em seu artigo 5º, no que diz "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (BRASIL, 1988).

A drástica situação das crianças e adolescentes em situação de rua são um dos maiores problemas sociais brasileiros da contemporaneidade. O Estado deve assegurar direitos e propiciar condições para a efetiva participação da família no desenvolvimento dos filhos (GOMES, PEREIRA, 2006, p.03). E dessa forma, a não efetivação desses direitos ocasionada o contraste da dignidade e igualdade ao abandono.

> 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 (BRASIL, 1988).

Nesse entendimento, a Carta Magna pondera a proteção máxima as crianças e aos adolescentes e assim busca resguardar seus direitos como sujeitos dignos. O Estatuto proclama a igualdade de todas as crianças quanto ao direito à educação (WEBER, GUZZO, 2012, p.05). Assim, este tem como proposito assegurar os direitos fundamentais básicos a criança, garantindo a dignidade humana, a vida, o direito a igualdade e o mínimo existencial, sem que haja qualquer prejuízo ao menor.

Mesmo com a vigência do ECRIAD, crianças e adolescentes ainda convivem com a privação dos seus direitos, o que obriga a abandonar as atividades referentes à sua faixa etária e encarar a condição de adulto responsável pela sobrevivência (ANDRADE, 2014, p.47). Ao que se observa, as crianças e adolescentes em situação de rua não detêm do acesso aos direitos básicos, individuais, sociais como forma de efetivação do mínimo existencial e da dignidade humana.

> A ordem constitucional brasileira, garantidora do princípio da dignidade humana e da doutrina da Proteção Integral à Criança, estatuída em 1988, passa a exigir a revisão de muitas práticas consolidadas ao longo do tempo, embasadas no não reconhecimento de direitos à população infanto-juvenil. O Melhor Interesse da Criança rechaça a velha prática de inquirir a vítima de violência sexual intrafamiliar, em face das consequências nefastas que acarreta ao desenvolvimento físico, social e psíquico da criança, considerada, pela lei, pessoa em fase especial de desenvolvimento (AZAMBUJA, 2009, p.27-28).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como pressuposto efetivar a proteção máxima dos direitos mais básicos ao ser humano. Sob a ótica da dimensão material da igualdade, resta implícito o direito das crianças e dos adolescentes de terem respeitada sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (MARQUES, 2011, s.p.). No que tange a respeito da dignidade humana, a ideia fundamental é de garantir o cumprimento das

necessidades vitais de cada indivíduo, em suas particularidades, visto que cada pessoa detém do seu valor intrínseco.

Salienta analisar que, a respeito das crianças e dos adolescentes em situação de rua, há uma forte relação com a inercia do bom convívio familiar e as relações afetivas entre os pais e as crianças e adolescentes, e desse modo, desencadeando um mal desenvolvimento humano desses indivíduos, acarretam a vulnerabilidade e dificuldade relacionada a sobrevivência humana. A fragilidade das crianças e dos adolescentes é pressuposta, vez que são pessoas ainda em formação, assim, o Princípio da Proteção Integral busca proteger esta parcela da população, conferindo direitos e privilégios (LUZ, 2018, s.p.).

Dessa forma, entende-se que a proteção integral está intimamente relacionada ao abrigo, a defesa, o amparo e o cuidado de forma integram as crianças e aos adolescentes, garantindo a proteção máxima e o seu desenvolvimento como pessoas humanas.

> A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (CURY, *et al*., 2002, p. 21).

Assim, a proteção integral está relacionada ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de toda criança e adolescente em crescimento. No campo formal a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada, porém o grande desafio é torná-la real, efetiva, palpável (MAIA, 2010, s.p.). Desse modo, esse princípio busca salvaguardar toda criança e adolescente de qualquer tipo de discriminação e violência.

Nesse sentido, entende-se na busca pelo mínimo existencial e a sobrevivência, as crianças e adolescentes acabam em situações de rua, visto que inúmeras das vezes encontram-se fragilizados fisicamente, psicologicamente e afetivamente, bem como sem moradia e sustento. O ECRIAD é instrumento político-normativo que ainda precisa de base concreta para efetuar uma política pública que garanta a proteção integral e faça tornar realidade o Sistema de Garantia de Direitos por ele preconizado (ARANTES, 2009, p.16). E desse modo, destaca-se que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e assim deve ocorrer a efetivação dessas garantias fundamentais por parte da família, da sociedade e do Estado, como forma de proteção máxima.

As políticas, portanto, devem-se voltar para a análise da atenção as necessidades individuais e promoção dos direitos coletivos desta população (MALFITANO; ADORNO, 2006, s.p.). Assim, compreende-se que as crianças e adolescentes são prioridades absolutas, devendo sempre buscar a efetivação do respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É cediço observar que a solidariedade, o amor e a valorização da família são características essenciais e garantidoras do bem-estar das crianças e de adolescentes, proporcionando o mínimo existencial a estes, a proteção integral e a dignidade humana. Assim, analisa-se a criança e o adolescente como sujeito de direitos comuns a todos indivíduos e direitos especiais decorrentes da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento físico e mental (LUZ, 2018, s.p.).

Portanto, busca-se efetivar a dignidade, o direito à vida e a condição do mínimo existencial as crianças e adolescentes em situação de rua, buscando uma proteção por parte do Estado, das famílias e da sociedade, de forma absoluta, garantindo a estes indivíduos o pleno desenvolvimento como pessoa humana.

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

É importante destacar que a busca pela proteção integral à criança e ao adolescente se tornou uma questão de extrema importância, vinculada a sua dignidade humana, ao direito a vida e ao mínimo existencial como sujeito de direitos. Para Mendes (2006, p.11), "a criança e ao adolescente sempre foram alvos de grandes discriminações por parte de toda a sociedade, a qual não se preocupava em respeitá-los, ou entendê-los, desconhecendo o fato de serem pessoas em desenvolvimento"

Durante a fase imperial, tem início a preocupação com os infratores, menores ou maiores, e a política repressiva era fundada no temor ante a crueldade das penas (SILVA JUNIOR, 2017, s.p.).

> Os primeiros vestígios a respeito do sentimento da infância ocorreram no final do século XVI e, sobretudo no século XVII, mas de uma forma tênue e desastrosa. A criança pequena era tratada como o centro de todas as atenções e tudo lhe era permitido. Contudo, já por volta dos sete anos de idade, ela passava a ser cobrada por meio de uma postura diferenciada, com as responsabilidades e deveres de uma pessoa adulta (ALBERTON, 2005, s.p.).

Desse modo, para Kaminski (2012, p.04), "essa desvalorização da infância e o consequente descaso e até mesmo violência com que foram tratadas as crianças brasileiras é fruto de uma herança histórica e cultural europeia, que não via na criança ou no adolescente um sujeito". Ainda no século XVII, surgiram os castigos, a punição física, os espancamentos com chicotes, ferros e paus, com o pretexto de que as crianças precisavam ser afastadas de más influências, bem como deveriam ser moldadas conforme o desejo dos adultos (ROBERTI JUNIOR, 2012, p.04).

> Até o final do século XIX [...], a criança foi vista como um instrumento de poder e de domínio exclusivo da Igreja. Somente no início do século XX, a medicina, a psiquiatria, o direito e a pedagogia contribuem para a formação de uma nova mentalidade de atendimento à criança, abrindo espaços para uma concepção de reeducação, baseada não somente nas concepções religiosas, mas também científicas." (DAY *et al.*, 2003 apud BARROS, 2005, p. 71).

Os primeiros registros de inclusão dessa categoria na legislação brasileira datam de 1830, com a elaboração do primeiro código criminal do Império do Brasil, porém, fazia referência apenas às questões criminais (KAMINSKI, 2012, p.04) Nesse entendimento, Liberati (2002, p.28), aborda que "pelo Código Criminal do Império, os menores de 14 anos estavam isentos da imputabilidade pelos atos considerados criminosos por eles praticados".

> Sem acesso à educação as crianças e adolescentes pobres não tinham muitas opções: ou se submetiam ao trabalho nas indústrias onde estavam sujeitos a acidentes ou mesmo aos maus tratos impostos como forma de garantir obediência e trabalho, ou buscavam outras formas de sobreviver. Àqueles que não conseguiam trabalho ou que não suportavam o ambiente hostil das fábricas restava perambular pelas ruas em busca de pequenos trabalhos informais ou a pedir esmolas, sendo então classificados como vadios e sujeitos à prisão e ao encaminhamento às instituições que lhes ensinariam o valor do trabalho (KAMINSKI, 2012, p.05-06).

Em 1830, foi promulgado o Código Criminal do Império que optou o critério psicológico, ou teoria do discernimento, com a finalidade de determinar imputabilidade penal (MELO, 2019, s.p.). Liberati (2002, p.28) aborda que, neste Código, "os infratores que tinham menos de 14 anos e que apresentassem discernimento sobre o ato cometido eram recolhidos às Casas de Correção, até que completassem 17 anos".

> Os Códigos Criminal do Império e o Penal da República adotaram a teoria do "discernimento" que foi alvo de muitas críticas, pois eram poucas as Casas de Correção e Instituições Disciplinares Industriais, podendo se dizer assim que só existiam no papel, que no final era o encaminhamento desses menores às prisões comuns junto aos adultos, um ambiente abominável (MELO, 2019, s.p.).

As desigualdades sociais e suas formas de expressão não eram tratadas como casos de política, mas como casos de polícia, criminalizando a pobreza o estado contribuía para seu agravamento sem propor ações efetivas à questão social (KAMINSKI, 2012, p.07). Aos indivíduos entre 14 e 17 anos, estariam os menores sujeitos à pena de cumplicidade (2/3 do que cabia ao adulto infrator) e os maiores de 17 e menores de 21 anos gozavam de atenuante da menoridade (LIBERATI, 2002, p. 28). Kawinski (2012, p.05), ainda, ressalta que "no período que compreende o final do século XIX e as duas primeiras décadas do século XX foram poucas e excludentes as ações voltadas às crianças e adolescentes, especialmente àquelas de famílias pobres". Além disso, em complemento,

> Com uma visão discriminatória e ações essencialmente punitivas, sem que houvesse, por parte das entidades executoras uma estrutura diferenciada dos adultos para seu atendimento, somente em 1902, com bases na necessidade de adaptar as formas de atendimento ao código penal de 1890, foi criado o primeiro Instituto Disciplinar destinado ao atendimento aos menores, uma colônia correcional que recebia os jovens que houvessem cometido algum tipo de crime, no qual eram separados e classificados pela idade ou motivo da internação (KAMINSKI, 2012, p.02).

Até o ano de 1920, a punição às condutas delituosas de crianças e adolescentes estaria sujeita a legislação penal de acordo com o código penal de 1890, que pouco diferenciava dos adultos no que se refere ao cumprimento de penas (KAMINSKI, 2012, p.07). Destarte, Santos (2013, p.07-08), "consta que, em 1923, ocorre o surgimento do Juízo de

Menores do Brasil, tendo como titular o magistrado José Candido Albuquerque Mello Mattos, e diante disso, fora o 1º Código de Menores denominado de Código de Mello Mattos".

O Código de Mello Mattos sintetizou leis e decretos que se propunham a aprovar um mecanismo legal que conferisse atenção especial à criança e ao adolescente, passando a assumir a assistência ao menor de idade, sob a perspectiva educacional (VERONESE, 1999, p. 26-27).

> Não se pode negar a importância do Código de Menores de 1927, haja vista ser um dos primeiros diplomas normativos na busca por proteger os menores infratores, mesmo que sem êxito, de maneira que os esforços de Mello Mattos em criar medidas visando à retirada do menor da corrupção moral e social buscando alternativas para reeducar e oferecer melhores condições de vida às crianças e adolescentes delinquentes e abandonados, não deixavam de ter uma visão de castigar o menor, ou a retribuição pelo mal que causou à sociedade através do ato delituoso por vários fatores (MELO, 2019, s.p.).

Vale salientar que o termo "menor" foi utilizado por esse 1º Código de Menores para se referir àqueles que se enquadravam em situações de cometimento de infração penal e de carência e abandono moral ou/e material (SANTOS, 2013, p.08). Com o código de Mello Mattos valeu como abertura do tratamento específico à criança adequada à época, em que a preocupação era com seu estado físico, moral, mental, psicológico dentro da situação social e econômica (MELO, 2019, s.p.). No período compreendido entre 1930 e 1945, cresce o centralismo do Estado assistencialista, denominado Estado Novo, especialmente a organização dos serviços públicos de atendimento (PAES, 2013, s.p.)

> Acrescenta-se que, o Código de Mello Mattos abandonou o caráter de filantrópico exercido pela Irmandade da Santa casa, o caráter repressivo demonstrado no livro V das Ordenações Filipinas e a pequena demonstração de assistencialismo do Código Criminal de 1830, bem como, não era aplicado para todas as crianças em geral, mas somente àquelas que estavam em situação irregular (SANTOS, 2013, p.08).

Até 1935, os menores abandonados e infratores eram, indistintamente, apreendidos nas ruas e levados a abrigos de triagem. Em 1940, se edita o atual Código Penal Brasileiro, onde a idade para a imputabilidade penal se define aos 18 anos (PAES, 2013, s.p.). Dessa forma, Liberati (2002, p.31), afirma que, "o advento do Código Penal de 1940 alterou o Código de Menores de 1927, determinando a responsabilidade penal aos 18 anos". Com a criação do Código Penal de 1940, vigente até os dias de hoje, a responsabilização penal foi estabelecida a partir dos 18 anos de idade (SANTOS, 2013, p.09).

> O Estado assume o protagonismo como responsável legal pela tutela da criança órfã e abandonada. A criança desamparada, nesta fase, fica institucionalizada, e recebe orientação e oportunidade para trabalhar. Instituía a grande legislação, assim, a primeira estrutura de proteção aos menores, com a definição ideal para os Juizados e Conselhos de Assistência, trazendo clara a primeira orientação para que a questão fosse tratada sob enfoque multidisciplinar (PAES, 2013, s.p.).

O Serviço Social passa a integrar programas de bem-estar, desenvolvendo atividades de amparo aos menores desvalidos e infratores, sendo criado então, em 1941, o Serviço de Assistência ao Menor (SAM) (SILVA JUNIOR, 2017, s.p.). A partir da década de 1960, o crescente aumento das críticas ao sistema de atendimento, principalmente, em relação ao caráter violento e pouco resolutivo do SAM deu início a um processo de reordenamento da política de atendimento (SARAIVA, 2010, s.p.). Desse modo, Wilson Liberati (2002, p.60) aborda que o SAM tinha como pressuposto,

> Amparar, socialmente, os menores carentes abandonados e infratores, centralizando a execução de uma política de atendimento, de caráter corretivo-repressivo-assistencial em todo território nacional. Na verdade, o SAM foi criado, para cumprir as medidas aplicadas aos infratores pelo juiz, tornando-se mais uma administradora de instituições do que, de fato, uma política de atendimento ao infrator (LIBERATI, 2002, p.60)

A ideia desse serviço era a retirada de crianças e adolescentes das ruas e colocá-los em regime de internato com quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais (SILVA JUNIOR, 2017, s.p.). Ocorreu em 1960 à criação da Fundação Nacional de Bem Estar do Menor - FUNABEM e as Fundações Estaduais de Bem Estar do Menor – FEBEM, com o objetivo de mudar a imagem violenta associada ao SAM, mas como o incorporou suas estruturas e equipes, manteve também seus vícios (SARAIVA, 2010, s.p.).

> A legislação social e as políticas públicas para infância e adolescência no Brasil, historicamente, apresentam traços marcadamente elitistas e discriminatórios, frutos da herança cultural europeia transportada ao país juntamente com os primeiros navios de colonizadores portugueses (KAMINSKI, 2012, p.02).

Surgindo o Novo Código de Menores de 1979 com intenções mais voltadas à vida do menor, tratando-o como ciência completamente independente, desvinculado da ideia do Direito Penal do Menor (MELO, 2019, s.p.). Roberti Junior (2012, p.08), afirma que, "o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79) era voltado para a assistência, proteção e vigilância, fazendo que esse código vigorasse no Brasil, fundamentado na doutrina da situação irregular do menor".

O Código de Menores de 1979 era uma revisão do Código de 1927 e também estipulava a intervenção estatal sobre os menores que estivessem em situação irregular e demonstrava uma sutil evolução em relação às legislações pioneiras (SANTOS, 2013, p.10).

> Na década de 80, a busca pela democracia tornou-se mais concreta e frequente com o advento da Constituição de 1988, que deu maior ênfase no que diz respeito à proteção e à garantia dos direitos da criança e do adolescente, tirando a responsabilidade plena do Estado e atribuindo-a também à família e à sociedade (OLIVEIRA, 2017, p.13).

O Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79) era voltado para a assistência, proteção e vigilância, fazendo que esse código vigorasse no Brasil, fundamentado na doutrina da situação irregular do menor (ROBERTI JUNIOR, 2012, p.08). Ademais, Paes frisa que

> O Código de Menores de 1979 estabelecia o princípio de destituição do pátrio poder baseado no estado de abandono, através da sentença de abandono, possibilitou ao Estado recolher crianças e jovens em situação irregular e condená-los ao internato até a maioridade. (PAES, 2013, s.p.)

Destarte, o Código de Menores de 1979, Lei nº 6.679/79, vigorou no Brasil objetivando a proteção e a assistência da criança e do adolescente (OLIVEIRA, 2017, p.12). Nesse entendimento, Leite (2005, p.12), parte de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979, no qual aduz que as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e a juventude,

> Sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (I) uma vez constatada a situação irregular, o menor passava a ser objeto de tutela do Estado; e (II) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era

> considerado menor em situação irregular, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do menor no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bemestar do Menor (LEITE, 2005, p.13).

Com o passar dos anos, o Código de Menores, em determinado momento, tornara-se insuficiente, frente à realidade modificada (PAES, 2013, s.p.) Para Roberti Junior (2012, p.07), "o primeiro grande marco à proteção social da criança e do adolescente foi na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, documento que ditou as bases para o estabelecimento da doutrina da proteção integral". Na data de 20 de novembro de 1959, foi celebrada a Declaração dos Direitos da Criança, que se baseou nos princípios trazidos pela Carta das Nações Unidas (SANTOS, 2013, p.04).

O Princípio 2 da Declaração do Direito da Criança (ONU, 1959) traz a importância do melhor interesse para a criança e para o adolescente, no que diz, "a criança tem o direito de ser compreendida e protegida, e devem ter oportunidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade". Para Mendes (2006, p.30), a formação da criança e do adolescente se dá "através do convívio familiar harmonioso, dos estudos adequados, das relações com a comunidade, com a participação efetiva do poder público no auxílio das obrigações, fornecendo escolas, saúde, segurança, esportes, lazer, etc.".

A Declaração do Direito da Criança de 1959 ressalta, em seu princípio sexto, a importância do direito da criança frente a sociedade e o Estado, no que diz,

> Princípio 6. A criança tem direito ao amor e à compreensão, e deve crescer, sempre que possível, sob a proteção dos pais, num ambiente de afeto e de segurança moral e material para desenvolver a sua personalidade. A sociedade e as autoridades públicas devem propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de

> subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas (ONU, 1959).

A Constituição Federal Brasileira, estabeleceu direitos fundamentais para Crianças e Adolescentes, dando-lhes todas as garantias e prioridades necessárias àqueles em desenvolvimento, dando uma proteção plena (MENDES, 2006, p.24). Soares (2017, s.p.), aduz que "no Brasil, a Constituição Federal de 1988, seguindo o parâmetro internacional, adotou a Doutrina da Proteção Integral, consistente na valorização das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos". O artigo 227 da Constituição Federal de 1988, traz em sua redação a proteção integral da criança e do adolescente, e aduz que,

> 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 (BRASIL, 1988).

O Código de Menores era uso meramente "judicial", enquanto o Estatuto é uma lei "pedagógica", civilizatória, assim, houve mudança e conteúdo, método, gestão (MATOS, 2016, p.15). A interpretação do Estatuto deve ser feita sempre em benefício das crianças e dos adolescentes, havendo a prevalência dos seus interesses, no que diz respeito as condições peculiares de pessoas, ainda em desenvolvimento (MENDES, 2006, p.11).

> No rol dos direitos afetos á Criança e ao Adolescente destacamos o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, todos, extremamente necessários para o desenvolvimento da Criança e do Adolescente (MENDES, 2006, p.12).

A fim de viabilizar a Doutrina da Proteção Integral e regulamentar os preceitos constitucionais relativos à proteção da criança e do adolescente, foi criado, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD), através da Lei nº 8.069/90 (SOARES, 2017, s.p.).

> Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. (BRASIL, 1990).

Psíquica e mentalmente as crianças e os adolescentes necessitam da participação dos pais, da comunidade, da sociedade e do próprio poder público, para que possam formar seu caráter (MENDES, 2006, p.27).

> Ao Estatuto da Criança e do Adolescente depende de uma transformação cultural, onde todos os envolvidos não mais verão os menores como objetivos, mas sim, como pessoas em condições peculiares de desenvolvimento, o que implicará em uma grande resistência, uma vez que é sabido que as transformações culturais não ocorrem pelas simples edições de normas jurídicas, mas sim, pelas mudanças de hábitos e costumes, quase sempre, lentamente, e através das gerações (MENDES, 2006, p.12)

Soares (2017, s.p.) afirma que "O Estatuto visou diferenciar-se do aspecto punitivo estabelecido nas legislações menoristas anteriores, refletindo uma série de direitos às crianças e adolescentes, e formas de garanti-los". O Estatuto da Criança e do Adolescente se transformou no grande instrumento de mudanças, colocando a criança e ao adolescente em um lugar de destaque e protegido, equilibrando, desta forma os conflitos existentes (MENDES, 2006, p.30).

> O Estatuto da Criança e do Adolescente não fala mais em "menor" e sim em "criança e adolescente", também não se fala mais em "infração penal", utiliza-se o termo "ato infracional" e, por último, o Juiz não é mais a única autoridade competente para atuar perante a prática de um ato infracional, o Conselho Tutelar é a nova autoridade administrativa que tem atribuição de se dedicar ao atendimento da criança e do adolescente (MATOS, 2016, p.15).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) institui 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 (JESUS, 2006, p. 65). Para Mendes (2006, p.36), "a intenção do Estatuto da Criança e do Adolescente foi conferir ao menor, de forma integral, todas as condições para que o mesmo possa desenvolver-se plenamente, evitando-se com isso que haja alguma deficiência em sua formação".

> O Estatuto substitui o antigo Código de Menores (Lei nº 6.697/79) e a sua doutrina da situação irregular, mas fundamentalmente foi uma resposta aos movimentos da sociedade que pendiam uma nova política de atendimento às crianças e aos adolescentes que não se baseassem no assistencialismo nem na repressão herdada da época da Funabem e ratificada pelo Código de Menores (JESUS, 2006, p.65).

No que tange a respeito do Estatuto da Criança e do Adolescente, Bitencourt (2009, p. 40), afirma que "criou os Conselhos de direitos em âmbito nacional, estadual e municipal que passam a ser o canal de participação e envolvimento conjunto do Estado e da Sociedade na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes". O art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, traz a redação que diz, "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 integra" (BRASIL, 1990).

> O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) institui a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, considerando criança a pessoa com até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos fixando-lhes os direitos e os deveres e prevendo as medidas aplicáveis àqueles que afrontem os seus preceitos legais. O Estatuto substituiu o antigo Código de Menores (Lei 6697/790 e a sua doutrina da situação irregular, mas fundamentalmente foi uma resposta aos movimentos da sociedade que pediam uma nova política de atendimento às crianças e aos adolescentes que não se baseasse no assistencialismo nem na repressão herdada da época da Funabem e ratificada pelo Código de Menores (JESUS, 2006, p.13)

Ademais, os Conselhos Tutelares atuam no caso de violação dos direitos individuais das crianças e adolescentes, que se encontram em situação de risco (BITENCOURT, 2009, p.40). Nesse entendimento, Kawinski (2012, p.02) afirma que "o Estatuto abandonou a ideia dos códigos anteriores de atendimento ao menor e incorporou os princípios de igualdade e universalidade já enunciados na declaração universal dos direitos da criança de 1959".

> Os Direitos da Criança e do Adolescente encontram fundamento jurídico essencial na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas Convenções Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos (OLIVEIRA, 2017, p.14).

Fundamentalmente enfatiza-se que o Estatuto da criança e do adolescente, nasceu a partir da experiência de indignação nacional junto com o apelo de normativas internacionais a favor das crianças e adolescentes (ROBERTI JUNIOR, 2012, p.12). Para

Andrade, Carvalho e Pereira (2016, p.02), "avanços no campo do conhecimento científico comprovam o quanto as crianças e adolescentes precisam de cuidados, atenção e orientações específicas".

> A trajetória da criança, no que concerne à sua história vem despertando na sociedade, por um lado um sentimento de reparação, de reflexão quanto às atitudes a serem tomadas frente à infância, por outro, vem impregnado de uma noção de continuidade, agora de uma forma mais violenta e intimamente ligada não só aos aspectos físicos, mas principalmente à dimensão humana que incorpora o ser humano como um todo: sentimentos, relação familiar e aspectos cognitivos (ANDRADE; CARVALHO; PEREIRA, 2016, p.02-03).

Para Oliveira (2017, p.02), "a existência de um sistema protetivo pouco eficaz passou, ao longo do tempo, a ser motivo de preocupação para a população mundial, que via o índice de crianças e adolescentes abandonados e explorados aumentar cada vez mais". Entretanto, o Estado não tem conseguido, a contento, oferecer à população e em especial à criança carente condições de sobrevivência e manutenção da vida (ANDRADE; CARVALHO; PEREIRA, 2016, p.03).

Por meio de tratados e convenções, tem-se buscado fazer que os direitos infanto-juvenis tenham efetivo exercício, além disso, os governos têm adotado políticas que visam trazer proteção à criança e ao adolescente na sociedade (ROBERTI JUNIOR, 2012, p.02). Garantindo, desta forma, o cumprimento da dignidade humana como princípio basilar existencial a vida das crianças e adolescentes em situação de rua.

Os direitos da criança e do adolescente ganham cada vez mais espaço na sociedade contemporânea, por longo período, esses direitos mantiveram-se quase que inexistentes, com pouca inserção no cenário jurídico mundial. (OLIVEIRA, 2017, p.02). Contudo, resta

analisar o mínimo existencial e a efetivação da proteção integral das crianças e adolescentes, proporcionando a qualidade de vida digna e o direito à vida.

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A metodologia empregada será uma abordagem dedutiva e qualitativa. Dessa forma, a construção do presente texto ocorrerá por meio de um estudo exploratório de bibliografias pertinentes a temática explanada, sendo capaz de elucidar esclarecimentos acerca dos direitos das crianças e dos adolescentes em situação de rua e da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

Como técnicas de pesquisa, o presente texto partirá de uma análise através da revisão de literatura, sob o formato sistemático, bem como por meio de pesquisas bibliográficas em sites como Google e Scielo, e dessa forma, elucidar possíveis entendimentos respaldados em ideias e informações relevantes ao recorte que se expõe a temática.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

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

ANDRADE, Amanda Maria Vieira; CARVALHO, Galena Melo Freire de; PEREIRA, Rosana Santos. **História da criança e sua importância na sociedade: dos primórdios da Idade Média aos dias atuais.** Disponível em: <https://portal.fslf.edu.br/wp-content/uploads/2016/12/TCC_Amanda_Galena_e_Rosana.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

ANDRADE, Fábio Santos. **Crianças e adolescentes em situação de rua:** ocupação e domínio do espaço público urbano. 158f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, 2014. Disponível em: <https://www1.ufmt.br/ufmt/unidade/userfiles/publicacoes/d97ae06461a6b627218ade3a6465aa78.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção versus autonomia ? *In*: **Psicol. clin.**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, pág. 431-450, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0>. Acesso em 10 nov. 2020.

AZAMBUJA, M. R. F. Violência sexual intrafamiliar: interfaces com a convivência familiar, a oitiva da criança e a prova da materialidade. *In*: **Revista dos Tribunais,** Rio de Janeiro, n. 852, p. 424- 446, 2006. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/22943>. Acesso em 10 nov. 2020.

BARROS, Nivia Valença. **Violência intrafamiliar contra criança e adolescente.** Trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social. 248f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=6501@1 >. Acesso em: 02 out. 2011.

BITENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar:** Por uma Política Pública de Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL, **Lei Nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho

de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto Da Criança E Do Adolescente anotado**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mônica Araújo. PEREIRA, Maria Lucia Duarte. Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas. *In*: **Ciênc. saúde coletiva,** Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 357-363, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232005000200013&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 26 set. 2020

GONTIJO, Daniela Tavares; MEDEIROS, Marcelo. Crianças e adolescentes em situação de rua: contribuições para a compreensão dos processos de vulnerabilidade e desfiliação social. *In*: **Ciênc. saúde coletiva,** Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 467-475, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 set. 2020.

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

KAMINSKI, J. Menores e crianças: uma breve análise da história da infância e adolescência no Brasil. *In*: **Akrópolis**, Umuarama, v. 20, n. 2, p. 81-92, abr.-jun. 2012. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/download/4644/2767>. Acesso em: 30 out. 2020.

LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. Juizado da Infância e da Juventude. *In*: **Juizado da Infância e da Juventude,** Porto Alegre, v. 02, n. 05, mar., p. 12, 2005. Disponível em: <https://jij.tjrs.jus.br/doc/artigos/edicao-05.pdf>. Acesso em 10 nov. 2020.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato Infracional** - medida socioeducativa e pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. **Crianças e adolescentes em situação de rua:** propostas pedagógicas como instrumento de materialização do direito ao

desenvolvimento. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3e8b5e0becdbfb1>. Acesso em: 28 set. 2020.

LUZ, Amanda Louise Ribeiro da. A aplicabilidade do princípio da proteção integral no procedimento infracional. *In*: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 23, n. 5486, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66600>. Acesso em: 28 set. 2020.

MALFITANO, Ana Paula Serrata; ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. Infância, juventude e vivências nas ruas: entre o imaginário da instituição e do direito. *In*: **Imaginário**, São Paulo, v. 12, n. 12, p. 15-33, jun. 2006. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-666X2006000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

MAIA, Cristiana Campos Mamede. Proteção e direitos da criança e do adolescente. *In*: **Conjur,** portal eletrônico de informações, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-abr-08/doutrina-protecao-integral-direitos-crianca-adolescente>. Acesso em: 28 set. 2020.

MARQUES, Jacqueline Bittencourt. A absoluta prioridade da criança e do adolescente sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. *In*: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 16, n. 2837, 8 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18861>. Acesso em: 28 set. 2020.

MATOS, Guilherme Caetano de. **A evolução do estatuto da criança e do adolescente:** medidas protetivas e socioeducativas aplicadas ao menor. 38f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade Instituto do Brasil, Anápolis, 2016. Disponível em: <http://fibra.edu.br/wp-content/uploads/2017/08/TCC-Direito-GUILHERME-DE-MATOS.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

MELO, Malena Guerra Fortunato de. Da legislação protetiva da criança e do adolescente. *In*: **Direitonet,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10757/Da-legislacao-protetiva-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 25 out. 2020

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90**. 183f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

OLIVEIRA, Thalissa Corrêa. Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista Interdisciplinar de Direito,** v. 10, n. 2, 2017. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/173>. Acesso em: 29 out. 2020.

ONU, Organização Das Nações Unidas. **Declaração dos direitos da criança**. Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 25 out. 2020.

PAES, Janiere Portela Leite. O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos. *In*: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35183/o-codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-avancos-e-retrocessos. Acesso em: 29 out 2020.

RIZZINI, Irene; COUTO, Renata Mena Brasil do. População infantil e adolescente nas ruas: Principais temas de pesquisa no Brasil. *In*: **Civitas:** Rev. Ciênc. Soc., Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 105-122, abr. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892019000100105&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 set. 2020.

ROBERTI JUNIOR, João Paulo. Evolução jurídica do direito da criança e do adolescente no Brasil. *In*: **Revista da UNIFEBE,** v. 1, n. 10, jan.-jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/7/0. >. Acesso em: 28 out. 2020.

SANTOS, Ana Flávia Bertone dos. **Evolução histórica das legislações de defesa dos direitos da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/3255/3004 >. Acesso em: 27 out. 2020.

SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei:** da indiferença à proteção integral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA JUNIOR, José Custódio da. Evolução dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes**.** *In:* **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, a. 2, v. 13, p. 61-74, jan. 2017. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/evolucao-dos-direitos>. Acesso em: 27 out. 2020

SOARES, Juliana de Sousa. A proteção social e jurídica dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no Brasil. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55419/a-protecao-social-e-juridica-dos-direitos-fundamentais-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil>. Acesso em: 27 out. 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

WEBER, Mara Aparecida Lissarassa; GUZZO, Raquel Souza Lobo. Dignidade e educação infantil: visão de pais e educadores. *In*: **Temas psicol.**, Ribeirão Preto, v. 20, n. 2, p. 385-398, dez. 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2012000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

*COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":*
Qualificação do Projeto de TCC
Curso de Direito
Faculdade Metropolitana São Carlos

# O LADO OBSCURO DA MENTE HUMANA NO DIREITO: RUÍDOS E EMPECILHOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM RELAÇÃO À FIGURA DO "PREDADOR SEXUAL"

Marcos de Aguiar Antonio Junior

## 1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento das cidades e da vida em sociedade, alguns indivíduos que nela coabitavam fugiam do patrão cultural/moral estabelecido. Apresentando condutas criminosas, ao qual, levava esse sujeito a cometer crimes violentos, como homicídio, roubo, estelionatos, fraudes etc. Diante de um crescimento exponencial da criminalidade, busca-se intender os fatores que levavam esse indivíduo a cometer crimes. Ao lado do exposto, as primeiras menções sobre as loucuras da mente humana, e os fatores psicológicos que provocavam o desvio de conduta/personalidade dessa pessoa.

Os conceitos da *psique* humana passaram por diferentes etapas, passando desde conceitos religiosos, com a presença de uma forte crença no místico e nas forças sobrenaturais que provocavam as loucuras e as melancolias. Bem como, as primeiras menções que correlacionavam tal condição como sendo um fator biológico, surgindo conceitos não mais teológicos, e sim, uma análise cientifica. Este trabalho visa apresentar as diferentes formas e abordagem da loucura da mente humana apresentada ao longo da história, e os diferentes meios de diagnóstico, tratamento, bem como, as evoluções conceituais sobre a figura do psicopata.

## 2 TEMA

O lado obscuro da mente humana no Direito: Ruídos e empecilhos na aplicação do Direito Penal brasileiro em relação à figura do "Predador Sexual".

## 3 PROBLEMÁTICA

A falta de uma diferenciação do predador sexual, com relação à tipificação penal aludida no artigo 26 do Código Penal, não prejudica na aplicação da pena no caso concreto?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Abordar a falta de uma distinção do predador sexual no Código Penal brasileiro, bem como, a ausência de uma tipificação penal própria.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Analisar os diferentes tipos de tratamentos da loucura na história.
- Abordar sobre o tratamento da figura da psicopatia.
- Discorrer acerca do tratamento da questão da psicopatia no direito brasileiro.

## 5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: A distinção da conduta estipulada no artigo 26 do Código Penal, com relação ao predador sexual possibilitaria uma nova tipificação penal, e consequentemente uma maior efetivação do Direito.
- Hipótese 02: A falta da distinção da tipificação penal deixa falhas, lacunas na Lei, fazendo com que o Direito não alcance seu objetivo/fim na aplicação da pena.

## 6 JUSTIFICATIVA

Os transtornos de conduta/personalidade são algo vivenciado a séculos, sendo manifestado de forma corriqueiramente no dia a dia. Esses indivíduos vêm sendo estudado e analisados, passando por diferentes tipos de diagnóstico e tratamento. O termo "psicopata", normalmente utilizado para descrever sujeitos com a presença de uma pré-disposição para matar, ou seja, cometer atos ilícitos, podendo em alguns casos o ato criminoso ser praticado com um alto requinte de crueldade (OLIVEIRA, 2017). Assim, diante do constante crescimento de crimes violentos, fez-se com que, os estudiosos buscassem entender melhor o comportamento apresentado nesse indivíduo, surgindo estudos psicológicos, psiquiátricos e psicanalíticos, aprofundando mais sobre o assunto, que, até então, era pouco explorado. (OLIVEIRA, 2017)

O advento dos estudos teve início entre os séculos XIX e XX, ganhando mais relevância e tendo um avanço considerável com relação aos estudos da *psique* humana (OLIVERIA, 2017). O psicopata e o sociopata apresentam o mesmo tipo de transtorno de

personalidade, que seria o transtorno de personalidade antissocial (TPAS), contudo, a diferença está no grau em que a doença se manifesta. Um estudo realizado em Minnesota, sobre "gêmeos criados separadamente", elaborado pelo professor de psicologia Thomas Joseph Bouchar Jr, mostrou que, 60% dos casos de psicopatia são hereditários, tal percentual indica que, traços psicopáticos estão mais associados ao DNA, do que à criação (DIFERENÇA, s.d).

Assim, a psicopatia seria uma condição inata, isto é, algo hereditário, o sujeito já nasce psicopata, uma espécie de "falha" genética, que desencadeia o mal funcionamento das funções cerebrais, sendo manifestado na sua emoção, empatia, moralidade etc. Por outro lado, a psicologia diz que, com o advento de um trauma na infância, o indivíduo pode desenvolver a psicopatia. (DIFERENÇA, s.d)

Já em relação aos sociopatas, o seu TPAS é desenvolvido ao longo do tempo, sendo ligado ao seu contado social e educacional em sociedade, ou seja, os fatos que cercam esse indivíduo influenciam no desenvolvimento do seu transtorno, portando, é uma condição adquirida ao longo da vida (PIMENTA, 2017). A figura do *serial killer* pode ser apresentada por alguns desses indivíduos e, em uma definição atual, "[...] *seriais killers consistem* em indivíduos que, durante um determinado espaço de tempo, cometem uma série de homicídios, em que sejam respeitados alguns dias de intervalo entre a consumação de um crime e outro [...]". (CRUZ; BARROSO, 2019, s.p)

A figura do *serial killer* pode ser dividida em 3 espécies diferentes, sendo eles, os mentalmente normais, os doentes mentais e os fronteiriços. Os *seriais killers* mentalmente normais não apresentam nenhum tipo de enfermidade mental, matando por profissão, uma espécie de "assassino de aluguel" (PIMENTEL, 2019). Já o *serial killer* doente mental pratica o ato em decorrência de surtos agressivos, sendo na maioria das vezes esquizofrênicos, podendo ter surtos psicóticos (PIMENTEL, 2019). Por fim, o *serial killer* fronteiriço tem o

transtorno da psicopatia, contudo, sua doença não é mental, e sim uma condição moral, que fica evidente na sua falta de senso ético, bem como na falta de afeto pelos outrem. Portanto, como acima aludido, eles são mentalmente saudáveis na sua condição mental. (PIMENTEL, 2019)

Neste contexto de abordagem, os predadores sexuais, também, apresentam características psicopatas, tendo transtornos de personalidade amoral e antissocial. Buscam atividades que aproximem de suas vítimas, sejam elas crianças, adolescentes ou adultos, atacando em situações de vulnerabilidade, ou após conseguirem a confiança da mesma (HUMBERTO, 2018). Agindo de forma diferente em cada situação, dependendo do seu ambiente social, cultural, bem como, o ambiente econômico ao qual está inserido, sendo articulados na hora de praticar os crimes, de forma silenciosa e sútil. (BUONOCORE, 2017).

Vale ressaltar, a diferença entre os predadores sexuais e os pedófilos, os predadores sexuais são frios, insensíveis e calculista, bem como, na maioria das vezes são casados ou estão em um relacionamento estável. Atacam vítimas em situação de vulnerabilidade, ou que estejam passando por alguma situação difícil, além disso, as suas vítimas costumam ser familiares, vizinhos, tal como, amigos ou colegas. São manipuladores e muito habilidosos em seduzir a vítima, tendo condutas sexuais anormais e desviante, em que, correlacionam a figura da mulher como um "objeto sexual" (BUONOCORE, 2017).

Já os pedófilos são sujeitos amigáveis e simpáticos, elegendo suas vítimas com base no ambiente ao qual frequentam, como casas de familiares, de amigos, igrejas, escolas, bem como, instituições de caridade e em atividades de lazer e esportes, ou seja, procuram ambientes em que tenham a presença de crianças, como parques, praias, orfanatos e etc. Os pedófilos costumam ser, na maioria das vezes profissionais bem sucedidos, que se aproveitam da fragilidade de crianças e adolescente e das necessidades familiar desse indivíduo. (BUONOCORE, 2017)

A escala de *Robert Hare,* é um teste usado para verificar os diferentes graus de psicopatia, bem como, avaliar o risco de uma reincidência criminal desse indivíduo, que demonstre traços de personalidade prototípicos de psicopatia (PIMENTA, 2017). Assim, o clínico entrevista o sujeito, sendo dividido em 20 perguntas, como a presença de comportamento sexual promíscuo, tal como, impulsividade. Cada critério tem um valor de 3 pontos, que vai de 0 a 40 pontos, se o sujeito tiver a soma de 30 pontos ou mais, é presumivelmente um psicopata (PIMENTA, 2017). No mundo todo, há uma incidência muito grande de *seriais killers*, estupradores, assassinos, estimando-se que a cada 1 a 3% da população do mundo apresenta algum desvio de conduta/personalidade que venha a desenvolver algum tipo de psicopatia. (MORANA, 2019)

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

A visão sobre a criminalidade teve diferentes vertentes ao longo do tempo, onde diversos ramos do saber como o direito, a medicina e a psicologia apresentaram estudos, conceitos ao qual, explicavam a sua origem, bem como, os diferentes tipos de distúrbios psicológicos. Ao lado disso, a evolução interpretativa das relações interpessoais desses indivíduos teve papel importante, para formular um diagnóstico preciso e uma melhor compreensão desse indivíduo portador de distúrbio psicopatológico. (CLARA, 2017)

As primeiras menções sobre as doenças da mente que provocavam transtornos mentais e distúrbios datam do período entre a antiguidade e a idade média. Em que, alguns filósofos e psiquiatras discutiam sobre esses indivíduos que vinham praticar atos "moralmente repugnantes" perante a sociedade. Havia uma discussão sobre a figura desse "psicopata", e se questionavam se esses indivíduos que praticavam atitudes "imorais" tinha a capacidade de na hora da ação compreender seus atos (CLARA, 2017).

O conceito sobre a loucura na antiguidade, tinha todo seu embasamento teórico no místico, ou seja, as loucuras e as melancolias (depressão) da mente humana estavam ligadas diretamente ao mundo místico/espiritual, de modo que, ser louco ou melancólico era visto como castigo divino. Várias histórias de reis e heróis de guerra que se afastavam dos deuses, ou que desaviavam e pôr consequência disso como punição ficavam loucos. (SANTOS, 2017).

A loucura seria uma espécie de desrazão, no qual provocava na pessoa a perde do controle da realidade física ou social, no qual levava o indivíduo a descumprir as normas, e vindo a cometer crimes como, homicídio, agressões e consequentemente delírios, que poderia resultar na própria morte do sujeito (CLARA, 2017). Todo o seu fundamento era mitológico, com a presença de crenças teológicas, podendo tal condição ser reversível, a partir do momento em que os "deuses" mudassem o seu humor, fazendo com que os delírios mentais, as loucuras da mente desaparecessem (CLARA, 2017).

Apesar de todo esse misticismo por trás da loucura, começa a surgir na Grécia conceitos com uma observação da natureza e difusão do conhecimento, surgindo a teoria humoral de Hipócrates, considerado o pai da medicina, em que, à vida seria um equilíbrio entre 4 aspectos de humores, sendo ela, a bile, a fleuma, o sangue e a bile negra. (SANTOS, 2017)

Tal desequilíbrio humoral acarretaria na doença, em que, cada um desses fluídos estaria ligado diretamente a um desses humor, sendo eles, fleumáticos, coléricos, sanguíneos e melancólicos. A bile negra seria o fator ao qual provocava a melancolia, tal teoria, embora simples, foi um salto na interpretação desses distúrbios mentais, pois começava a correlacionar a doença com os fatores biológicos, deixando o misticismo de lado (SANTOS, 2017). Os estudos mais profundos sobre a psique, os transtornos, distúrbios, e as doenças mentais tiveram seu início a partir do final do século XVIII e começo do século XIX,

tendo uma pesquisa mais aprofundada, que passou a classificar as anormalidades psíquica, bem como, as alienações mentais como sendo uma doença orgânica. (CLARA, 2017)

Os primeiros conceitos sobre a "psicopatia" surgiram dentro da medicina legal, onde os médicos observaram que, criminosos cruéis e agressivos não apresentavam sinais de insanidade. A tentativa de elaborar uma categoria, uma classificação da doença ao qual comportasse esse indivíduo, foi o ponto inicial da chamada tradição clínica de estudo da psicopatia (DIAS; TEIXEIRA; HAUCK, FILHO, 2009). Definir a psicopatia é algo complexo, uma vez que, o tema teve várias vertentes ao longo do tempo, permeando entre os conceitos científicos e do senso comum da sociedade, se estendendo entre duas classificações do conceito como sinônimos de "louco" ou "criminoso". A evolução do conceito científico da psicopatia passou por influencias dos aspectos morais, sociais, bem como, rótulos associados a comunidade cientifica. (SOEIRO; GONÇALVES, 2010)

A tradição clínica se embasou em estudos de casos de criminosos e de pacientes psiquiátricos, usando de entrevistas como fonte de dado para a discrição do fenômeno, usando das interpretações hermenêuticas clínica como meio para análise dos dados. Tal concepção trazida pela tradição clínica foi o marco principal para o desenvolvimento das principais ideias sobre a psicopatia (DIAS; TEIXEIRA; HAUCK, FILHO, 2009). O final do século XVIII e o início do século XIX foi o período ao qual teve uma grande mudança a respeito da insanidade/loucura, tendo uma maior visão sobre os transtornos e os distúrbios, sendo analisada todo um conjunto de fatos, presente no corpo e no organismo do indivíduo. (CLARA, 2017)

O médico francês Phillip Pinel foi considerado como sendo pioneiro no estudo da psicopatia, em suas análises ele observou que, alguns pacientes mesmo tendo a consciência da irracionalidade de seus atos, se envolviam em aspectos com a presença de violência, impulsividade e consequentemente a falta de remorso (CLARA, 2017). Um pré-conceito de

psicopatia no qual fora intitulado de "mania sem delírio", sendo usado para descrever aqueles sujeitos que praticavam ações atípicas e agressivas. Seu conceito científico sobre os padrões comportamentais foi uma visão mais próxima do que se tem hoje do aspecto conceitual da psicopatia (SOEIRO; GONÇALVES, 2010).

Já na visão do Benjamin Ruesch sobre a personalidade dos indivíduos que praticavam ato "antissociais" já no período da infância, como sendo portador de uma espécie de "estupidez moral" ou imbecilidade moral" (CLARA, 2017). O seu trabalho correlacionou a falta de sensibilidade dos psicopatas como sendo uma condição congênita, entretanto, não se aprofundou numa identificação dessa condição. (SOEIRO; GONÇALVES, 2010)

O psiquiatra inglês Pritchard se utiliza do termo "insanidade moral" para definir o sujeito ao qual a sua moral, princípios, tinham uma forte inclinação para a "perversão", como forma de indicar comportamento antissocial. Atribuindo a essa perturbação sob a influência do meio, em que, propunha como meio de intervenção na psicopatia, medidas ambientais que possibilitassem a esse indivíduo à integração a um ambiente adequado. Tal concepção, foi usada para a criação de escola para jovens que demonstravam comportamento social desviante. (SOEIRO; GONÇALVES, 2010)

Contudo, a denominação trazida pelo psiquiatra "insanidade moral", fora questionada, uma vez que, tal nomenclatura sugeria uma integração, ou seja, tinha a influência de outras anomalias psíquicas que não integravam a psicopatia. Assim, fez-se com que o termo "moral" fosse questionado por vários fatores sociais, desde da área jurídica e religiosa. (SOEIRO; GONÇALVES, 2010).

As escolas francesas de psiquiatria defendiam que, sujeitos identificados com psicopatia eram pessoas desequilibradas, correlacionando tal entendimento com base na diferença entre as características da psicopatia e da psicose, com base no estudo de Koch,

psiquiatra alemão. Konch aludia que, características da psicopatia seria identificada como sendo sentimentos chorosos, sonhadores, exaltados, entre outras coisas, sendo intitulado como "inferioridades psicopáticas" (CLARA, 2017). Ademais, definiu que, as anomalias de caráter em sua maioria, estaria ligado diretamente aos aspectos congênitos, ou ainda em decorrência dos aspectos resultantes de uma enfermidade psíquica. (SOEIRO; GONÇALVES, 2010).

O termo "psicopata" bem como o emprego da nomenclatura foi estabelecido após o trabalho do Hervey Clekey, na sua literatura chamada "A máscara da sanidade". Tal conceito apresentado na obra foi um fator decisivo na definição do conceito, em que, apresentava um retrato clínico sistemático da psicopatia, estabelecendo uma lista com 16 características para poder formular um diagnóstico desse individuo psicopata (DIAS; TEIXEIRA; HAUCK FILHO, 2009). Entretanto, o autor na obra não estabeleceu um número exato de características necessárias, para que esse indivíduo pudesse ser classificado como psicopata.

Contudo, tal concepção aludida por ele de forma clara foi de suma importância, uma vez que, houve a determinação de critérios que possibilitou deixar de forma mais clara a interpretação do construto (DIAS; TEIXEIRA; HAUCK FILHO, 2009). Para o autor, a causa principal presente no psicopata era a falta de uma resposta efetiva com relação a face de outrem, no qual, influenciava de forma direta na sua conduta antissocial. (SOEIRO; GONÇALVES, 2010).

Os critérios para que fosse classificado um psicopata eram 16, se baseando na presença de traços significativo de perturbação, observando os fatores da personalidade, em que, se salienta os aspectos interpessoais e afetivos desse indivíduo. Apesar de toda as discrições associadas ao psicopata ter tido sua origem através dos estudos de criminosos, as abordagens trazidas por Clekey procurou desvincular o seu conceito de psicopatia do crime em si, sendo destacado as características da personalidade, bem como, comportamento

atípico apresentado por esse sujeito declarado psicopata (DIAS; TEIXEIRA; HAUCK, FILHO, 2009).

As características listadas e trazida por Clekey são;

> (1) Encanto superficial e boa inteligência; (2) Inexistência de alucinações ou de outras manifestações de pensamento irracional; (3) Ausência de nervosismo ou de manifestações neuróticas; (4) Ser indigno de confiança; (5) Ser mentiroso e insincero; (6) Egocentrismo patológico e incapacidade para amar; (7) Pobreza geral nas principais relações afectivas; (8) Vida sexual impessoal, trivial e pouco integrada; (9) Ausência de sentimento de culpa ou de vergonha; (10) Perda específica da intuição; (11) Incapacidade para seguir qualquer plano de vida; (12) Ameaças de suicídio raramente cumpridas; (13) Raciocínio pobre e incapacidade para aprender com a experiência; (14) Comportamento fantasioso e pouco recomendável com ou sem ingestão de bebidas alcoólicas; (15) Incapacidade para responder na generalidade das relações interpessoais; (16) Exibição de comportamentos antissociais sem escrúpulos aparentes. (SOEIRO; GONÇALVES, 2010, s.p)

Com o crescimento da psicanálise e da fenomenologia do campo psiquiátrico trazido pelo ocidente na metade do século XX, todo aquele conceito de neurose germânicos que permeava entre o dito popular e as teorias psiquiátricas tiveram um declínio, em vista de um maior destaque dos fatores externos que influenciava na formação da subjetividade. De forma conjunta, o conceito de psicopatia se tornou estreito, sendo cada vez mais utilizado o termo antissocial, passando a predominar tal conceito (HENRIQUES, 2009).

Diante disso, a delimitação das análise clínica do psicopata como tendo uma personalidade antissocial, fora estabelecida através conceitos aludidos pelo autor, sendo o ponto de partida para a implementação dos estudos clínicos empíricos, sendo a base de todo um conjunto de investigação da personalidade, se tornando ponto de referência no que diz respeito a abordagem clínica (SOEIRO; GONÇALVES, 2010).

O termo "psicopatia" teve origem na palavra grega *psykhé*, que significa "mente" e *pathos* que significa "sofrimento", surgindo assim no século XIX na Alemanha a palavra *psychopatisch* (VAANBASKE, 2012). A psicopatia é um estado mental patológico, que causa desvio de caráter, sendo moldado ao longo do tempo, pois em alguns casos, tal desvio é manifestado na infância/adolescência, fazendo com que essa pessoa apresente comportamento antissocial agressivo, que é classificado como transtorno de conduta (ALMEIDA; GOMES, 2010).

Na atualidade o conceito de "psicopatia" (ou "sociopata") é sinônimo de personalidade antissocial, que desencadeia no caráter agressividade, bem como, maldade e crueldade, no qual faz o indivíduo praticar mal a outrem, uma espécie de "perversão" social (HENRIQUES, 2009). Portanto, a psicopatia está ligada diretamente a presença de uma personalidade que tem como característica principal a falta de remorso, empatia que prejudica em ver o sofrimento alheio. (CLARA, 2017)

Existem diferentes tipos de psicopatas, sendo eles os psicopatas amorais, astênicos, explosivos, fanático, hipertínicos, ostensivos e os sexuais. Os amorais são pessoas antissociais, tendo como característica por serem maléficos, fazendo com que não tenham uma simpatia com os demais entes da sociedade, com isso, podem práticas diferentes tipos de crimes, como por exemplo, roubo, furto, estelionato etc., tudo isso movido por impulsividade "vaidade" (CLARA, 2017).

Por sua vez, os astênicos têm como características serem assustados, sensitivos, tem a presença de sentimento de incapacidade no qual fazem se sentirem inferiores. São frágeis emocionalmente, no qual provoca sentimentos de estranheza que podem ser comparados a alguns estados dissociativos, no qual fazem procurar constante ajuda médica, e podendo ter pensamentos suicidas (CASTRO, 2017).

Já os psicopatas explosivos têm como característica a raiva, irritabilidade, furiosos, fazendo com que reajam de forma impulsiva com uma explosão de brutalidade, e após esses surtos geralmente não guardam lembrança do ocorrido, sendo apresentado essa personalidade quando esse sujeito está sob efeito do álcool (CLARA, 2017). O psicopata fanático tem como característica a presença de elementos expansivos de criatividade, em que, se aproxima da personalidade paranoide. Tem um alto grau de importância própria, onde seu ponto de vista, suas ideias são predominantes, querendo impor ao mundo seu pensamento, impondo sua visão (CASTRO, 2017).

Ademais, os hipertínicos têm como características serem muitos extrovertidos, alegres, contudo, tem momentos duplo de sentimentos podendo em determinada atividade ficarem inquietos, acarretando a irritabilidade, se tornando rabugentos e egocêntricos. Em complemento, tal grupo vive, às vezes, de forma amigável e, depois, explodem em fúria desproporcional, fazendo com que entrem em discussões agressivas. (CLARA, 2017)

Os psicopatas ostentativos têm como característica por serem mentirosos mórbidos, sendo muito vaidosos, procurando manter uma aparência melhor do que na realidade são. Em que associam a farsa e a mentira à fraude, sendo pessoas alegres, otimistas, amigáveis, sendo sempre solícitos, fazendo amizades facilmente, pois são bastantes intelectuais, buscando ter conhecimentos superficiais de assuntos variados como, arte, tecnologia, literatura, usando desse artificio para convencer as vítimas. A psicologia aponta esse indivíduo como sendo um sujeito com ambição de adulto e com uma imaginação de criança, em que, em determinadas ações podem serem incapazes do exercício da responsabilidade civil e penal (SILVA, 2012). Por último, os psicopatas sexuais são aquelas pessoas que tem uma personalidade pervertida, sendo promiscuo sexualmente, utilizando da sua astucia e seu conhecimento, usando de admiração por determinada coisa que a pessoa tenha interesse, para que possa vir a convencer as vítimas. (CLARA, 2017)

Ademais, os psicopatas podem apresentar perversões socias e perversões sexuais. As perversões sociais se apresentam na forma de uma personalidade antissocial que desencadeia na agressividade, crueldade, maldade, pois não sentem empatia pelos sentimentos alheios. As perversidades sexuais intituladas de "parafilias", se apresentam na forma de comportamento sexual desviante, fugindo dos padrões socioculturais de uma determinada sociedade. Sendo apresentado na figura de desejos sexuais como, o voyeurismo, exibicionismo, fetichismo, sadismo sexual, masoquismo sexual, frotteurismo, pedofilia, zoofilia etc. (HENRIQUES, 2009)

As classificações atuais da psicopatia estipulada pelo DSM-IV-TR e pelo CID-10, agrupa a psicopatia entre os transtornos de personalidade, no qual é denominado de "transtornos de personalidade antissocial". Já as "parafilias" estão no agrupadas no grupo dos transtornos da esfera sexual, em que, de acordo com o DSM-IV, a psicopatia se encontra no eixo I e as parafilias no eixo II. (HENRIQUES, 2009)

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A forma de abordagem teórica da pesquisa empregada na elaboração do projeto, foi por meio do método dedutivo, em que, fora utilizado hipóteses e conceitos apresentados ao decorrer da história, apontando as dificuldades da interpretação das loucuras/melancolias, tal como, a falta de um conceito no qual elencasse os transtornos de personalidade do indivíduo. E também o método dialético, ao qual apresenta os diferentes posicionamentos sobre a psicopatia e as diferentes formas de tratamentos, diagnóstico e conceitos.

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

Para a preparação do projeto, foi utilizado a revisão bibliográfica aprofundada, explanando sobre as diferentes abordagens da loucura, bem como, sua diversificação conceitual aludida ao longo da história. Apresentando sua evolução conceitual sobre a figura das doenças da *psique*, com relação ao psicopata, e também a evolução no diagnóstico e no tratamento dos transtornos de personalidade.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Poliana Sampaio Cunha; CRUZ, Mariana de Souza. Correlações entre Psicopatia e Assassinatos em Série. *In:* **Pisicologado,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/correlacoes-entre-psicopatia-e-assassinatos-em-serie> Acesso em: 28 de set. 2020.

BUONOCORE, Jackson César. Como identificar os predadores sexuais e os pedófilos. *In:* **Psicologias do Brasil,** portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://www.psicologiasdobrasil.com.br/como-identificar-os-predadores-sexuais-e-os-pedofilos/> Acesso em: 27 set. 2020.

CASTRO, Mylla. Psicopatia. *In:* **Jusbrasil,** portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54917/psicopatia> Acesso em: 01 nov. 2020.

CLARA, Thais. Aspectos históricos da psicopatia. *In:* **Jusbrasil,** portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://thaysclara.jusbrasil.com.br/artigos/530180428/aspectos-historicos-da-psicopatia#:~:text=J%C3%A1%20na%20segunda%20metade%20do,com%20psicopatia%20eram%20pessoas%20desequilibradas.&text=Em%201924%20surgi%20o%20conceito,psiquiatra%20su%C3%AD%C3%A7o%20Paul%20Engen%20Bleuler.> Acesso em: 30 out. 2020.

DIAS, Ana Cristina Garcia; HAUCK FILHO, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira. Psicopatia: o construto e sua avaliação. *In:* **Aval. psicol.**, Porto Alegre, v.8, n.3, dez. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712009000300006> Acesso em: 01 nov. 2020.

GOMES, Cardona Cema; ROSA, Maria Martins de Almeida. Psicopatia em homens e mulheres. *In:* **Arquivos Brasileiros de Psicologia,** Rio de Janeiro, v. 62, n. 1, p. 13-21, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2290/229016557003.pdf> Acesso em: 29 out. 2020.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa; SOEIRO, Cristina. O estado de arte do conceito de psicopatia. *In:* **Aná. Psicológica,** Lisboa, v.28, n.1, jan. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-82312010000100016> Acesso em: 31 out. 2020.

DIFERENÇA. Psicopata e sociopata. *In:* **Diferença,** portal eletrônico de informações, s.d. Disponível em: <https://www.diferenca.com/psicopata-e-sociopata/>. Acesso em: 26 set. 2020.

HENRIQUES, Rogério Paes. De H. Cleckley ao DSM-IV-TR: a evolução do conceito de psicopatia rumo à medicalização da delinquência. *In:* **Rev. latinoam. psicopatol. fundam.,** São Paulo, v. 12, n. 2, jun. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142009000200004> Acesso em: 01 nov. 2020.

HUMBERTO, Cláudio. Predadores sexuais. *In:* **Diário do poder,** portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <https://diariodopoder.com.br/opiniao/predadores-sexuais> Acesso em: 28 set. 2020.

MORANA, Hilda. Psicopatia por um especialista. *In:* **Psychiatry on line Brasil**, portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/#:~:text=Ou%20seja%2C%20no%20mundo%20onde,entre%20nos%20207.517%20mil%20psicopatas>. Acesso em: 28 set. 2020.

OLIVEIRA, Váleria Santos de. O Psicopata frente ao Código Penal brasileiro. *In:* **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60016/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-

brasileiro#:~:text=Nosso%20ordenamento%20Penal%20Brasileiro%20classifica,de%20acordo%20com%20tal%20entendimento> Acesso em: 27 set. 2020.

PIMENTA, Tatiana. Psicopatia: como identificar um comportamento psicopata. *In:* **Vittude,** portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://www.vittude.com/blog/psicopatia-como-identificar-um-psicopata/#:~:text=A%20escala%20de%20Robert%20Hare,prom%C3%ADscuo%E2%80%9D%20ou%20%E2%80%9Cimpulsividade%E2%80%9D.> Acesso em: 25 set. 2020.

PIMENTEL, Karina. A figura do serial killer psicopata no direito penal brasileiro. *In:* **Jusbrasil,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73949/a-figura-do-serial-killer-psicopata-no-direito-penal-brasileiro/2> Acesso em: 27 set. 2020.

SANTOS, Carolina Marins. Visão sobre depressão sofreu transformações ao longo da história. *In:* **Jornal da USP,** portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/visao-sobre-depressao-sofreu-transformacoes-ao-longo-da-historia/> Acesso em: 31 out. 2020

SILVA, Claudia. O psicopata e a política criminal brasileira. *In:* **Jurisway,** portal eletrônico de informações, 2012. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9440> Acesso em: 02 nov. 2020

VAANBASKE, Victor. Palavra psicopata. *In:* **Origem da palavra,** São Paulo. 2012. Disponível em: <https://origemdapalavra.com.br/palavras/psicopata/> Acesso em: 31 out. 2020.

# A (IN)EXISTÊNCIA DE ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) 26 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mayara da Silva Parrine

## 1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, chamada "Constituição Cidadã", houve a instituição e garantia de um conjunto de direitos fundamentais. No entanto, com o passar do tempo, a despeito da constitucionalização, muitos desses direitos fundamentais não foram concretizados, imputando-se omissão ao Estado, principalmente aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem incumbiria conferir efetividade aos referidos direitos. Diante desse cenário, restou ao Judiciário sua concretização por meio da atividade jurisdicional, de modo a suprir as lacunas deixadas pelos demais Poderes.

Nesse sentido, a hermenêutica constitucional e a doutrina produzida no campo da teoria do direito, aliada ao sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, fortaleceu o Poder Judiciário, principalmente o órgão de cúpula desse poder judicante – Supremo Tribunal Federal. A partir disso, verificou-se uma atuação mais expansiva da Suprema Corte do país, que passou a ser constantemente instigada a se manifestar e decidir sobre casos concretos envolvendo temas extremamente complexos e insculpidos de alta carga axiológica social.

Assim sendo, sob o pretexto de concretização dos mandamentos constitucionais, bem como reivindicação da supremacia formal e material da Constituição, o STF, não raras

vezes, criou preceitos não evidentes no texto legal e alterou o sentido normativo pretendido pelo legislador. Com isso, fez emergir críticas e debates sobre a (in)ocorrência de ativismo judicial, pautados na alegação de hegemonia do STF, politização do judiciário e violação ao Estado Democrático de Direito. Em termos simples e ressalvada a controvérsia conceitual do termo "ativismo judicial", este fenômeno caracteriza-se por uma atuação mais proativa do Judiciário quando diante de omissão ou falha do Estado.

Isto posto, verificando-se um vácuo legislativo em proteger e garantir os direitos da comunidade LGBTQIA+, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 perante o STF, tendo por finalidade a criminalização da homotransfobia no Brasil. Aplicando-se, nessa situação, o tipo penal do racismo, em sua dimensão social, aos crimes que tivessem como motivação a discriminação em razão da orientação sexual (homofobia) e identidade de gênero (transfobia). Em julgamento, a Corte Constitucional, por maioria, decidiu pela procedência da ADO 26, fato reverberador de desaprovação e críticas por parte de juristas e sociedade em geral, tendo em vista uma suposta prática legiferante do Judiciário.

Em razão disso, o presente estudo pretende deliberar a respeito da ocorrência ou não do fenômeno do ativismo judicial no julgamento da ADO 26, perpassando pela origem e divergência semântica do termo. Ademais, busca trazer a motivação da propositura da referida ação constitucional e colacionar os votos dos Ministros em contraposição aos entendimentos divergentes, abordando seus principais argumentos. Por fim, insta tornear acerca da possibilidade de ocorrência do denominado "efeito *backlash*".

## 2 TEMA

A (in)existência de ativismo judicial à luz do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 pelo Supremo Tribunal Federal.

## 3 PROBLEMÁTICA

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, criou um tipo penal ou apenas reafirmou o conceito de racismo social existente em face do grupo LGBTQIA+?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, criou um tipo penal ou apenas reafirmou o conceito de racismo social existente em face do grupo LGBTQIA+.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Analisar o surgimento e evolução do modelo de Estado;
- Examinar o reconhecimento jurídico da sexualidade sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana;

- Discutir a atuação do Supremo Tribunal Federal como agente contramajoritário.

## 5 HIPÓTESES

- Na propositura da ADO 26 perante o Supremo Tribunal Federal, restou configurado o reconhecimento de que as práticas homotransfóbicas caracterizam atos delituosos passíveis de repressão penal, por traduzirem expressões de racismo em sua dimensão social. Nesse sentido, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro, a homofobia e transfobia se adequariam no conceito ontológico-constitucional de racismo, uma vez que implica necessariamente na inferiorização da população LGBTQIA+.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADO 26, enquadrando a homotransfobia nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 – Lei de Racismo, violou o princípio da separação de poderes, praticando ativismo judicial ao usurpar a função legislativa do Congresso Nacional. Ademais, quando do encaixe das condutas homotransfóbicas ao conceito de racismo, criou lei penal incriminadora utilizando analogia *in malam partem*.

## 6 JUSTIFICATIVA

Previsto no sistema constitucional brasileiro, o princípio da separação de poderes tem como escopo evitar uma formação hegemônica de poder, neutralizando-se, com isso,

a probabilidade de que um Poder se sobressaia ao outro. A concepção de limitação de Poderes é resultante de uma associação onde cada um deles têm competências originárias em relação aos outros, de tal modo que nenhum possui poderes absolutos ou superiores (CALDAS; GONÇALVES; PORTILHO, 2020, p. 05-06).

Na qualidade de um dos três Poderes do Estado, o Poder Legislativo detém como principal função legislar, elaborando leis que regulem a sociedade. A subseção I da seção VIII, traz em seu artigo 59 a previsão de que cabe ao processo legislativo a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, etc. (BRASIL, 1988). A Constituição Federal brasileira de 1988, por sua vez, é extensa, possuindo uma variedade de temas, o qual requer a elaboração de normas complementares para regulamentação. Nessa toada, Marinoni, Mitidiero e Sarlet salientam:

> [...] determinadas normas constitucionais impõem ao legislador o dever de regulamentá-las. Valem-se de expressões como "conforme definido em lei" para evidenciar que necessitam de complementação infraconstitucional. Tanto as normas constitucionais ditas de "organização" [...], quanto às normas que propriamente definem direitos [...], dão origem a casos de omissão infraconstitucional diante da inação do legislador (MARINON; MITIDIERO; SARLET, 2014 *apud* GOMES, 2019, p. 19).

No entanto, quando o Legislativo se omite, ao deixar de exercer sua principal função, está, com isso, impossibilitando que as normas constitucionais produzam efeito. Destarte, muito embora a função jurisdicional, de acordo com Pedro Lenza (2014 *apud* GOMES, 2019, p. 19) tenha por "objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse", precipuamente, na ausência de ação por parte do Legislativo, concerne aos órgãos jurisdicionais exercerem a tarefa de "legislar".

Para tanto, existe a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, insculpida no art. 103, §2º, da CRFB/88 e regulamentada pela Lei 9.868/99, atribuindo ao Judiciário seu processo e julgamento (BRASIL, 1988). Por seu turno, o órgão competente para apreciar a referida ADO, originalmente, é o Supremo Tribunal Federal. No sistema jurídico brasileiro, o STF situa-se na cúpula do Poder Judiciário, competindo-lhe a atribuição primordial de guardião da Carta Magna. Assim sendo, é incumbido de interpretar a Constituição, bem como zelar para que suas normas tenham a devida eficácia no plano concreto (ESTRELA, 2019, p. 134).

Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso (2018, p. 2197-2208) atribui à Corte Constitucional três papeis, quais sejam: contramajoritário, detendo o poder de controlar a constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, invalidando normas; representativo, quando atuam para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo pelo Legislativo, bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional pelo legislador; e, por fim, iluminista, quando promovem, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios a empurrar a história.

Assim sendo, ainda explica Barroso (2015 *apud* ESTRELA, 2019, p. 140) que, diante ausência de atuação legislativa no atendimento de demandas da sociedade, deve o STF, interpretando princípios constitucionais, formular respostas adequadas, exercendo tal competência com moderação. Contudo, caso esteja em voga um direito, liberdade fundamental ou um interesse de maior relevância, o Tribunal não pode ser omitir.

À vista disso, no atual cenário jurídico brasileiro, tem-se constatado uma expansiva atuação do STF, vez que vem sendo constantemente instigado a se manifestar e decidir sobre casos concretos envolvendo temas extremamente complexos e de alta carga axiológica social (ESTRELA, 2019, p. 133-134). Nesse sentido, foi levado à apreciação da Corte Superior a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26.

Preliminarmente, cumpre explanar que a referida ADO 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), alegando omissão legislativa do Congresso Nacional brasileiro, já que tramitava há mais de 18 anos nas casas legislativas, projeto de lei objetivando punir atos discriminatórios contra a população LGBTQIA+ (gays, lésbicas, trans, queer, intersexuais, assexuais, dentre outros) (ESTRELA, 2019, p. 139).

Mais do que isso, segundo Bruno Galindo, a iniciativa do postulante junto ao STF era de

> [...] ver homofobia ser considerada crime a partir de sua inclusão no horizonte do conceito de racismo (a partir da ideia de raça social) nos moldes da Lei 7716/1989 ou, alternativamente, a estipulação de prazo para que o Congresso Nacional legisle a respeito, criminalizando a conduta, findo o qual, o próprio STF estaria autorizado a fazê-lo (GALINDO, 2019, s.p.).

Embora existam projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional sobre a referida temática, tal fato não configura impeditivo à propositura da ADO, nem afasta a caracterização da inércia legislativa. Pelo contrário, sua propositura mostra-se imperiosa, haja vista a impossibilidade de se definir objetivamente o lapso temporal em que durará o processo legislativo, podendo este perdurar por décadas. Ademais, o Brasil possui dados estatísticos que o apontam como um dos líderes no ranking de países com elevado índice de crimes homotransfóbicos (ESTRELA, 2019, p. 143-144).

Assim sendo, diante a urgência e anseio social no que tange à criminalização de atos violentos e atentatórios à liberdade sexual das pessoas, o STF, em junho de 2019, julgou procedente a ADO 26. Nesse cenário, reconheceu o estado de mora inconstitucional, declarou, por consequência, a existência de omissão normativa do Poder Legislativo Federal

e cientificou o Congresso Nacional para os fins do art. 103, §2º, da CRFB/88 (BRASIL, 2019). Além disso, como questão principal, o Plenário do Tribunal Constitucional assim decidiu:

> [...] **dar interpretação conforme à Constituição**, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para **enquadrar a homofobia e a transfobia**, qualquer que seja a forma de sua manifestação, **nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89**, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, **seja por considerar-se**, nos termos deste voto, que **as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social** consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), **na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero**, seja, ainda, porque **tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão** [...] (Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal. Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 13 jun. 2019) (grifei)

A partir de tal decisão, iniciou-se a celeuma da busca por entender se a homotransfobia seria hipótese ou não de enquadramento no conceito de racismo. Isto posto, foi inaugurado o seguinte questionamento a respeito de sua atuação: assim agindo, teria o Órgão de Cúpula atuado de maneira ativista? Já que, para ver uma conduta criminalizada e sua penalidade estabelecida, é preciso que exista lei. Assim, significa que somente lei em sentido estrito, vale dizer, aquela feita pelo Legislativo e que seguiu corretamente as regras do processo legislativo, são capazes de criar crimes ou contravenções e cominar penas (CALDAS; GONÇALVES; PORTILHO, 2020, p. 11).

Complementando o exposto, Francisco de Assis Toledo pondera:

> [...] seria o Supremo Tribunal Federal o órgão legítimo para ampliar tipo penal? A pergunta diz respeito ao fato de que a Constituição, nos termos dos incisos II e XXXIX do artigo 5º, reserva à lei e, portanto, ao processo legislativo, a tarefa de indicar as ações cotidianas passíveis de reprovação do estado. A importância dos princípios da legalidade e da estrita legalidade, consagrados respectivamente nos referidos incisos do artigo 5º é depreendida não só da sua posição constitucional pétrea como também da sua alocação exordial no código penal, a qual sugere que, o compromisso do estado com as liberdades individuais antecede a necessidade de toma-las (TOLEDO, 1987, p. 21 *apud* ALMEIDA, 2019, p. 02).

Na perspectiva dos adeptos concretistas, o Plenário não criou norma incriminadora, mas tão somente buscou adequar a conduta discriminatória a um preceito já existente, fazendo valer os direitos fundamentais. Por outro lado, há quem entenda que houve manifesto ativismo judicial, entendendo ter ocorrido usurpação da função legislativa (ESTRELA, 2019, p. 150). Dessa forma, verifica-se a relevância do tema, tendo em vista que eclode a controvérsia acerca da (in)existência de ativismo judicial no julgamento da supracitada ADO 26 pelo STF.

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

Uma das bases do Estado Democrático de Direito é a tripartição dos poderes, o qual se divide nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No Brasil, o Constituinte Originário garantiu a cada um desses Poderes o exercício de funções típicas e atípicas, visando evitar de um Poder se sobrepor ao outro, estabelecendo, assim, um sistema de "freios e contrapesos". Nesse contexto, a Carta Magna promoveu alterações substanciais no modelo de jurisdição, ampliando as competências do Poder Judiciário para permitir sua maior

participação. Tal ampliação ocorreu principalmente no que tange ao seu Órgão de Cúpula, o Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, tem a função precípua de guardião da Constituição. Em função disso, passou ser instado a se manifestar sobre os mais diversos e complexos temas, envolvendo conteúdos políticos, morais, econômicos, religiosos e sociais (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020, p. 60). Nesse sentido, salienta Barroso:

> Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. [...]. A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa (BARROSO, 2012, p. 23).

Essa expansão do papel Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um debate acerca da legitimidade democrática dessa atuação, que, por sua vez, passou ser alvo de duras críticas e acusações de possível prática de "ativismo judicial". A referida expressão tem seu embrião terminológico atribuído ao ordenamento norte-americano, nascido em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947,* de autoria de Arthur Schlesinger Jr. No referido artigo, o autor discutia o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, classificando-os como "ativistas", "campeões da autocontenção" e "moderados" (REIS, 2019, p. 94).

Os "ativistas" assim eram chamados porque entendiam que a Corte tinha um papel na promoção do *social welfare* (bem-estar social), devendo, para tanto, se portar de forma ativista; já os "campeões da autocontenção" entendiam que a autocontenção (*self restraint)* deveria ser a postura adotada, uma vez que a lei traz um sentido permanente ao qual o intérprete está vinculado, não podendo dele dispersar. Assim sendo, na visão de Schlensiger,

o conceito de ativismo judicial relacionava-se com a postura de olhar para o resultado do processo, não sendo possível separar direito e política (REIS, 2019, p. 94).

Extraindo do seu contexto original e transportando para o cenário nacional, depara-se com uma verdadeira vagueza da expressão. Um leigo poderia buscar o seu significado relacionando-o com uma expressão antônima, o "passivismo judicial", e concluir que um juiz ativista seria aquele seleciona os problemas de maneira proativa. Por outro lado, alguém com posição político-ideológica acentuada poderia relacionar a uma militância política do juiz para implementar um ideal político, valendo-se de suas decisões jurisdicionais. Malgrado tais concepções não serem dotadas de técnica jurídica, não são descartáveis e já dão sinais da polissemia do termo ativismo judicial, o que também ocorre na doutrina e jurisprudência. Nesse embaraço, há quem utilize a expressão com conotação positiva, mas, de outro, tem que atribua sentido negativo e até mesmo pejorativo (REIS, 2019, p. 92).

Sob o viés positivo, "a postura proativa do juiz é aclamada como atuação funcional necessária e oportuna, como forma de fazer valer a primazia da Constituição" (VIARO, 2017, p. 239). Nesse segmento, Barroso define:

> A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Para Ferreira (2017, p. 03 *apud* GOMES, 2019, p. 17), o conceito de ativismo está diretamente ligado à criatividade do magistrado no que diz respeito à lei "doente": com lacunas ou insuficiências, tornando-se objeto de apreciação pelo Judiciário que irá interpretá-la de forma a repercutir na produção de resultados que efetivem direitos e garantias fundamentais. Todavia, por outro lado, para muitos doutrinadores, o ativismo judicial pode ser considerado ameaçador e temerário, "em razão dos visíveis riscos de uma hegemonia judicial, uma ditadura de juízes" (MAGIONI, p. 293 *apud* NERY JÚNIOR, 2020, p. 18). Ainda, segundo o mesmo autor, "é inegável que tal atuação revela, também, certa usurpação política do Poder Judiciário, que passou a interferir na divisão orgânica dos três Poderes e causar um certo desequilíbrio democrático" (MAGIONI, 2016, p. 293 *apud* NERY JÚNIOR, 2020, p. 18). Na mesma esteira, Gomes define o ativismo judicial como:

> [...] uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz "cria" uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição (GOMES, 2019 *apud* REIS, 2019, p. 97).

Sobre o assunto, Abboud projeta algumas premissas, emanando, ao final, seu entendimento:

> 1) a realização de controle de constitucionalidade das leis não caracteriza, necessariamente, ativismo judicial; 2) do mesmo modo, não é ativismo judicial a atuação contra majoritária do Judiciário para assegurar a proteção dos direitos fundamentais face à sociedade civil ou o próprio Estado; 3) juízes somente podem aplicar o direito mediante atividade interpretativa. Logo, não ser literal não é sinônimo de ativismo judicial. O fato de o juiz não buscar a vontade da lei ou do legislador não caracteriza ativismo. [...] 4) juiz pode ser ativista exercendo a *judicial review* ou praticando o *selfrestraint*; 5) ativismo judicial não é questão de ideologia.

> Ou seja, tanto posturas mais progressistas quanto conservadoras podem ser ativistas. 6) Em termos de validade da decisão, todo ativismo incorrerá em algum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade. [...] O juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador. Para tanto, basta que ele deixe de procurar a resposta judicial no direito e a fabrique a partir da sua ideologia. Logo, há juízes ativistas conservadores e progressistas. Por essa razão, inadmitimos qualquer divisão entre bom e mau ativismo. Na realidade, os autores consideram bom ativismo quando a ideologia do juiz é coincidente com seus interesses e mau ativismo o oposto. Ou seja, a questão judicial se transforma em mera disputa política ou ideológica. O conflito judicial se tornou ontologicamente um conflito de ideologia ou visão de mundo (ABBOUD, 2018 *apud* NOGUEIRA, 2019, p. 40).

Sem prejuízo dessa aparente contradição valorativa, pondera Branco:

> [...] tanto os que criticam como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que o ativismo revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria ou poderia ser o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que aclamam, atribuem ao ativismo virtudes saneadoras de desvios, enquanto os que o rejeitam, falam em quebra do princípio da separação dos poderes em detrimento do Estado Democrático do Direito (BRANCO, 2013 *apud* VIARO, 2017, p. 239).

Com as devidas considerações a respeito do que se entende por "ativismo judicial", permite-se concluir que o referido fenômeno "ocorre quando uma decisão judicial interfere em questões cuja tomada de decisão caberia, a princípio, às instâncias de representação política (legislativo e executivo)" (LOPES, 2016, p. 11 *apud* GOMES, 2019, p. 20). De acordo com Barroso, tal atuação mais intromissiva decorre de dois papeis desempenhados pelo Judiciário, especialmente pela Corte Constitucional, sendo eles: contramajoritário e representativo. O primeiro diz respeito à proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, em nome da Constituição, cabendo a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos do Executivo. O segundo papel trata-se do atendimento

pelo Tribunal de demandas sociais e anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional (BARROSO, 2018, p. 483 *apud* REIS, 2019, p. 111).

Sabendo disso, da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal imiscuir-se em temas de grande repercussão e impacto, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – ABLGT, como alternativa à inércia legislativa, impetrou, em 2012, Mandado de Injunção nº 4377, pretendendo ver especificamente criminalizada todas as formas de homofobia e transfobia. Haja vista o Projeto de Lei 122/2006, conhecido como "lei anti-homofobia", apresentando pela então Deputada Iara Bernardi (PT/SP), ter sido arquivado após passar oito anos no Senado sem obter aprovação (MOURA; TEIXEIRA, 2019, p. 08).

Mais adiante, em 2013, o Partido Popular Socialista – PPS ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26 junto ao STF, com fito também de que a homotransfobia fosse criminalizada por meio da utilização equiparada da Lei nº 7.716/89. A medida em comento foi tomada devido ao alarmante cenário de violência em torno da população LGBTQIA+, conforme informações a seguir que instruíram o presente petitório:

> Excelências, estamos vivendo em um contexto social no qual **homofóbicos e transfóbicos chegam ao ponto de explodir uma bomba ao final da Parada LGBT** de São Paulo, em um típico atentado terrorista de motivação homofóbica, no qual um **padrasto mata filho de 14 anos por não aceitar sua orientação sexual**, no qual temos **uma pessoa LGBT morta a cada dia e meio por sua mera orientação sexual**, consoante relatórios do Grupo Gay da Bahia, sendo que até o Departamento de Estado dos Estados Unidos reconhece a **alta incidência da homofobia no Brasil** com base nesses relatórios; estamos vivendo em um país no qual temos **recorde de pessoas pedindo asilo no exterior pela homofobia generalizada de nosso país**, no qual **pai e filho abraçados são agredidos por confundidos com um casal homoafetivo** [...], no qual **jovem é agredido na Avenida Paulista/SP com uma lampadada por ter sido presumido como homossexual**, no qual **casais homoafetivos são agredidos e discriminados em estabelecimentos comerciais pelo simples fato de manifestarem seu afeto da mesma forma**

> **que fazem casais heteroafetivos** [...].O que choca [ainda mais] é que entre os casos há pelo menos dois casos de heterossexuais que foram agredidos por serem confundidos com homossexuais. **Não precisa ser gay para apanhar, levantar suspeita também tem sido o suficiente para aumentar a porcentagem de pessoas agredidas, quando não assassinadas** [...] (VECCHIATTI, ADO 26, 2013, p. 39-41). (grifei)

Isto posto, diante à alta insegurança sofrida atualmente pela população LGBTQIA+, caracterizado pelo elevado nível de violência e discriminação contra esse grupo, o entendimento da ADO nº 26 era de absoluta legitimidade, necessidade e urgência da criminalização da homotransfobia à luz das espécies do gênero de racismo (VERCCHIATTI, ADO 26, 2013, p. 42). Neste ponto, cumpre ressaltar que a conduta homo[trans]fóbica pode ser definida como uma "hostilidade geral, psicológica e social" contra aqueles que "supostamente sentem desejo ou têm relações sexuais com indivíduos de seu próprio sexo [...]. É uma manifestação arbitrária que consiste em qualificar o outro como contrário, inferior ou anormal" (BORRILLO, 2009, p. 28).

Nesse sentido, ainda que os casos brutais, culminados em mortes, tenham mais visibilidade, não se deve esquecer que a homofobia possui múltiplas facetas. Dessa forma, pode ser exercida de diversas formas, tais como, agressões físicas, emocionais e morais, muitas vezes implícitas em brincadeiras e piadas, que tentam infiltrar uma ideia de imoralidade e desqualificação dos indivíduos por conta de sua sexualidade. Ademais, não são raras, também, declarações de políticos e religiosos pregando "homossexuais como aberrações da natureza" e a homossexualidade como "doença" que precisa ser "curada". À vista disso, verifica-se um cenário de repulsão que pode ser traduzido como uma política de extermínio à população LGBTQIA+, somado às tentativas de patologização e resistências aos movimentos sociais defensores dos direitos dessa minoria (MOURA; TEIXEIRA, 2019, p. 03-04).

Diante essa conjuntura de perseguições ao grupo LGBTQIA+, foi ajuizado o MI nº 4377/2012 e, em 2013, a ADO 26, conforme já salientado. As presentes demandas vieram a ser julgadas em conjunto em 2019, vez que os pedidos formulados eram parecidos, sendo diferentes apenas os instrumentos processuais e os autores das ações. Ambas visavam obter do STF o reconhecimento da omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homotransfobia, vindo a ser suprida pela Suprema Corte a referida omissão legislativa, com a consequente equiparação dessa prática ao crime de racismo, enquanto não sobrevier lei específica sobre o tema (MOREIRA, 2019, p. 20).

O julgamento iniciou-se com o voto do Ministro-Relator, Sr. Celso de Mello, em 20 de fevereiro de 2019, o qual se valeu dos seguintes argumentos para emanar seu posicionamento:

> O exame do quadro delineado nos presentes autos evidencia a existência, na espécie ora em análise, de nexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo, de outro, cuja edição se revela necessária à punição de atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de violência contra a pessoa em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. [...] Essa clara omissão normativa, que se acha objetivamente constatada na presente causa, revela-se lesiva ao texto da Carta Política, porque transgressora, por injustificável inação congressual, das cláusulas constitucionais de proteção penal previstas nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Lei Fundamental, o que torna plenamente justificável a utilização, na espécie, do instrumento processual de que se valeu o Partido Popular Socialista, autor da presente ação direta (MELLO, voto em plenário, ADO 26, 2019, p. 46-58).

Ademais, o Decano, ainda em seu voto, argumentou da possibilidade do imediato enquadramento das práticas de homotransfobia no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89, conforme se verifica a seguir:

> [...] a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. [...] A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se considerar que [...] os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada. (MELLO, voto em plenário, ADO 26, 2019, p. 80-94-95).

Compartilhando do mesmo entendimento, o Ministro Roberto Barroso assim argumentou:

> Não se interpreta o direito em abstrato. Interpreta-se à luz da realidade. [...] Logo, a vida presente exige uma resposta do Estado e uma resposta do direito contra essa violência institucionalizada de pessoas que, muitas vezes, passam como invisíveis na percepção da sociedade (BARROSO, voto em plenário, ADO 26, 2019, p. 284-285).

Além do Ministro Roberto Barroso, acompanharam também o voto do eminente Relator os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Luiz Fux, tendo sido vencido os votos dos Decanos Marco Aurélio, Ricardo Lewandowiski e Dias Toffoli. Estes dois últimos ministros possuem o entendimento de que, apesar de existir o dever constitucional de proteger criminalmente a comunidade LGBTQIA+, bem como a mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto, não cabe ao Judiciário intervir na situação de omissão legislativa a não ser para

cientificar o Poder Legislativo, atribuindo a esse Poder o papel de resolver o problema da omissão (MOREIRA, 2019, p. 23).

Já seguindo uma corrente mais literal, o voto vencido do Ministro Marco Aurélio é baseado no fato de que sequer existiria o dever constitucional de proteger criminalmente a comunidade LGBTQIA+. Dessa forma, não existiria mora do Congresso Nacional, nem o dever do Poder Judiciário intervir na questão. Isso porque, para o supracitado Ministro, "o que existe é o dever constitucional de punir atos atentatórios aos direitos e garantias fundamentais, o que não se confunde com o dever de criminalizar essas condutas" (MOREIRA, 2019, p. 23). Para ele, "a Constituição deve ser analisada à luz da ciência jurídica, que se baseia em conceitos próprios, de modo que o dever de criminalizar só seria possível se o texto constitucional previsse expressamente esse dever, como o fez em outras ocasiões" (MOREIRA, 2019, p. 23).

Em que pese os meritórios posicionamentos, acordaram os Ministros do STF, em Sessão Plenária do dia 13 de junho de 2019, por 8 votos a 3, em criminalizar a LGBTfobia, fixando as seguintes teses:

> 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); [...] 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e

> destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Distrito Federal. Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 13 jun. 2019).

A solução encontrada pelos nobres julgadores teve grande repercussão nacional, emergindo, a partir daí, infindáveis debates e críticas expressivas acerca de eventuais excessos praticados pelo STF; por sua vez, convencionados como "ativismo judicial". Nessa senda, Garcia e Santos (2020, p. 301) explanam o fato do Poder Judiciário não ter sido eleito pelo povo, o que o impediria de representar a vontade popular. Em função disso, os aludidos autores, no que tange à ADO 26, assim aduzem:

> [...] se eventual participação popular não é suficiente para ensejar o movimento do Poder Legislativo na criação de tipos penais incriminadores para a proteção de direitos fundamentais, não pode conduzir a movimentação ilimitada do Poder Judiciário em tal sentido, na medida em que a forma como essa proteção deve ocorrer é tarefa atribuída ao parlamento (GARCIA; SANTOS, 2020, p. 301).

Ainda de acordo com os supracitados autores, se o legislador não aprovou projeto de lei criminalizando a homotransfobia é porque parcela da sociedade brasileira é contrária ou porque entende que a temática não está madura o suficiente, faltando, portanto, legitimidade ao STF para assim agir (GARCIA; SANTOS, 2020, p. 312). Noutra perspectiva, Estrela (2019, p. 151) entende ser legítima a atuação da Corte e vê com bons olhos a

incidência do "ativismo judicial" na jurisdição constitucional, posto ele ser, hoje, inevitável nos casos de afronta aos direitos fundamentais, tendo em vista sua resposta jurídica imediata. Também é frisado pela autora que, nesses casos, não há burla de competências de um Poder sobre o outro, mas sim e, tão somente, o preenchimento da lacuna deixada pelo Estado.

Por outro lado, há quem compreenda que o STF, no julgamento da ADO 26, não poderia ter ultrapassado o limite fixado de sua atuação, utilizando da analogia para abarcar, no seu entendimento, um novo tipo penal incriminador. Havendo, com isso, uma clara invasão da competência por ter exercido expressamente a função de legislador (TEBAR, 2019, p. 10). Assim sendo, salienta Garcia e Santos (2020, p. 301) que, sob o discurso genérico do combate à criminalidade e da impunidade, "não se pode admitir a violência de outros direitos e garantias fundamentais mediante o exercício de uma ginástica interpretativa, ainda que justificada pela proteção da comunidade LGBT".

> Não há dúvidas de que atuação do STF deva se pautar na proteção das garantias e direitos fundamentais de um grupo que sofre sérios e crescentes ataques, como a população LGBTQIA+. Contudo, não se pode admitir que, ao fazê-lo, o STF acabe, na contramão, violando outros direitos e garantias fundamentais, em especial a pedra angular de todo o sistema jurídico-penal brasileiro, qual seja, o princípio da estrita legalidade. Se por um lado a violência, frise-se, novamente, absurda, contra a população LGBT cresce e demanda do Estado posturas enérgicas, por outro, não pode o STF assumir funções que não se lhe são previstas, chamando para si a responsabilidade de tentar solucionar a situação, na medida em que tal postura fere, ao final, a cláusula democrática e se afasta da própria justiça (GARCIA; SANTOS, 2020, p. 305).

Por tal razão, Caldas, Gonçalves e Portilho (2020, p. 12) entendem que o STF praticou de forma evidente o ativismo judicial quando se utilizou da analogia *in malam partem* para

criminalizar uma conduta, em uma clara afronta ao princípio da reserva legal. Afinal, a analogia serve para preencher uma lacuna existente no ordenamento; não existindo uma lacuna nos tipos penais incriminadores, então estes, na verdade, não existem (TEBAR, 2019, p. 11). A crítica não está a questionar a importância do papel contramajoritário do STF na proteção das garantias e direitos fundamentais dos grupos vulneráveis, mas a contestar a ampliação do conceito de racismo (GARCIA; SANTOS, 2020, p. 303).

De acordo com Reis (2019, p. 153), o STF, ao declarar expressamente o caráter provisório da decisão, mencionando que esta vigoraria até que o Congresso viesse a legislar sobre a Corte conferiu "mais indicativos de que, na realidade, o que houve não foi uma interpretação conforme a Constituição, mas sim uma analogia *in malam partem* com eficácia *ex nunc*, provisória e condicional". Sob outra perspectiva, o Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido na ADO 26, emanou seu posicionamento no seguinte sentido:

> [...] o entendimento que expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia "in malam partem" em matéria penal [...] Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional , proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal. O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social (MELLO, voto em plenário, ADO 26, 2019, p. 94-95).

Na mesma esteira, a Procuradora-Geral da República também afirma a inocorrência de analogia *in malam partem*, já que o presente caso se trata de interpretação conforme a

Constituição do conceito de raça, para que possa adequá-lo à realidade brasileira atual, o que seria plenamente compatível, levando-se em conta o processo de mutação de conceitos jurídicos, combinado com o conteúdo histórico da noção de "racismo" (ESTRELA, 2019, p. 142). Em que pese os rijos entendimentos a favor da concepção de racismo em sua dimensão social, Barreto, Oliveira e Streck (2009 *apud* REIS, p. 152) argumentam que, ao admitir que o STF confira à palavra racismo uma conotação que extrapola os seus limites semânticos, o Órgão de Cúpula estaria ofendendo o Estado Democrático de Direito. Ademais, estaria também incentivando a criação, por parte do Judiciário, de uma Constituição 'paralela', pautada a partir da subjetividade dos juízes, estabelecendo aquilo que 'indevidamente' – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte (STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009 *apud* REIS, p. 152).

Sob outro enfoque do *decidium*, adverte Estrela (2019, p. 153) a respeito da possibilidade de ocorrência do "efeito *backlash"*, tendo em vista que o efeito vinculante das decisões do STF, em sede de controle de constitucionalidade, não se aplica ao Poder Legislativo quando no exercício de sua função típica legiferante. Assim sendo, pode o Congresso Nacional vir legislar em sentido contrário à decisão dada pela Corte Suprema, gerando o chamado "efeito *backlash*". A doutrina é uníssona em reconhecer que tal efeito consiste em uma reação política contra a linha ideológica do ativismo judicial. Dessa forma, sendo a decisão judicial mais conservadora, a reação política pode ter um caráter mais progressista. Por outro lado, se a questão decidida seguir uma linha mais progressista, o "contra-ataque" terá um caráter mais conservador (ESTRELA, 2019, p. 154).

Destarte, em que pese todo o quadro de disputa discursiva sobre a possibilidade de atuação do Poder Judiciário diante omissão legislativa e consequente prática de ativismo judicial, tem-se, de qualquer modo, uma atuação de fundamental importância na proteção dos direitos dos grupos vulneráveis. Representando, nesse caso, o enfrentamento às

estruturas histórias que buscam perpetuar um sistema de opressão e invisibilidade dos modos de vida diversos dos tradicionalmente aceitos pelos padrões impostos de sexualidade (MOURA; TEIXEIRA, 2019, p. 11).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

O presente estudo decorre de uma pesquisa teórica, sendo utilizados para seu desenvolvimento os métodos de abordagem dedutiva e dialética. O primeiro método parte de pontos genéricos para examinar pontos mais específicos que permeiam o tema. Dessa forma, seu emprego se justifica na medida em que deverá ser realizada uma análise histórica do surgimento e evolução do modelo de Estado para, posteriormente, examinar o reconhecimento jurídico da sexualidade sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana e, enfim, discutir a atuação do Supremo Tribunal Federal como agente contramajoritário. No que concerne ao segundo método, este diz respeito a um método de interpretação dinâmica e totalizante da realidade, pois considera que os fatos não podem ser relevados fora de um contexto social, político, econômico, etc. Assim sendo, sua aplicação mostra-se necessária haja vista que a criminalização da homofobia parte de um contexto de omissão legislativa, proteção constitucional dos direitos fundamentais, aliado à atuação mais incisiva e garantidora da Suprema Corte.

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

A escolha da técnica de pesquisa é essencial e indispensável, posto que será utilizada para a coleta de dados e na sua respectiva análise. Destarte, empregou-se o método da pesquisa bibliográfica e documental, consistente no levantamento e análise de artigos científicos, revistas jurídicas, doutrinas, anais eletrônicos de eventos jurídicos, jurisprudência e, claro, da legislação pátria, sobretudo a Constituição Federal brasileira de 1988.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Davi Everton Vieira de. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26: uma análise dos aspectos formais e materiais da criminalização da homofobia por provisão jurisdicional. *In*: VI Jornada de Direitos Fundamentais, v. 2, **ANAIS**..., 2019. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT5+Davi+Everton+Vieira+de+Almeida.pdf/c4eff01b-a041-84eb-22ff-29e76362fabe>. Acesso em: 27 set. 2020.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bachá. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. *In:* **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16546/8266>. Acesso em: 14 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 15 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *In*: **Revista Direito & Práxis**, v. 9, n. 4, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 26 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Voto em plenário proferido na ADO 26**. Brasília, 21 fev. 2019. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF. Requerente: Partido Popular Socialista. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

BORRILLO, Daniel. A homofobia. *In:* LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (org.). **Homofobia & Educação:** Um desafio ao silêncio. Brasília: Editora UnB2009. Disponível em: <http://www.sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/2009/05/homofobia_e_educacao.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; PORTILHO, Grasielle Jordão. O ativismo judicial do supremo tribunal federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). *In*: **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiro**, a. 11, v. 11, n. 40, jan.-jun., 2020. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183/183>. Acesso em: 26 set. 2020.

ESTRELA, Crísley Thanilly Reis. O ativismo judicial e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) n° 26, sobre a criminalização da homotransfobia. *In*: **Revista Dizer**, v. 4, n. 1, p. 133-161, 2019. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/dizer/article/view/43185/99936>. Acesso em: 25 set. 2020.

GALINDO, Bruno. Criminalização da homofobia, omissões inconstitucionais e diálogos institucionais. *In*: **Justificando**, portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/02/25/criminalizacao-da-homofobia-omissoes-inconstitucionais-e-dialogos-institucionais/>. Acesso em: 26 set. 2020.

GOMES, Arianny Marques. **A judicialização da política: análise do julgamento da ADO 26**. 25f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário

UNINOVAFAPI, Teresina, 2019. Disponível em: <https://assets.uninovafapi.edu.br/arquivos/old/arquivos_academicos/repositorio_Biblioteca/direito/20191/A JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA - ANALISE DO JULGAMENTO DA ADO-26.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

MELLO, Celso de. **Voto em plenário proferido na ADO 26**. Brasília, 20 fev. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 17 out. 2020.

MOREIRA, Felipe Natil Martins. **O STF e a criminalização da homotransfobia:** uma análise argumentativa sobre a ADO 26. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/03/FelipeNatil.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

MOURA, Mariana Cavalcante Moura; TEIXEIRA, Jullyane Alves. A equiparação da homotransfobia ao crime de racismo no Brasil: a intervenção judicial foi mesmo necessária?. *In:* IV Seminário Desfazendo Gênero, **ANAIS**..., [S.l.], 2019. Disponível em: <http://www.editorarealize.com.br/artigo/visualizar/64002>. Acesso em: 17 out. 2020.

NERY JÚNIOR, Cícero José Barbosa. Breve história do princípio da separação dos poderes nos paradigmas do Estado de Direito. *In:* **Revista de Ciências do Estado,** Belo Horizonte, v. 5, n. 1, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revice/article/download/e14786/17723/>. Acesso em: 17 out. 2020.

PAULA, Oséias de. Ativismo Judicial: Impacto das decisões criativas do Supremo Tribunal Federal para o equilíbrio do sistema político brasileiro em face do princípio da separação de poderes. *In*: **Jurídico Certo**, portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/oseias-de-paula/artigos/ativismo-judicial-impacto-das-decisoes-criativas-do-supremo-tribunal-federal-para-o-equilibrio-do-sistema-politico-brasileiro-em-face-do-principio-da-separacao-de-poderes-4086>. Acesso em: 14 out. 2020.

REIS, Deyvison Heberth dos. **Ativismo judicial em matéria penal:** uma crítica à luz da hermenêutica constitucional. 176f. Dissertação (Mestrado) — Universidade Estadual do Norte do Paraná/Campus Jacarezinho, 2019. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-

direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/15687-deyvison-heberth-dos-reis/file>. Acesso em: 14 out. 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5086200&prcID=4515053&ad=s#>. Acesso em: 17 out. 2020.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. *In:* **Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 2017, p. 231-253. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=101908>. Acesso em: 14 out. 2020.

# ABANDONO SOCIOAFETIVO: A DESVALORIZAÇÃO DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES E O DIREITO À INDENIZAÇÃO POR ABANDONO SOCIOAFETIVO

Natalia Santos Balbino

## 1 INTRODUÇÃO

Os pais possuem obrigações e deveres com os seus filhos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Direito de Família evolui com o passar do tempo, com isso, e trouxe junta com a sua evolução algumas medidas caso ocorra descumprimentos de determinados deveres e obrigações para com os filhos. O processo dos pais no desenvolvimento de uma criança e de um adolescente é de suma importância, para a construção de caráter e valores, bem como a troca de amor e afeto.

Deste modo, novas estruturas parentais e conjugais estão em formação, é a família socioafetiva é uma das famílias da atualidade, que vem ganhado destaques nos Tribunais. Não é mais, portanto, o fator biológico ou matrimonio que determina a família e que regem os efeitos patrimoniais das relações familiares, mas, sobretudo, o afeto, o amor, a união, amparo, assistência mútua entre seus membros, representando assim, a desbiolização do novo direito de família.

Em muitos casos de abandono paterno-filial, a jurisprudência pátria veio a condenar, pais a pagarem indenização aos filhos pelo abandono afetivo, e o presente projeto tem como objetivo, aborda o cabe ou não, da indenização por abando socioafetivo, para isso, será abordado o fator histórico de família, princípios norteadores, parentesco, filiação e socioatividade e famílias socioafetiva.

## 2 TEMA

Abandono socioafetivo: a desvalorização do afeto nas relações familiares e o direito à indenização por abandono socioafetivo.

## 3 PROBLEMÁTICA

Qual o entendimento jurisprudencial do STJ sobre o cabimento de indenização por abandono socioafetivo?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça sobre o (des)cabimento de indenização por abandono socioafetivo.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a evolução histórica da concepção de família;
- Avaliar os princípios norteadores do Direito das Famílias, após a promulgação da Constituição de 1988;

- Caracterizar o instituto do abandono afetivo à luz do entendimento jurisprudencial do STJ.

## 5 HIPÓTESES

- O abandono socioafetivo é considerado lesão direta a direito fundamental do abandonado, motivo pelo qual, uma vez constatada a sua presença, impõe-se ao abandonante o dever de indenizar.

- O abandono socioafetivo é considerado lesão direta a direito fundamental do abandonado, contudo, como se trata de questão limitada à esfera subjetiva, é descabido o dever de indenizar, em razão da banalização das relações familiares.

## 6 JUSTIFICATIVA

Inicialmente, é na família que a criança encontra o auxílio para o seu desenvolvimento. Sendo assim, cada membro tem sua importância, principalmente os pais. Logo, a partir do momento em que acontece o abandono por parte dos genitores a criança ou o adolescente fica sem referências. O processo dos pais no desenvolvimento de uma criança e de um adolescente é essencial para a construção de caráter e valores, bem como a troca de amor e afeto (TARTUCE, 2020, s.p).

Os pais possuem obrigações e deveres com os seus filhos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 227, reconheceu a família

como célula-base da sociedade. Neste contexto, o Direito de Família evolui com o decorrer do tempo e prevê algumas medidas se ocorrer os descumprimentos de determinados deveres e obrigações para com os filhos. Em muitos casos de abandono paterno-filial, a jurisprudência pátria veio a condenar, pais a pagarem indenização aos filhos pelo abandono afetivo, por lesionar à dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2020, s.p). Ademais,

> Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve se indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da dignidade da pessoa humana. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª. Câmara de Direito Privado,
> Apelação Cível 408.555-5, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u) (TARTUCE, 2020, s.p)

A condenação por danos morais, foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 2005. Na oportunidade, a Corte entendeu que não se poderia falar em dever de indenizar, pois o pai não tinha obrigação de conviver com o filho, para o Tribunal não configurava ato ilícito, o abando afetivo, pois "o afeto de um pai em relação a um filho não poderia ser imposto", o que gerou controvérsia na doutrina. (TARTUCE, 2020, s.p)

A questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito das Família Contemporânea. O argumento favorável a indenização está amparada na dignidade humana. Ademias, sustenta-se que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da Constituição Federal de 1988 que diz: "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).

Ademais, a violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil que diz: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002). O entendimento contrário ampara-se, substancialmente, na afirmação de que o amor e o afeto não se impõem: bem como em uma suposta monetarização do afeto na admissão da reparação imaterial. A questão é realmente muito controvertida. (TARTUCE, 2020, s.p)

Com a evolução do assunto, foi proferida, no ano de 2012, outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que se admitiu a reparação civil pelo abandono afetivo, no REsp 1.159.242/SP, da 3ª Turma, pela Rel. Min. Nancy Andrighi. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sua atualidade, tem entendido a possibilidade de reparação dos danos morais por abandono afetivo, desde que comprovado o prejuízo imaterial suportado pela vítima. (TARTUCE, 2020, s.p)

Assim, o Supremo Tribunal de Justiça divulgou na sua edição n. 125: responsabilidade civil - dano moral, da Jurisprudência em Teses, na afirmação n. 7, publicada em 2019 que diz:

> O abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser reconhecida a existência do dever de indenizar (BRASIL, 2019, online).

Somete após o reconhecimento da paternidade, é que ocorre a reparação do dano moral por abandono afetivo, e não antes. Tem sido utilizado também no Tribunal Superior a prescrição de três anos, prevista no art. 206, § 3°, inc. V, do CC/2002, a contar da maioridade. (TARTUCE, 2020, s.p). Atualmente, o afeto tem sido apontado como o principal fundamento das relações familiares. Apesar do afeto não constar expresso na Constituição,

como um direito fundamental, poder se dizer que ele decorre da valorização da dignidade da pessoa humana. Isto é,

> [...] o papel dado a subjetividade e da afetividade tem sido crescente no Direito de família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária [...] (GROENINGA, 2008, p.28 *apud* TARTUCE, 2020, s.p).

Alguns princípios constitucionais fundamentam o princípio da afetividade, são elas: o da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inc. III, da CF/1988), o da solidariedade social (art.3°, inc. I, da CF/1988) e o da igualdade entre filhos (art.5°, caput, e 227, § 6°, da CF/ 1988). Apresar da falta de previsão expressa na legislação, a sensibilidade que é demostrada por juristas é capaz de demostrar que a afetividade e um dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro. É evidente que afetividade constitui um código forte no Direto Contemporâneo, provocando alterações profundas no modo de se pensar a família brasileira, o afeto tem valor jurídico (TARTUCE, 2020, s.p). Assim, aponta a Ministra Nancy Andrighi, em julgamento, que

> A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando a margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação de entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alçaram as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os meus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento as manifestações de intolerância ou de repulsa que possa porventura se revelarem em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espirituais de conflito. (STJ, REsp

1.026.981/RJ, 3ª Turma, Rell. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010)" (TARTUCE, 2020, s.p)

Contudo, "deve ser esclarecido que o afeto equivale a interação entre as pessoas e não necessariamente ao amor que é apenas uma de suas facetas" pois, o amor e o afeto são elementos positivos, mas há também o ódio que constitui o lado negativo dessa fonte, utilizada no Direto de família contemporâneo. (TARTUCE, 2020, s.p). Villela, por seu turno, desencadeou um brilhante trabalho, escrito em 1979, tratando da desbiologização da paternidade, com isso, ele procurava dizer "que o vínculo familiar constitui mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico", foi, dessa forma, que surgiu uma nova forma de parentesco civil, a parentalidade socioafetiva, que se baseia na posse de estado de filho (VILLELA, 2007, s.p *apud* TARTUCE, 2020, s.p). Nas falas de Paulo Lôbo "o modelo tradicional e o cientifico partem de um equívoco de base: a família atual não é, mas, exclusivamente, a biológica" (LÔBO, 2003, s.p *apud* TARTUCE, 2020, s.p)

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

O Direito de Família é a própria ata de exercer a vida, sendo assim, não é um artefato, utilizado por legislador, ou nas decisões judiciais, ou pela doutrina. Esse direito é o fruto dos costumes, uma das fontes mais importante do Direito (PEREIRA, 2020, s.p). Nas palavras de Giselda Hinoraka, o direito da família é:

> O ramo do conhecimento que visa justificar as relações de família consanguíneo, civil ou afetiva sob a orientação dos princípios constitucionais de proteção a dignidade da pessoa humana, de solidariedade familiar, de igualdade entre os filhos, entre cônjuges e

> companheiros, de afetividade e de função social da família, entre outros corolários desses. (HINORAKA, 2019, p. 66 *apud* PEREIRA, 2020, s.p)

O objetivo principal do Direito de Família é estudar a família, que atualmente é bem diferente do início do século XX, comandada pelo homem, que era tido como figura ou autoridade máxima da sociedade, naquela época o modelo de família ainda era patriarcal. Aos poucos, isso foi se modificando e deixando de ser um núcleo econômico e de reprodução, passando a ser um lugar de amor e de afeto. Na atualidade, a família deixou de ser instituição para ser o centro formador e estruturador do sujeito. Através dessa modificação, o afeto recebeu status de valor jurídico, em seguida virou, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios basilares e norteadores da organização jurídica da família. A história mudou o curso desse ramo do Direito, e a Família passou a ter mais valor nas relações jurídicas (PEREIRA, 2020, s.p).

Decorre do latim *famulus*, de *famel* (escravo), que era escolhido através de um conjunto de pessoas ligada pelo parentesco, e que viviam na mesma casa (*famulus*), mas também cumpriam a função de servos ou escravos para outro grupo, os (*gens*) que eram seus patrões. A palavra família tem várias expressões, em inglês significa *family*, em francês *famille*, em alemão *familie*, e em italiano *famiglia*. O seu conceito, passou por várias mudanças ao longo do tempo. Ainda que, a antropologia, sociologia e psicanálise, já possuísse, um conceito determinado de família conjugal mais aberto, no Direito brasileiro, esteve limitado, até o advento da Constituição da República de 1988 (PEREIRA, 2020, s.p).

Com a Carta Magna, a família deixou de ser uma modalidade reduzida, e passou a envolver um grupo maior. A convicção de conceito de família está em constante mutação, enquadrando-se as evoluções e costumes. Deste modo, novas estruturas parentais e conjugais estão em formação, o ordenamento jurídico já absorveu algumas delas, como por

exemplo, as famílias mosaicas, famílias geradas por inseminação artificial, famílias simultâneas, poliafetivas, dentre outros tipos de famílias. Hoje em dia, a representação social está longe do tradicional conceito de família, que era reduzida a ideia de um pai, uma mãe, filhos e casamento. Pereira (2020, s.p) diz que a "família transcende sua própria historicidade, pois suas formas de constituição são variáveis de acordo com o seu momento histórico, social e geográfico" (PEREIRA, 2020, s.p).

Sendo assim, ambos os pais, casados ou não, passam a ter papel parecido na educação dos filhos, desaparecendo a autoridade única marital. A família, que caminha para o futuro, deve andar em torno de um vínculo de afeto, de mútua compreensão e cooperação. A chamada família ou paternidade socioafetiva ganhou espaço no ambiente social, foi generosamente acolhido pelos tribunais, com amparo doutrinário. A família passa a ter um conteúdo digno e solidário e não mais econômico, vestígio da velha família romana e, nesse novo cenário, não há lugar para qualquer tipo de discriminação. "Não se discriminam os filhos em razão de sua origem, aspecto que a sociedade, há muito, não sem alguma resistência, já se encarregara de observar". (VENOSA, 2020, s.p)

Conforme Pereira (2020, s.p) a constituição da família ou da entidade familiar é composta por duas espécies a conjugal e parental. Ele dispõe que

> Família, ou entidade familiar, é um gênero que comporta duas espécies, em sua constituição: a família conjugal e a família parental. A conjugal é aquela que se estabelece com base em uma relação afetiva, envolvendo sexualidade e pode advir daí filhos, ou não. Pode ser heteroafetiva ou homoafetiva, pelo casamento ou união estável, simultânea à outra, quebrando o princípio da monogamia, ou não; a família parental é aquela que decorre da formação de laços consanguíneos ou socioafetivos. Pode ser por inseminação natural ou artificial, geradas em útero próprio ou de substituição (barriga de aluguel) (PEREIRA, 2020, s.p).

A Constituição Federal e o Código Civil não conceituam família ou entidade familiar, delimitando-se em expor no art. 226 da CF/88 que "a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado". Contudo, a Lei Maria da Penha, veio há definir, instituindo que a "Família é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por von-tade expressa" (art. 5o, II, da Lei n. 11.340/2006). Foi incluído, no art. 25, parágrafo único do Estatuído da Criança e do Adolescente (ECRAD) que

> Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (RAMOS, 2020, p.18)

A família legítima é construída mediante o casamento. A família natural pode ser entendida como aquela que se estabelece através união estável. E a monoparental que é formada por somente um dos pais e seus filhos, todas essas entidades familiares são reconhecidas pela Lei. Há, na doutrina, uma tendência de tornar mais extenso o conceito de família para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal (GONÇALVES,2020, s.p). Fala-se, assim, em:

> a) Família natural ou matrimonial: decorrente do casamento; b) Família informal: decorrente da união estável; c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos; d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos; e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo; f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo. (GONÇALVES,2020, s.p)

Foi inserido pelo legislador no conceito de família dois elementos, a afinidade e a afetividade, associados ao convívio e proximidade, bem como, o vínculo natural ou socioafetivo ao inserir as pessoas no grupo familiar. Portanto, sob essa concepção, Ramos (2020, p.18) conceitua família "como uma comunidade de afeto e solidariedade mútuos entre seus integrantes, independentemente de vínculo biológico ou jurídico, cujo objetivo patrimonial não é mais o foco, dando vez à dignidade e felicidade dos indivíduos" (RAMOS, 2020, p.18).

Para o Direito de Família, não importa a espécie, o objetivo principal é a inclusão de todas as modalidades de famílias, com isso, conceder direitos e proteção perante o Estado. A família é o ponto central de formação e estruturação do sujeito, além disso, exerce um papel primordial de formação de valores e transmissão cultural. Isso quer dizer, que sem essa estruturação familiar não haveria sociedade ou Estado. É nela que tudo se inicial, através dela é formado a estrutura do sujeito, é onde se encontra o amparo, quando ocorre um desamparo estrutural (PEREIRA, 2020, s.p) .

A família socioafetiva é entendida como "a família parental formada pelos laços de afeto, com ou sem vínculo biológico" (PEREIRA, 2020, s.p). Toda família parental, independentemente da forma de composição, tem que ser socioafetiva. É como aceitar espontaneamente o seu filho, ou seja, adotá-lo. Isto é, todo filho, mesmo biológico, deve ser "adotado" por seus pais. Em outras palavras, se não ocorrer o acolhimento do filho, mesmo que essa ligação seja biológica, não será construído um relacionamento verdadeiro de paternidade. Não haveria família, se não fosse formada na afetividade e no amor (PEREIRA, 2020, s.p).

A família socioafetiva vem ganhado força, e permanece firme, sendo assim, as relações familiares constituem efeitos jurídicos, independente se esse vincula é biológico ou jurídico. Ramos (2020, p.26) conceituar a família socioafetiva "como aquela constituída a

partir de laços de afeto que se fortalecem em razão da convivência". A família socioafetiva, concretamente, está introduzida nas discussões associadas à paternidade socioafetiva, à multiparentalidade assim como, também, nas famílias simultâneas e ao poliamorismo. (RAMOS, 2020, p.26). Na concepção de Barreto (2020, *online*) "sociafetividade é, portanto, a relação familiar que nasce do afeto entre as pessoas. Assim, a posse do estado de filho caracteriza a verdade real que prepondera sobre a verdade biológica". (BARRETO,2020, *online*)

A compreensão do parentesco é base para inúmeras relações de Direito de Família, com repercussões intensas em todos os ramos da ciência jurídica. As fontes das relações de família são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Atualmente a socioafetividade é aceita como outra fonte de parentesco, como já faz o Projeto de Lei no 2.285/2007 (Estatuto das Famílias) (VENOSA, 2020, s.p). "O parentesco é o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum". Essa definição ainda não classifica o parentesco socioafetivo que exige maior reflexão. (VENOSA, 2020, s.p)

O Código Civil 2002 (CC/02) reconhece esse a família socioafetiva, como uma nova categoria de parentesco, além da tradicional, ao estabelecer em seu art. 1.593 que: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem (PEREIRA, 2020, s.p). Esse artigo, também, distingue o parentesco natural do parentesco civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Quanto à outra origem do parentesco, deve ser levada em conta também a denominada filiação socioafetiva. Embora não tenha sido mencionada expressamente no Código Civil, trata-se de acontecimentos muito importante no âmbito da família e que vem cada vez mais ganhando espaço na sociedade e nos tribunais (VENOSA, 2020, s.p).

O parentesco é composto por três espécies: i) Parentesco natural ou consanguíneo: que é constituído através de pessoas que descendem umas das outras ou que são originárias de um mesmo tronco ou ancestral comum, unidas por vínculos biológicos. O parentesco natural está disposto na primeira parte do art. 1.593 do Código Civil (CC) como uma das formas de parentesco. ii) Parentesco civil: é aquele que decorre de origem diversa da biológica e também está disposto no art. 1.593 do CC (RAMOS, 2020, p.167).

O parentesco civil era aquele oriundo da adoção. Contudo, com a reconhecimento do afeto como alicerce das relações familiares, o parentesco civil passou a incluir também a socioafetividade. Nessa percepção, o Enunciado Concelho da Justiça Federal (CNJ) n. 256, aprovado na III Jornada de Direito Civil, dispõe que: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil" (BRASIL, 2004). A inseminação artificial heteróloga também é integrado pelo parentesco civil. iii) Parentesco por afinidade: é aquele formado pelo casamento ou pela união estável, quando cada cônjuge ou companheiro ligado, pela afinidade, aos parentes do outro disposto no art. 1.595 do CC. (RAMOS, 2020, p.168)

A filiação não se limita ao vínculo biológico, mas resulta também de outras origens, tendo como exemplo a adoção, a inseminação artificial heteróloga e a socioafetividade. Isto é, sob essa perspectiva constitucional, que abrangeu o conceito de entidades familiares, e afetividade passou a ser o centro das relações familiares. Por esse motivo, a filiação não se limita aos conceitos clássicos de maternidade e paternidade, cabe análise de outros temas, que não advém apenas de veículos biológicos, tais como a multiparentalidade e a homoparentalidade, e todas as formas de filiação sobrevinda da socioafetividade (RAMOS, 2020, p.172)

Dessa forma, a filiação deve examinada à luz dos parâmetros instituído pela Constituição Federal, sendo admissíveis ao referido instituto todos os princípios

constitucionais que conduzem o direito de família, os quais são: Da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, da solidariedade e da convivência família, o da igualdade entre os filhos. Esse último, foi proclamado no art. 227, § 6o, da Constituição Federal, que assim dispõe: "§ 6o Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (BRASIL, 1988). Desse modo, "é vedado qualquer tipo de discriminação entre filhos, sendo todos iguais, independentemente de sua origem (se adotivos, socioafetivos ou em razão de terem advindo ou não da relação do casamento)" (RAMOS,2020, p.172)

A filiação pode ser legítima, natural, adotivo e o afetivo explica venosa (2020, s.p), que diz:

> A filiação legítima pressupõe que o pai e a mãe sejam casados um com o outro, que o filho tenha sido concebido durante esse casamento ou que a legitimação tenha ocorrido com o casamento subsequente. A filiação natural é aquela na qual não existe casamento entre os pais. A filiação natural será singela quando entre o pai e a mãe não havia impedimento para o casamento. Essa filiação será adulterina quando os pais estavam impedidos de casar em razão de estarem casados com terceiros. Será filiação incestuosa, se o impedimento decorre do parentesco. A filiação adotiva cria o vínculo jurídico artificialmente, decorrente de um ato de vontade. A filiação afetiva é aquela na qual o amor e o carinho recíprocos entre os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social. (VENOSA, 2020, s.p)

O reconhecimento de filho socioafetivo pode ser realizado de forma extrajudicial. Isso foi possível, porque o Provimento CNJ n. 63, de 14 de novembro de 2017, foi alterado pelo Provimento CNJ n. 83, de 14 de agosto de 2019, dispõe que "poderá ser feito diretamente perante o cartório de registro civil o reconhecimento voluntário da paternidade

ou da maternidade socioafetiva, desde que o filho a ser reconhecido seja maior de doze anos de idade" (BRASIL, 2019). O reconhecimento da filiação socioafetiva precisa da autorização do reconhecido, mesmo sendo maior de idade. Caso o reconhecido seja menor de idade, além de seu consentimento, precisara da aprovação do pai e da mãe (RAMOS,2020, p.192). Conforme Ramos (2020, p.192) que

> Tal reconhecimento somente poderá ser feito unilateralmente, ou seja, será inserido no assento de nascimento somente o nome da mãe ou do pai socioafetivo, e não de ambos. Além disso, é necessário que se demonstrem os requisitos exigidos para a adoção, tais como a diferença de idade entre adotante e adotado. O Provimento CNJ n. 83 acrescenta a necessidade de o registrador colher elementos objetivos para a análise da socioafetividade, como provas documentais, fotografias e declarações de testemunhas. Ademais, o referido provimento prevê a necessidade de intervenção do Ministério Público, que deverá examinar o pedido e fornecer parecer favorável ao reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva. Na hipótese de parecer desfavorável do Ministério Público, o registrador não poderá efetuar o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva (RAMOS, 2020, p.192).

A afetividade entre pai e filho, entende-se como o elo constituído pela responsabilização de papéis de pai e filho, por sua vez, presume a convivência familiar entre ambos para se estabelecerem e fortalecer. Embora não exista maneira de obrigar o surgimento ou fortalecimento de afeto, amor e carinho entre pai e filho, pode-se, contudo, estabelecer o direito obrigar ao pai cumprir com suas responsabilidades, dessa forma, não o abandonar, despreza-lo ou ignora-lo, mas conviver com seu filho. (BARRETO, 2020, *online*)

A Constituição Federal, não faz distinção entre filhos biológicos e não biológicos, sendo assim, estabelece os mesmo direitos e obrigações para os pais, diante disso, a paternidade é tratada em conjunto, como sendo uma via de mão dupla, desse modo "caracterizando-se como um conjunto de direitos e obrigações através do poder familiar, do

qual decorre o dever de sustento dos pais em relação aos filhos, quando ainda não atingiram a maioridade civil". Isso não dependera de relação conjugal constituída entre os pais, pós esse poder deriva da paternidade, seja ela biológica ou afetiva (BARRETO,2020, *online*).

> Assim, o filho socioafetivo, caso se veja necessitado de alimentos, deve pleiteá-los junto aos parentes afetivos e não os requerer junto aos parentes biológicos, pois essa filiação, assim como no caso da adoção, impõe ruptura com os laços consanguíneos em valorização ao vínculo afetivo, sendo aqueles considerados somente para fins de manutenção de impedimentos matrimoniais e preservação da saúde dos parentes biológicos (BARRETO, 2020, *online*).

Embora o CC não tenha reconhecido de forma expressa a filiação socioafetiva como fator ensejador do direito de alimentos, esse tipo de filiação esta ampara nesse mesmo código em alguns dos seus artigos (BARRETO, 2020, *online*), os quais são:

> Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. [...]
> Art.1596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. [...]
> Art.1603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. [...]
> Art.1605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: [...]
> II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. (BRASIL, 2002)

A responsabilidade civil no ordenamento jurídico, pode ser definida como:

> A palavra responsabilidade tem origem no verbo latino responder, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de

> spondeo, fórmula através da qual se vincula, no Direito Romano, p devedor nos contratos verbais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.2 *apud* CALIXTO; BORGES, 2020, *online*).

Todo genitor tem responsabilidades com os seus filhos, as quais estão disciplinadas em várias partes do ordenamento jurídico. Assim dispõe o Art. 227 da Constituição Federal:

> 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. (BRASIL,1988)

Seguindo esse mesmo caminho o Código Civil, no seu art.1634, inciso I, em especial quando dispõe:

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;(BRASIL,2002)

E o Estatuto da Criança e do Adolescente nos Art. 3, 4°e 22, que dispõe que:

> 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.
> 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. [...]
> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.(BRASIL,1990)

Desta forma, o art. 1868, do Código Civil, estabelece que" aquele que, por ação ou omissão voluntaria, negligência ou imprudência, violar direitos e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL,2002). E o art. 92, do mesmo estatuto, que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repara-lo" (BRASIL,2002).

Para que se qualifique o dever de reparar, é necessário que estejam presentes três requisitos, quais sejam: "a conduta (ação ou omissão), dano (moral ou patrimonial) e o nexo de causalidade" (CALIXTO,2020, *online*). Calixto e Borges, dispõe que:

> A conduta pode dar-se por meio de uma ação (positiva) que é quando o genitor pratica atos capazes de causar danos a outrem ou algo, como, por exemplo, reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação com o filho. Já a omissão (negativa ocorre por meio da inatividade, isto é, quando se deveria ou se podia praticar determinada conduta e a pessoa simplesmente se abstém, se omite, como por exemplo, a negativa de afeto e a privação do filho da convivência. Já o dano, pode ser moral (quando atinge a individualidade humana), ou seja, quando o filho sofre o abandono em sua personalidade, atingindo a sua hora e dignidade, diante da conduta realizada pelo genitor, ou patrimonial (quando atinge bens materiais), gerando um prejuízo de natureza econômica, os quais podem ser avaliados pecuniariamente, atingindo o patrimônio da vítima. Para o tema em questão, importa apenas o dano moral. É necessário a existência do nexo de causalidade entre a consulta e o dano, isto é, o liame existente entre a conduta omissiva ou comissiva dos genitores, ao dano gerado na vítima, excluindo-se que o dano advenha de situações estranhas a relação. Somente se o comportamento direto ou indireto, ou seja, a ação ou omissão de genitor, tenha dado causa ao

> resultado, é que aquele poderá ser responsabilizado (CALIXTO; BORGES, 2020, *online*).

Contudo, Madaleno e Barbosa, dispõe:

> A responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator. O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício das funções parentais (MADALENO; BARBOSA, 2015, p.403 *apud* CALIXTO; BORGES, 2020, *online*).

Sendo assim, quando configurado os três requisitos da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo de causalidade), há possibilidade de o genitor ser responsabilizado por abandonar afetivamente o seu filho. "Porém, tendo em vista a falta de legislação sobre o assunto, não é possível afirmar que se constituem critérios absolutos, ao passo em que cabe a jurisprudência decidir após a análise de cada caso concreto" (CALIXTO; BORGES, 2020, *online*).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A metodologia de abordagem utilizada foi a dedutiva, além da metodologia de procedimento bibliográfico, com a coleta de informações sobre o tema proposto.

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

A técnica de pesquisa que será utilizada para a elaboração do desse projeto é a revisão bibliográfica.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | DEZ | JAN | FEV | MAR |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. A filiação socioafetiva à luz da Constituição Federal. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-filiacao-socioafetiva-a-luz-da-constituicao-federal/#_ftn1 >. Acesso: 31 out. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2020

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2020

BRASIL. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 256**. Determina o entendimento que a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. Ano 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>. Acesso: 02 nov. 2020

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 31 out. 2020

BRASIL. **Provimento Nº 83, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975 >. Acesso: 02 nov. 2020

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça:** Jurisprudência em Teses: Responsabilidade Civil e Dano Moral. 125 ed. Brasília: STJ, 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 03 out. 2020

CALIXTO, Ana Paula Ereira; BORGES, Wilber Alarcon. Abandono afetivo. a in(efetividade) da indenização pecuniária em relação ao afeto. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, jan. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/abandono-afetivo-a-inefetividade-da-indenizacao-pecuniaria-em-relacao-ao-afeto/> Acesso: 31 out. 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

RAMOS, Hellen Cristina do Lago. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2020

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito de Família. v. 5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v. 5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

# ORTOTANÁSIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES SOBRE O EXERCÍCIO BIOÉTICO DA INTERRUPÇÃO DA VIDA

Nier Sérgio Cordeiro Barbosa

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, uma série de inovações técnicas (como ventilação pulmonar, técnicas de reanimação e nutrição artificial, entre outros) deu origem à emergência da terapia intensiva, possibilitando o prolongamento artificial da vida. O arcabouço desses avanços na medicalização e tecnificação do fim da vida, entre outras questões, levou a uma mudança nos critérios para determinar a morte.

Desde a década de 1970, começaram a ganhar visibilidade casos polêmicos sobre a tomada de decisão no final da vida. O movimento *Hospice* e os cuidados paliativos; o surgimento da bioética e a ênfase na autonomia do paciente; e os movimentos pela legalização da eutanásia e pelo direito à morte com dignidade que esses casos contribuíram para vitalizar, colocaram no centro do debate público a forma como o morrer e a morte eram tratados em ambientes médicos, bem como o direito dos pacientes de participar da tomada de decisões nos seus momentos finais.

Casos de batalhas jurídicas pelo direito de morrer em tribunais de diversos países continuam a alimentar o debate público sobre a eutanásia e a morte digna, levando para a arena judicial o trâmite dos conflitos em torno desses temas. São debates que envolvem múltiplos fatores legais e bioéticos, como o direito à autonomia do paciente e o princípio da dignidade humana. Questiona-se se uma pessoa que se encontra com uma doença

irreversível, que causa dor e sofrimento, cujo desfecho final será a morte, não tem o direito de decidir se quer morrer com dignidade. Depara-se, portanto, com uma questão complexa, que deve ser abordada de modo cuidadoso, porque se deve levar em consideração diversos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa.

Este estudo buscará deliberar sobre uma das questões mais antigas da filosofia, teologia, (bio)ética e medicina, ou seja, a questão da morte e do morrer, situando-a em um contexto contemporâneo, onde a medicina contemporânea, com seu conhecimento em expansão no campo da ciência e tecnologia biomédica, requer uma nova abordagem na determinação de seus objetivos, sob um ponto de vista interdisciplinar.

## 2 TEMA

Ortotanásia e direitos fundamentais: reflexões sobre o exercício bioético da interrupção da vida

## 3 PROBLEMÁTICA

O direito de não ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante pode prevalecer sobre o dever de respeitar a vida?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar as práticas de retirada de suporte vital, sob a luz da bioética, de indivíduos em situações terminais.

### 4.2 Objetivos Específicos

Apresentar a evolução dos direitos humanos ao longo do tempo;

Analisar a bioética enquanto dimensão dos direitos humanos;

Refletir sobre o exercício bioético da interrupção da vida.

## 5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

Hipótese 01 – O direito de não ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante pode prevalecer sobre o dever de respeitar a vida.

Hipótese 02 – O direito de não ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante não pode prevalecer sobre o dever de respeitar a vida.

## 6 JUSTIFICATIVA

De acordo com D'Ávila e Ribeiro (2011), o conceito de dignidade, referindo-se à pessoa humana, pode ser definido em um nível filosófico como o valor moral em virtude do qual a pessoa é reconhecida como um fim em si mesma. Foi, sem dúvida, o primado deste valor na ética que o determinou no artigo 5º da Constituição de 1988, proclamado, juntamente com os demais valores enunciados no mesmo regulamento. A dignidade humana se manifesta de forma única na autodeterminação consciente e responsável da vida de uma pessoa, o que se consegue por meio do exercício efetivo dos direitos que são inerentes à pessoa.

Em linhas gerais, existem duas maneiras de evocar a noção de dignidade. Uma é considerá-la como algo intrínseco e ontológico, o que alguns autores chamam de *dignidade básica*. Deste ponto de vista, a dignidade é uma característica irrevogável da pessoalidade que não depende ou varia de acordo com as circunstâncias. A segunda perspectiva refere-se ao que se denomina *dignidade dinâmica*, ou seja, uma qualidade pessoal que está relacionada à percepção que as pessoas têm de si mesmas e do contexto em que vivem (MÖLLER, 2008).

No presente estudo, a dignidade é considerada de acordo com Möller (2008), que a entende como uma característica fundamentalmente intrínseca do indivíduo, embora se reconheça que o que isso acarreta na prática depende de como os pacientes se veem e são vistos pelos outros e também de como a natureza da doença em questão afeta a sua vida e identidade.

No contexto dos pacientes no final da vida, outra questão fundamental é como a percepção de dignidade é mediada pelo senso de autonomia. Embora os dois termos (autonomia e dignidade) sejam às vezes considerados conceitos distintos, isso nem sempre

é o caso neste cenário. Na verdade, uma perda de autonomia ou controle entre os pacientes é frequentemente interpretada como uma perda de si mesmo e do senso de dignidade. Isso significa que a pessoa vive com a dignidade que lhe é própria quando, graças ao gozo real de seus direitos, desenvolve sua personalidade, determinando sua vida com consciência e autonomia. Partindo dessa ideia de uma vida digna, não é difícil caminhar para o que pode ser considerada uma morte digna (MORATO, 2019).

Esse direito é legalmente possível, em alguns países, como a Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Suíça, Canadá, Colômbia e alguns estados da Áustria e dos Estados Unidos, que regulamentaram, em maior ou menor medida, o direito de receber ajuda para morrer (DORST, 2015).

Nessa concepção, Freire de Sá e Dadalto (2018) afirmam que devem ser descartados dois pressupostos em que não se pode, de forma alguma, falar de morte digna: causar a morte, quaisquer que sejam as razões que se pretende justificar (eutanásia), e aquela que é atrasada artificialmente, por meio da chamada ferocidade terapêutica (distanásia). No primeiro caso, é claro que o direito da pessoa à autodeterminação de sua vida é mutilado e, no segundo, a pessoa não é tratada como um fim, mas como um meio a serviço de outros fins.

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

Da mesma forma que as pessoas se preparam para a chegada de uma nova vida, devem também fazê-lo para acompanhar o ser humano ao final dela. A dignidade da morte é determinada pelos valores, crenças e necessidades de cada indivíduo, e o respeito por este momento importante na vida de cada um é um dever profissional e uma responsabilidade social que deve ser garantida.

A ortotanásia, que visa uma morte digna, no momento certo, é o procedimento pelo qual o médico suspende o tratamento, ou apenas realiza terapias paliativas, para evitar mais dor e sofrimento ao paciente em estado terminal que não tem mais chance de cura, desde que esta seja a sua vontade, assegurando-lhe o direito de morrer com dignidade, como coextensão da dignidade da pessoa humana.

Esses dilemas éticos e morais exigem uma reflexão sofisticada que, por sua vez, requer a participação de todo o corpo social, especialmente em uma sociedade extremamente desigual como a do Brasil. Quando a própria moralidade se torna problemática e surgem conflitos que se opõem ou colocam em xeque os sistemas e valores, somente uma profunda reflexão bioética e o alcance de um consenso moral entre todas as partes envolvidas, podem resolver o problema.

Sabe-se que é uma tarefa extremamente complexa, mas, por isso mesmo, é ainda mais necessário que seja debatida de forma aprofundada por toda a sociedade, por se tratar de uma das questões mais transcendentais para todos os cidadãos.

Segundo Dworkin (2009), as três formas de eutanásia, comumente denominadas direta ativa, passiva e indireta ativa, permanecem, em princípio e a salvo de objeções e ressalvas, como possíveis caminhos para uma morte digna. Torna-se pertinente apresentar brevemente o significado de cada um desses termos.

A eutanásia direta ativa é aquela realizada com a administração de um produto diretamente letal ao solicitante, porque a vida não é mais desejável para ele. Aqueles que postulam sua admissão, defendendo o direito ao suicídio assistido, entendem que a autodeterminação da própria vida não só implica a livre condução do projeto de vida de cada um, mas também o poder de decidir quando e em que circunstâncias deve ser encerrada (SANTOS, 2015).

A eutanásia passiva é a omissão da atividade terapêutica por decisão unilateral do doente terminal que se recusa a se submeter a tratamento médico ou cirúrgico que possa prolongar sua vida e aceita que seu processo mórbido termine naturalmente (SANTOS, 2015).

A eutanásia indireta ativa consiste na administração ao doente terminal que solicita ou consente, drogas capazes de suprimir ou atenuar seu sofrimento, embora também sejam capazes de acelerar uma morte previsível irrevogável. O que se busca com essa forma de eutanásia é abreviar a agonia e proporcionar ao paciente em transe final o maior bem-estar e serenidade possível, aceitando o resultado de um eventual encurtamento de vida (SANTOS, 2015).

No Brasil, a eutanásia é considerada homicídio, previsto no Código Penal, em seus artigos 121, 122 e 135. Entretanto, a ortotanásia não constitui crime contra a vida. Apesar de haver confusão entre os conceitos, não se deve confundir a eutanásia passiva, que, como visto, é a omissão terapêutica por parte do paciente, com a ortotanásia, onde, de acordo com Sztajn (2009), não há intervenção para antecipar a morte, buscando que esta ocorra naturalmente, onde o paciente esteja confortável, sem dor ou intervenções artificiais para prolongar sua vida, recebendo somente cuidados paliativos.

O que se busca é abreviar a agonia e proporcionar ao paciente em transe final o maior bem-estar e serenidade possível, aceitando o resultado de um eventual encurtamento de vida. A Constituição de 1988 revela que a dignidade da pessoa humana é um dos alicerces do Estado. Desse modo, na medida em que um paciente não tenha mais chance de cura e evite tratamentos que lhe causem mais dor e sofrimento, que só prolongam a morte, deve ter o direito de morrer com dignidade. E esse direito se concretiza com a prática da ortotanásia, que significa a morte certa, no momento certo, não sujeitando o paciente

terminal a tratamentos desumanos e degradantes, que visam apenas prolongar sua morte, sem qualquer chance de cura, desde que respeitada sua vontade (MORATO, 2019).

A questão da ortotanásia é um exemplo de consenso moral no Brasil. A prática foi proibida por lei e pelo Código de Ética Médica por muitos anos, até que, em 2006, o Conselho Federal de Medicina emitiu uma resolução, de nº 1805/06, permitindo a ortotanásia ou a retirada de cuidados em uma doença terminal para permitir uma morte passiva. Após ação do Ministério Público Federal, a fim de bloquear esta resolução, em 2010, chegou-se a um consenso, tornando possível que, diante de um quadro terminal e irreversível, os médicos possam evitar procedimentos terapêuticos e diagnósticos desnecessários, bem como tratamentos que têm por objetivo o prolongamento da vida, oferecendo ao paciente os cuidados paliativos necessários (D'ÁVILA; RIBEIRO, 2011).

Dadalto (2019) ressalta que originalmente a morte digna através da ortotanásia foi erigida como um imperativo ético para buscar uma morte de acordo com a dignidade humana, e só posteriormente passou a ser aceita pelo sistema jurídico. Tal contexto teve origem na medida em que a medicina emergiu como regulador técnico do processo de morrer (medicalização da morte) e contra a implementação de práticas médicas que já não têm nenhum sentido terapêutico e que apenas são capazes de prolongar a agonia de pacientes cuja irrecuperabilidade está bem definida (estados críticos irreversíveis) e, portanto, contra a ferocidade de tratamentos médicos desumanos.

Tudo isso, porque nem todo tratamento é benéfico para todo paciente, em qualquer situação. O sentido e a realidade de um tratamento se medem pela esperança de cura ou alívio, resultando ética e legalmente inadmissível sujeitar um paciente a tratamentos que não são (ou não são mais) aqueles indicados para ele, segundo sua situação biológica ou psicossomática (SZTAJN, 2009).

Para Abikair Filho (2013), não se trata mais de vincular a morte digna a um hipotético direito de dispor da própria vida, mas de pesar, em relação ao respeito à dignidade da vida humana, aquele que também merece um direito fundamental expressamente declarado na Constituição, de não ser submetido em nenhum caso a tortura ou a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Estas questões, que estão no campo bioético, são diretamente relacionadas à quarta dimensão dos direitos humanos. A bioética surgiu como uma disciplina dedicada ao estudo dos problemas e dilemas éticos originados pelos avanços das ciências da vida na segunda metade do século XX. O termo foi cunhado pelo oncologista americano Potter, em 1970, mas os problemas que levaram ao seu nascimento, bem como as primeiras reflexões feitas em torno dela, datam da década de 1950 (PESSINI, 2009).

Nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, foi possível perceber a consciência de dois grupos de problemas que tocam de perto o homem, como protagonista de mudanças que podem ter uma influência profunda em seu futuro: por um lado, uma revolução formidável na biologia, que a apontou como a grande estrela do século e, por outro lado, a magnitude e irreversibilidade dos problemas ambientais gerados por processos irracionais de crescimento econômico. Questões de tal magnitude e implicações nos mais diversos campos da atividade humana não poderiam ser deixadas apenas para especulação filosófica, de modo que uma abordagem nova e mais abrangente foi imposta com a ajuda de outros ramos do conhecimento (DURAND, 2012).

A bioética foi projetada como uma nova disciplina que combina o conhecimento biológico com o dos sistemas de valores humanos, uma nova cultura, com o necessário encontro entre os fatos e os valores, bem como entre as ciências e a humanidade. Nas palavras de Pessini e Barchinfontaine (2014, p. 26), "a bioética amadureceu como uma forma de filosofia moral praticada na medicina".

Conquistas relevantes na pesquisa científica em questões relacionadas ao início e ao fim da vida, técnicas de transplante de órgãos, fertilização médica assistida, sequenciamento do genoma humano, engenharia genética, exigiam uma reflexão mais profunda no seu interior, visto que comprometem o homem na sua dimensão mais ampla. De acordo com Garrafa (2018):

> Com um processo particular de evolução, neste início do século XXI a bioética retornou às suas origens epistemológicas, caracterizando-se de forma ampliada no contexto de uma verdadeira "ciência da sobrevivência", como preconizou inicialmente Potter. Transformou-se, assim, em um instrumento concreto a mais, para contribuir no complexo processo de discussão, aprimoramento e consolidação das democracias, da cidadania, dos direitos humanos e da justiça social (GARRAFA, 2018, p. 126).

A sua análise convidou o trabalho inter e transdisciplinar, convocando investigadores dos mais diversos ramos do conhecimento: filósofos, médicos, biólogos, antropólogos, teólogos, juristas, etc., para ilustrar o necessário debate social. Aqui a interdisciplinaridade é mais extrema do que em qualquer outro lugar, pois a bioética requer tanto as ciências exatas quanto as ciências sociais e também as práticas, que não são ciências no mesmo sentido, sendo mais normativas do que preditivas, como filosofia, direito e teologia (GARRAFA, 2018).

O quadro acima delineado evidenciava o fluxo de uma grande riqueza de novos conhecimentos vinculados aos diversos campos da vida. Assistia a um período fértil em conquistas com o avanço das ciências e técnicas; que imbricado em uma engrenagem difícil de desmontar, gerou uma verdadeira revolução do conhecimento. As tecnociências passaram a ser um dos objetivos centrais do debate social. Assim, constituiu-se uma nova imagem da bioética, onde esta representa não apenas um ramo do conhecimento, mas uma

experiência multifacetada de construção de consensos em torno de problemas, escolhas morais, opções políticas e jurídicas que se relacionam com o vínculo entre as ciências e valores humanos (PESSINI; BARCHINFONTAINE, 2014).

Na formação desse consenso, a lei desempenha um papel fundamental de protagonismo como elemento ordenador da sociedade e, em última instância, como norma, cuja elaboração não cabe apenas ao legislador. Se a lei é a norma, como entende Kaufmann (2010), então não se pode contentar com a legalidade, pois a norma exige moralidade. Nessa exigência de moralidade está a conexão entre a bioética e o direito.

A reflexão bioética está relacionada ao princípio fundamental do respeito à dignidade humana, com os direitos à vida, à integridade física e moral, à liberdade e igualdade, à não sujeição às experiências médicas que violam seus direitos fundamentais, todos eles relevantes para o direito constitucional que, em seu conjunto, levam à inclusão das questões bioéticas (DURAND, 2012).

A genética é o resultado da síntese das leis de herança estabelecidas por Gregor Mendel e dos estudos celulares e bioquímicos. A partir de 1940, a genética evoluiu rapidamente como disciplina científica e foi considerada com ressalvas e duramente questionada, pois entendeu-se que estava ligada à eugenia e, como tal, não se poderia conceber o uso do conhecimento científico para discriminar populações, estigmatizar indivíduos ou esterilizá-los em prol de um suposto melhoramento da espécie. Genética, eugenia e genocídio são palavras que não param de questionar o homem sobre a questão de sua humanidade histórica, porque estão associadas à origem da noção de crime contra a humanidade. Mas a genética também toca a humanidade do homem em sua dimensão espiritual. A maior parte das questões que levanta diz respeito tanto à vida quanto à morte, ou seja, a finitude do ser humano (PESSINI, 2009).

A identificação do ácido desoxirribonucleico (DNA) como a base molecular da herança genética foi mais promissora e fecunda como conquistas significativas para o bem-estar da humanidade, mas não sem seus perigos para a liberdade e a segurança individual. Nos anos de 1970 e 1980, surgiram os ácidos nucléicos e as técnicas de engenharia genética, que possibilitaram a recombinação genética em todos os seres vivos, dando origem a uma nova genética, tendo sido realizados projetos relevantes, como o Projeto Genoma Humano (DALLARI, 2004).

Este projeto, junto com outros voltados para o mesmo fim, marca um avanço considerável para a dissecção molecular do genoma, abrindo caminhos para a melhoria da saúde humana, diagnóstico precoce de enfermidades graves e medicamentos sob medida para cada indivíduo. Constitui uma contribuição fundamental da ciência posta a serviço do homem, que mostra o lado positivo desses avanços. Entretanto, junto com essas conquistas há a sombra dos efeitos negativos que podem decorrer, com implicações éticas, jurídicas e sociais. Observa-se, portanto, que o conhecimento profundo das bases moleculares da herança genética carrega toda uma série de questões que podem afetar direitos fundamentais do indivíduo ou criar sérios inconvenientes, como a discriminação por motivos genéticos, manuseio distorcido da informação genética, desvios nas pesquisas sobre o genoma humano, a apropriação do material genético e seu uso comercial, dentre outras (DURAND, 2012).

Além disso, a crescente possibilidade de intervir no genoma, modificando suas informações, não apenas no indivíduo nos primeiros estágios de gestação, mas também em sua prole, abre um panorama de horizontes inusitados. Na medida em que a intervenção se projeta sobre os descendentes, a questão adquire uma dimensão universal, em que a esfera dos direitos subjetivos individuais, embora reconhecendo a sua importância, é sufocada por outros direitos de igual ou superior importância. Assim, está em jogo o destino da espécie

humana e a responsabilidade para com as gerações futuras, o que já ficou claro por meio de regulamentações internacionais ou nacionais que impõem limites rígidos à manipulação e experimentação do genoma (PESSINI; BARCHINFONTAINE, 2014).

Para preservar o que é único do homem, preservando o que lhe é sagrado, evitando que o corpo humano e suas partes constituintes, até as próprias células, se tornem produtos do mercado ou objeto de pesquisas científicas não terapêuticas, é necessário apelo à nova função dos direitos humanos para assegurar a mediação entre o ético, o jurídico e o político, permitindo traçar os limites entre o justo e o injusto e tendendo para o que se poderia denominar uma identidade jurídica de conteúdo variável. Sem ignorar o valor intrínseco de cada indivíduo como ser único e irrepetível, é preciso pensar na espécie humana como um reservatório de informação genética que a distingue no mundo dos vivos (TRINDADE, 2011).

No Brasil, o temor sobre o que poderia resultar do avanço da biotecnologia, levou, em 1995, a primeira Lei de Biossegurança, Lei nº 8974, regulamentando as atividades que envolviam organismos geneticamente modificados e criando a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), que tem publicado instruções normativas regulando a matéria (DURAND, 2012).

Assim, essa dimensão dos direitos humanos, entendendo a importância do desenvolvimento tecnológico e científico, busca impor limites a essas ações, para que este arsenal de conhecimento seja posto como um projeto terapêutico para o alívio do sofrimento e melhoria da saúde, jamais com fins não terapêuticos e eugênicos, protegendo, desta forma, os direitos fundamentais de toda a humanidade (FERREIRA FILHO, 2016).

Toda essa série de novos direitos, alguns já consolidados e outros em vias de o ser, como o direito à proteção do genoma humano contra práticas contrárias à dignidade do indivíduo, à autodeterminação genética, à privacidade genética, à não a discriminação por razões genéticas, o consentimento livre e informado para a realização de estudos genéticos,

dentre outras, constituem esta nova dimensão dos Direitos do Homem, categoria histórica que se adapta permanentemente às exigências e necessidades do momento, para proteger a todos em sua dignidade e na sua liberdade. Assim, busca-se que o avanço das tecnociências não afete os direitos fundamentais do indivíduo nem ignore sua dignidade e, nessa tarefa, a bioética e o direito têm muito a dizer e fazer. É isso que espera a sociedade, que não quer estar alheia ao debate sobre questões fundamentais que se referem ao seu presente e ao mundo que as futuras gerações terão que habitar (BONAVIDES, 2015).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

O estudo será realizado utilizando o método dedutivo, que se preocupa em testar ou confirmar hipóteses, do geral para o específico; e descritivo, onde será realizada uma análise da doutrina pertinente ao tema.

Na pesquisa descritiva, o objetivo é obter uma descrição completa e precisa dos eventos, condições, circunstâncias, processos e relações que cercam a situação em estudo. A pesquisa descritiva se concentra na expansão do conhecimento sobre questões atuais, por meio de um processo de coleta de dados. Estudos descritivos são usados para descrever o comportamento de uma população. De acordo com Lakatos e Marconi (2003), este tipo de pesquisa envolve quatros aspectos: descrição, registro, análise e interpretação de fenômenos atuais, objetivando o seu funcionamento no presente.

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

O estudo será realizado através de uma revisão de literatura, utilizando artigos disponíveis em bancos de dados e livros que tratam do tema.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | MAR | ABR | MAIO | JUN | AGO | SET | OUT | NOV |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | ■ | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | ■ | ■ | ■ | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | | | |
| Elaboração do projeto | ■ | ■ | ■ | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | ■ | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | ■ | ■ | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | ■ | ■ | | |
| Redação da monografia | | | | ■ | ■ | ■ | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | ■ | ■ | |

## REFERÊNCIAS

ABIKAIR FILHO, J. **A ortotanásia sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana no fim da vida**. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2013.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

D'AVILA, R. L.; RIBEIRO, D. C. A terminalidade da vida: uma análise contextualizada da Resolução CFM nº 1.805/06. *In*: MORITZ, R. D. (Org.). **Conflitos Bioéticos do Viver e do Morrer**. Brasília: CFM, 2011.

DADALTO, L. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. *In:* **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-11, 2019. Disponível em: < https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/9555>. Acesso em 09 nov. 2020.

DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DORST, D. Z. *et al*. Analise Hermenêutica da Ortotanásia: Aplicação dos Métodos de Interpretação da Norma Constitucional a Morte Digna. *In*: **Revista de Direito Brasileira**, v. 10, n. 1, p. 23-29, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/rt/printerFriendly/2869/0>. Acesso em 09 nov. 2020.

DURAND, G. **Introdução geral à bioética:** História, conceitos e instrumentos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

DWORKIN, R. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARRAFA, V. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. *In*: **Bioética**, v. 13, n. 1, p. 125-134, 2005. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242533049_DE_UMA_BIOETICA_DE_PRINCIPIOS_A_UMA_BIOETICA_INTERVENTIVA_-_CRITICA_E_SOCIALMENTE_COMPROMETIDA>. Acesso em 09 nov. 2020.

KAUFMANN, A. **Filosofia do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

MÖLLER, L. L. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá. 2008.

MORATO, O. M. A. Ortotanásia no Brasil: limites éticos e legais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 24, n. 5868, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74135>. Acesso em: 14 set. 2020.

PESSINI L. **Bioética:** um grito por dignidade de viver. 4. ed. São Paulo: Paulinas; 2009.

PESSINI L; BARCHIFONTAINE, C. P. **Problemas atuais de bioética**. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

SÁ, M. F. F.; DADALTO, L. **Direito e Medicina**: a morte digna nos tribunais. São Paulo: Foco, 2018.

SANTOS, S. B. **Direitos fundamentais e ortotanásia:** entre a saúde e a autonomia do paciente terminal. Curitiba, Unibrasil, 2015.

SZTAJN, R. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da res. CFM 1.805/2006. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 245-257, 2009.

TRINDADE, J. D. L. **História social dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

# O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E SEUS DESAFIOS NO FORNECIMENTO DE UM SERVIÇO DE QUALIDADE

Pablo de Souza Seródio

## 1 INTRODUÇÃO

O Sistema ùnico de Saúde(SUS), é garantido pela Constituição Federal de 1988 e regido pelas Leis Orgânicas de Saúde 8.080/1990 e 8.142/1990. O SUS deve ser considerado uma das maiores conquistas sociais do pais. Os serviços de saúde que antes eram restritos, passam a ser universais, passam também pela descentralização, equidade, universalidade e integridade. O SUS consolida um sistema público de saúde que possui inquestionáveis resultados em prol da população brasileira. Inegáveis são os avanços do mesmo, outrossim, há problemas a serem confrontados para que, definitivamente, consolide-o como um sistema público universal que preste serviço de qualidade à população.

A saúde é um direito fundamental inerente a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito social garantido a todo cidadão, dever do Estado, sendo o mesmo responsável em garantir a execução de politicas sociais que visem o acesso universal e igualitário. A concretização do Direito à saúde no Brasil vem sendo um desafio. A falta de recursos suficientes e a má administração dos recursos deixam o sistema em colapso, oferecendo, diversas vezes, a prestação de um serviço limitado que, ao final surge o fenômeno da judicialização, que se consiste na intervenção do Poder Judiciário na garantia dos direitos da população.

A população brasileira deve lutar pelo SUS, tendo em visa de que o mesmo se

trata de um patrimônio do povo, conhecer sua história para compreender as atuais políticas de saúde pública. O presente trabalho tem como foco debater e refletir sobre as dificuldades que o SUS enfrenta para fornecer um serviço de qualidade.

## 2 TEMA

O Sistema Único de Saúde e seus desafios no fornecimento de um serviço adequado e de qualidade à luz da eficiência da administração pública.

## 3 PROBLEMÁTICA

A judicialização da saúde torna-se um obstáculo quanto a eficiência da administração pública de saúde?

## 4 OBJETIOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar os principais desafios do Sistema Único de Saúde em fornecer um serviço de qualidade.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Avaliar a evolução do sistema público de saúde no Estado;
- O direito à saúde como um direito fundamental garantido;

- Avaliar a interferência judiciária na politica pública de saúde.

## 5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: A judicialização caracteriza-se na atuação por parte do judiciário em questões que competiria aos poderes Legislativos e Executivos a emitir a palavra final;
- Hipótese 02: A má gestão dos fundos públicos compromete a eficiência da política pública de saúde;

## 6 JUSTIFICATIVA

A Carta Magna traz a a garantia do direito à vida, consequentemente o direito à saúde, em seu artigo 6º com o objetivo fundamental de desenvolver uma sociedade justa com a promoção do bem geral,A implementação do SUS começou em 1990, e, no mesmo ano, fora aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), organizando e esquematizando o SUS.

A referida lei definiu os papéis de cada ente federado no plano de gestão da saúde, as estruturas de financiamento e regras de trasferências de recursos entre os diferentes níveis de governo, por meio dos Fundos de Saúde (CARVALHO; BARBOSA, 2010) . A Lei nº 8.142/90 dispõe a participação popular na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, instituindo os Conselhos de Saúde conferindo *status* público às entidades de representação de governos nas esferas estaduais e municipais (CARVALHO; BARBOSA, 2010). Esta participação popular é um princípio doutrinário do SUS no qual os chamados

Conselhos Municipais de Saúde se consolida na participação dos usuários em prol da democratização dos processos decisórios nos serviços de saúde.

O SUS é concebido como o conjunto de serviços públicos de saúde, prestados por órgãos e instituições relacionadas aos entes federados e de fundações mantidas pelo Poder Público. A iniciativa privada pode participar de maneira complementar (POLIGNANO, 2001, p, 23). O acesso ás ações e serviços deve ser garantia de todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, renda, ou outra característica social ou pessoal, tal característica definida como princípio da universalidade. Outro princípio é o da equidade, em que se garante a igualdade de assistência à saúde, sem privilégios de qualquer espécio. Já o princípio da integralidade faz com que o Sistema Único de Saúde considere a pessoa como um todo, devendo o mesmo atender todas as necessidades do assistido. (POLIGNANO, 2001, p, 23).

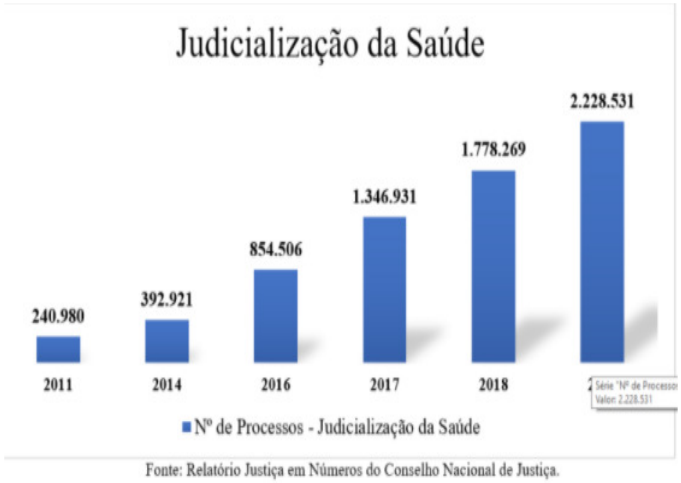
Quanto à organização, o SUS define os princípios nos quais os gestores devem cumprir, como o princípio da descentralização, princípio que são de responsabilidade de todos os entes federados (União, Estado e Municípios). A União só deve executar aquilo que os níveis locais e estaduais não conseguem atender; a regionalização refere-se a distrubuição dos serviços prestados, com o objetivo de atender a população por regiões com diferentes níveis de complexidade, articulação dividida entre Estado e Munícipio, sendo facultativo a criação de consórcios.(CASTAMANN, Daniela, 2003, p, 18)

A função social, como anteriormente dito, com a implatação dos Conselhos de Saúde com o objetivo da participação da sociedade na gestão da saúde nas três diferentes esferas. Por fim, a resolubilidade, que consiste-se em que o serviço seja capacitado em enfrentar e resolver o problema. .(CASTAMANN, 2003, p, 18).

A concretização do direito á saúde no Brasil segue sendo um desafio. Faltam recursos além da má administração dos mesmos existentes, deixando o sistema de

saúde em um estado de caos, oferecendo diversas vezes, um serviço deficiente e limitado, resultando no fenômeno da judicialização, que se define como a intervenção do judiciário em prol de garantir os direitos da população (BARROSO, 2007). Processo que retira o poder do ente administrativo, constitucionalmente competente, passando esta decisão para o juiz, figura que não tem conhecimento da realidade da gestão orçamentaria do sistema de saúde. Sem a possibilidade de manter uma gestão que segue critérios, vítimas de um direito subjetivo dos que têm condições de buscar o poder judiciário, intervindo na gestão pública, gerando assim um desequílibrio no erário (CARPANEZ, 2019, p, 55)

Segundo o Ministério da Saúde, fora desembolsado, em oito anos mais de R$ 5.000.000,00 (cinco bilhões) para atender determinações judiciais em prol de compra de medicamentos, insumos e suplementos alimentares (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019). A quantidade de processos referentes a saúde aumenta de forma exponencial, comprovando que o judiciário tem se mostrado eficaz ao ato de efetivação a saúde, entretanto obrigar o Estado a direcionar recursos de maneira individual atrapalha o planejamento financeiro e limita as verbas direcionadas à saúde, prejudicando quem não recorre ao judiciário. Segue gráfico do crescimento de processos relacionados a saúde:




Fonte: Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça.

(BRASIL, Ministério da Saúde) 2019

O Poder Judiciário assume, então, papel determinante em efetivar o direito fundamental à saúde, emitindo palavra final em questões de competência do Executivo, refletindo diretamente na gestão administrativa dos entes responsáveis pela execução de políticas públicas que efetivam o exercício do direito à saúde. O Ministro Luís Roberto Barroso descorre:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário,e, nao pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministros e a administração pública em geral. Como intuitivo,a judicialização envolve uma trasferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. (BARROSO, 2007, p.1)

Ainda na visão do Ministro:

> Assevera que devem haver limites dados pela a capacidade institucional do judiciário já que o Brasil, assim como a maior parte dos Estados democráticos do mundo se organiza em um modelo de separação de poderes e as funções estatais de legislar(criar o direito positivo), administrar (concretizar o direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. (BARROSO, 2012, p. 10)

A partir disso, surge a necessidade de promover medidas para reduzir o impacto das deciões judiciais, evitando inclusive novos processos com resolução extrajudicial dos conflitos e atuação coordenada de todos os atores envolvidos, como magistrados, Ministério Público, Defensores Públios, Advogados, Gestores da saúde e toda a sociedade.

## 7 REVISÃO DA LITERATURA

Diante dessa crise de ineficácia dos direitos sociais, o poder judiciário passou a ser corriqueiro. Em razão da omissa do poder público em implementar políticas que forneçam condições básicas aos cidadãos. Assim, a aplicação de princípios que fiscalizem a atuação do Poder judiciário, com o objetivo de sanar os problemas da sociedade, em equilibrio com a capacidade do Estado em satisfazer tais necessidades.

Outrossim, existe uma atribuição de competência relativa à saúde entre os entes federativos. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveris solidariamente (OHLAN, 2010. p.29-44) na efetividade do direito à saúde. Já os estados devem promover suas próprias políticas, atuando por meio das Secretarias de Estado de Saúde, financiados por seus próprios recursos e pelos recursos repassados pela União.

Então, o Administrador deve repassar os recursos aos Municípios, para que estes também desenvolvam suas políticas no âmbito municipal (BRASIL,2018) Então, diante desta perspectiva, aplica-se o princípio da Reserva do Possível. Princípio que tem origem no Direito Alemão (MÂNICA, 2012, p. 99.) e fundamenta-se no equilibrio da pretensão.

No Brasil, o princípio da reserva do possível aplica-se verificando se há possibilidade econômica combinada com razoabilidade de pretensão, visando a escassez de recursos públicos destinados à implementação de políticas publicas capazes de satisfazer às necessidades da sociedade brasileira. (MÂNICA, 2012, p , 100)

> Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão (BARROSO, 2007, p. 4).

Para Barroso (2008, p. 320-344), em processos individuais, o Poder Judiciário deve ater-se a determinar apenas o fornecimento de "medicamentos constantes as listas de dispensação elaborada pelos entes federativos". O Ministro explica que os poderes executivo e Legislativo, ao elaborarem as listas de medicamentos, avaliaram as necessidades, recursos a dispor, bem como aspectos técnicos que determinam a eficácia e utilização dos fármacos. Assim, não deve o Poder Judiciário interferir nas políticas públicas determinadas pelos órgãos governamentais. Neste sentido, Barroso expõe:

> O Judiciário não pode se transformar na porta principal de entrada das

> demandas por medicamentos. A solicitação administrativa é essencial para fins de organização do SUS, além de evitar que a máquina judicial seja movida sem necessidade. Com o pedido, a Administração consegue identificar (e possivelmente sanar) eventuais desabastecimentos, aprimorar aspectos logísticos envolvidos na dispensação e produzir fundamentos para a negativa de fornecimento que poderão até mesmo facilitar a instrução de futura demanda judicial. Nesse sentido, o Enunciado no 3 da I Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça recomentou "ao autor da ação a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária" (BARROSO, 2003, p, 232)

Com a finalidade de enriquecer este projeto, fora possível levantar informações da Secretaria Municipal de Saúde de Bom Jesus do Itabapoana – RJ em seu setor financeiro e jurídico, como por exemplo, o volumoso gasto de quase nove milhões de reais de reais em um quadrimeste com medicamentos, serviços médicos, hospitalares, ondotológicos, laboratoriais, juntamente com desesas administrativas (BOM JESUS DO ITABAPOANA, 2020). Também foi possível levantar que atualmente existem cerca de 343 processos judiciais ativos relacionados à fornecimento de medicamentos no município e, a título de comparação, há dezesseis anos atrás o número de processos era algo em torno de cinquenta (BOM JESUS DO ITABAPOANA, 2020). Com tais informações, é possível trabalhar de maneira mais prática sobre os gastos com saúde.

Importantíssimo, também, para seguir o projeto é analisar julgados referentes à judicialização da saúde. Juntando informações coletadas na Secretaria Municipal, do aludido município deixando o presente trabalho proximo à realidade do que se discute quanto ao importante tema (BOM JESUS DO ITABAPOANA, 2020). Devido a isso, fora possível identificar e ilustrar condenação em que o referenciado município foi obrigado a arcar com tratamentos ou a fornecer medicamentos que, a principio, não seriam necessariamente obrigação deste ente federado, ou medicamentos que não estão

relacionados na tabela de medicação básica do Sistema Único de Saúde, visto que existem divisões de competências quanto a administração da saúde entre a União, Estados e Municípios (BOM JESUS DO ITABAPOANA, 2020).

Há casos em que a justiça determina até mesmo o fornecimento de medicamentos que ainda estão em fase de teste(como o caso do segundo processo apresentado acima), são comercializados, mas segundo tabela da ANVISA, são para CIDS diferentes e se quer foram testados pelos órgãos de controle e regulação. Abaixo, segue um dos exemplos de julgados contra o município.

> Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela de Urgência para fornecimento de medicamento, proposta por LUCIA ELENA DOS SANTOS SILVA em face de do MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO ITABAPOANA e ESTADO DO RIO DE JANEIRO, requerendo medicamentos imprescindíveis ao tratamento de saúde da parte autora, devido à ausência do fornecimento por parte do requerido. Narra a parte autora ser portadora de retinopatia diabética proliferativa (CID 10 ¿ H36.0), necessitando urgentemente, fazer APLICAÇÕES DE 1,5 MG EM AMBOS OS OLHOS, DURANTE TRÊS MESES, com a realização de procedimento denominado PANFOTOCOAGULAÇÃO + AVASTIN, sendo 3 aplicações, cujo valor importa em R$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais). Em sede de tutela de urgência, requer, desde logo, liminar, determinando o fornecimento imediato dos medicamentos necessários ao tratamento da patologia mencionada, sob pena de multa diária. É o breve relatório. Decido O direito à saúde é assegurado constitucionalmente - art. 196 da Carta Magna - não sendo admissível sua restrição por norma infraconstitucional. Lamentável o fato de os entes públicos buscarem, sempre, se esquivar da responsabilidade sobre o fornecimento de medicamentos sob o argumento de falta de verba, quando se trata de situação de sobrevivência. Antes, deveriam assumir a responsabilidade, dando exemplo, e não cair na vala comum da discussão sobre sua verdadeira obrigação. Salta aos olhos a necessidade imediata do fornecimento, no que se refere aos medicamentos elencados na inicial, visto a prova documental de fls.

> 19/21. O requerimento de liminar deve ser deferido porque, além de relevante o fundamento invocado, impossível ignorar que, sem a liminar, a medida resultará ineficaz, caso venha a ser concedida apenas pela sentença final, visto que se trata de tratamento de saúde com iminente risco de vida. A conta do exposto, defere-se a liminar e determina-se ao Município de Bom Jesus do Itabapoana e Estado do Rio de Janeiro, através de seus representantes imediatos na área da saúde (Secretário Municipal de Saúde e Secretário Estadual de Saúde), o fornecimento dos medicamentos descritos na peça inaugural (fls. 04), para a parte autora, enquanto durar o tratamento e de acordo com suas necessidades. A presente decisão deverá ser cumprida no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00 (cem reais). Cite-se e intime-se o réu, bem como a autora para providenciar seu cadastro para fornecimento da medicação excepcional no prazo de vinte dias com comprovação nos autos, sob pena de revogação da tutela de urgência, devendo o réu ser advertido da obrigatoriedade do cumprimento da presente decisão independentemente de cadastro do autor. Deixo de designar a audiência de mediação/conciliação, ante o que dispõe o artigo 334, § 4º, II, do CPC. Defiro a gratuidade de justiça, na forma requerida. Cite-se. Intimem-se. Cumpra-se.(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, proc nº 0012027-19.2019.8.19.0010)

Na hipótese do caso acima, Barroso aponta cinco requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Judiciário:

> [...] a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e a propositura da demanda necessariamente em face da União (BRASIL. 2019)

A Constituição de 1988 incluiu em seu texto, o direito à saúde como um direito social. O SUS fora incorporado à realidade brasileira, apesar de, no papel, se mostrar um

sistema eficaz, apresenta muitas falhas, como o de fornecimento de medicamentos.Então, buscou-se, por meio de criação de Componentes de Assistência Farmacêutica, melhorar o serviço. Dividindo os medicamentos em essenciais e excepcionais. Não há tanta facilidade em obter tratamento adequado na rede pública e, em resposta a tal dificuldade, o cidadão recorreu ao Poder Judiciário, fazendo com que os magistrados passassem a atuar como gestores das políticas públicas (BRASIL, 2018).

Verifica--se que a judicialização da saúde e a má gerência dos recursos geram impactos na política, programas, princípios, ocasionando riscos à saúde, causando riscos à saúde dos cidadãos um obstáculo. Frisa-se que a decisão que determina o custeio do tratamento específico para um determinado paciente implica, necessariamente, em deixar de aplicar o recurso financeiro em outras ações de saúde já previstas no planejamento do Sistema, incluindo a obtenção de medicamentos já incluídos na rede pública (ARAÚJO, 2013, p, 82)

Deve-se haver um equilíbrio entre a atuação do judiciário na consecução do direito individual sobrepondo os direitos de toda a coletividade, sobrepondo até a Carta Magna. Um diálogo entre os setores de saúde pública, Defensorias Públicas, Procuradorias do Estado e o Poder judiciário faz se necessário, em prol de um desenvolvimento de boas práticas que possam amenizar o quadro caótico quase que diariamente. Com base em decisão do Supremo, explica que o direito à saúde, não significa "fornecer tudo para todos", ou seja, não confere "um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção ou recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize".(VIANNA, 1999, p. 42 *apud* SILVA, 2019, p 15).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

O método utilizado foi o do geral para o específico, que é de abordagem dedutiva.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

A preparação da presente exposição foi baseada em artigos científicos, pesquisa de campo, biografias, jurisprudências, pesquisas em doutrinas e sítios eletrônicos.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gustavo Henrique Valadares Fernandes de. **Medicamentos de alto custo:** causas, considerações jurídicas e possíveis soluções. 82f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-marcella-lobo-arruda-de-oliveira-santos>. Acesso em 11 nov. 2020.

BARROSO, Luis R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: **Conjur**: portal eletrônico de informações, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf >. Acesso em 11 nov. 2020.

BARROSO, Luis R.,A.P.de. O começo da História. A novainterpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 232, 2003

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Juidicialização, ativismo e legitimidade democrática. *In*: **Conjur**: portal eletrônico de informações, 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2>. Disponível em 11 nov. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

BOM JESUS DO ITABAPOANA (MUNICÍPIO). Prefeitura Municipal. **Secretaria Municipal de Saúde.** Bom Jesus do Itabapoana: Departamento Jurídico e Financeiro, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min.Rel Marco Aurélio Mello. Brasilia, 15 set. 2016 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>

CARVALHO, Antônio Ivo de; BARBOSA, Pedro Ribeiro. **Políticas de saúde:** fundamentos e diretrizes do SUS. Brasília: CAPES-UAB, 2010.

CASTAMANN, Daniela. **Os caminhos da Alta Complexidade no Sistema Único de Saúde – SUS**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Serviço Sociais) – Unversidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial288460.PDF>. Acesso em 13 nov. 2020.

MENDES, Gilmar. **STA-Agr 175,** em 17 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em

13 nov. 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. **Saúde**: um direito fundamental social individual. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/saude_um_direito_fundamental_social_individual.pdf>. Acesso em 13 nov. 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *In*: **Cadernos da Escola de Direito e Relações internacionais da UniBrasil**, v. 1, n. 8, jan.-jul. 2008. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2580>. Acesso em 13 nov. 2020.

POLIGNANO, Marcus Vinícius. Histórias das Políticas de Saúde no Brasil: Uma Pequena Revisão. *In*: **Cadernos do Internato Rural** – Faculdade de Medicina/UFMG, Belo Horizonte, 2001. Disponível em: <http://www.saude.mt.gov.br/upload/documento/16/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-[16-030112-SES-MT].pdf>. Acesso em 13 nov. 2020.

OHLAN, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. *In*: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v.36. n.1., p. 29-44, jan.-jun, 2010. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sew-HPrscnMJ:https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/fadir/article/view/8857/6313+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 13 nov. 2020.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.** Comarca de Bom Jesus do Itabapoana. Cartório da 2ª vara. Sentença. Processo 0012027-19.2019.8.19.0010. Jus.2015. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedvisaweb/frmFramenavegador.aspx?id=C9AFC503361A490E 59096FBF60813E4DC503471C4A31 >. Acesso em: 2 out. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

TEIXEIRA, Humberto Gustavo Drummond da Silva. A efetividade dos direitos sociais em

face da aplicação da teoria da reserva do possível. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, a. 12, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14274>. Acesso em: 27 out 2018.

# O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO BRASILEIRO: VIOLAÇÃO DOS DIREITOS PRISIONAIS DAS MULHERES E O ENTENDIMENTO FIRMADO NA ADPF Nº 347/2015

Raiane Souza de Oliveira Teixeira

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário desde a época colonial já abrangia um cenário desumano sendo proporcionado aos condenados, e marcado pela execução com penas cruéis, incluindo a pena de morte, igualando ao tratamento dado aos escravos. Contudo é impossível falar em cárcere e não entrar no campo do presídio feminino, porém na época dos colonizadores houve uma demora para fundar o primeiro sistema penitenciário feminino, no qual possuía o intuito de mudança de caráter das mulheres, a fim delas serem aceitas pela sociedade novamente, e não concentrado em punir as criminosas, uma vez que essas ainda não existiam.

Com o passar do tempo as mulheres que cometiam crimes começaram a surgir sendo preciso à intervenção do Estado, já que anteriormente a direção do presídio ficava por conta das freiras. No entanto, a lamentável situação dos cárceres sempre foi escassa, e atualmente nada difere, uma vez que compreende um quadro de violação dos direitos das apenadas, direitos esses que são amparados pela Constituição Federal de 1988. Logo, é imposta ao

Estado o dever de não se manter inerte perante os assuntos que envolvem os direitos e garantias fundamentais das presas.

Apesar do Estado se omitir, a Carta Magna é garantidora de tais direitos inerente às prisioneiras, trazendo com isso o direito à dignidade da pessoa humana. Todavia, nas penitenciárias brasileiras, em especial, nas femininas, o âmbito é demonstrado pela violação massiva dos direitos humanos, trazendo o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional". Nessa perspectiva, o presente projeto possui por finalidade demonstrar a violação dos direitos das mulheres presas que incorre para o estado de coisas inconstitucional, tal como averiguar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 347/2015), que foi basilar para a decretação no Brasil dos cárceres como um estado de coisas inconstitucional.

## 2 TEMA

O Estado de Coisas Inconstitucional atinente ao sistema penitenciário na temática dos direitos prisionais das mulheres.

## 3 PROBLEMÁTICA

À luz do estado de coisas inconstitucional, é possível afirmar que o status de violação dos direitos prisionais das mulheres alcançou a situação de estado de coisas inconstitucional?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar se o status de violação dos direitos prisionais das mulheres alcançou a situação de estado de coisas inconstitucional.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a conduta do estado frente ao sistema penitenciário;
- Identificar os direitos da mulher presa amparados na Constituição Federal de 1988;
- Avaliar a ADPF n º 347/2015 sobre o estado de coisas inconstitucional.

## 5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: Em virtude do reconhecimento da ADPF nº 347/2015 pelo STF, podemos afirmar que o status de violação dos direitos prisionais das mulheres alcançou a situação do estado de coisas inconstitucional.
- Hipótese 02: Em razão do sujeito envolvido (mulher), o estado de coisas inconstitucional reconheceu o status de violação dos direitos prisionais das mulheres como ofensa à CF/88.

## 6 JUSTIFICATIVA

A situação que abrange o sistema penitenciário é a mais complexa da realidade brasileira. No Brasil, as notícias que veiculam na televisão trazem um cenário precário e insalubre que é o cárcere, no qual é visível a violação de preceitos fundamentais no interior dos presídios, sendo um acontecimento que vem ganhando forças a cada ano. Em 2015, foi realizado um levantamento tendo por base as informações concedidas pelo governo de 26 (vinte e seis) Estados federados bem como do Distrito Federal, destacando sobre a superlotação dos cárceres sendo esse um dos pilares para a violação dos direitos essenciais (PEREIRA, 2017).

Em outro viés, o que deveria ser pensando é que a violação dos direitos fundamentais não poderia, de jeito algum, ser consequência da pena imposta pelo Estado ao ser humano na prática do *jus puniendi*. De outro lado, mesmo que a sanção imposta pelo poder público retira do indivíduo sua privação de liberdade, não pode arrancar do mesmo, seus direitos e garantias amparados pela Constituição Federal de 1988 (PEREIRA, 2017).

Importa ressaltar, que o sistema de punição não poderá restringir o indivíduo a seus direitos, de modo que ultrapassará os limites determinado por previsão legal, já que se deve respeitar um dos princípios do Direito, o princípio da legalidade. No entanto, a realidade da superlotação e a violação de direitos trazem uma imagem diferente, pois não fere somente a Carta Magna como também outros diplomas internacionais ao qual faz parte o Brasil (PEREIRA, 2017).

Assim, o sistema carcerário de modo amplo não oferece condições mínimas para os apenados, e no que tange a penitenciária feminina a situação é ainda mais preocupante, uma vez que o Estado ao atuar irá aplicar as necessidades tendo por base o perfil masculino, ignorando com isso as peculiaridades referentes à mulher. A infraestrutura de tal âmbito é

o principal problema enfrentado pelas encarceradas, a falta de iluminação, saídas de ar para entrar ventilação, celas superlotadas, alimentação inadequada, e a falta de produtos de higiene abrange esse local (ALMEIDA, 2019).

O campo do sistema penitenciário é um cenário insalubre trazendo tratamento desumano para as apenadas, nesse contexto a Lei de Execução Penal é violada bem como a Carta Magna de 1988, tendo em vista ser um ambiente precário que favorece péssimas condições de convívio para as mulheres. Tal âmbito apresenta fungos em suas celas no qual é perceptível o cheiro de mofo, além de contar com pouco espaço dentro daquelas, uma vez que a ausência de camas contribui mais ainda para reduzir o espaço, fazendo do chão frio seu dormitório (ALMEIDA, 2019).

Além disso, as camas são feitas de concreto, suas roupas, peças intimas e panos ficam dentro das celas por meio de varais em lugar improvisado retirando o pouco espaço que lhes restam. Sem contar que os chuveiros disponibilizam água fria até mesmo em época de inverno, sendo que esse e o vaso sanitário se localizam dentro das celas sem nenhuma privacidade (ALMEIDA, 2019).

No que se refere às grávidas, perante os presídios não há ambiente apropriado para essas muito menos para o recém-nascido, em razão de ambas as necessidades. Elas passam por problemas de saúde, tais como: a dependência química e o abuso sexual sofrido antes ou até mesmo dentro do presídio, trazendo com isso infecções ginecológicas, exemplo o HIV, como também o aborto e complicações durante o parto. A falta de medicamentos, médico específico para realizar o pré-natal e pós-parto, tratamento psicológico e odontológico ressalta as barreiras de acesso ao direito à saúde (ALMEIDA, 2019).

O Estado tem a obrigação de garantir o direito à saúde com fulcro na Constituição Federal de 1988 (CF), na Lei de Execuções Penais- Lei nº 7.210/84(LEP) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, com isso o direito à saúde está ligado ao direito à vida,

ambos se presumindo no principio da dignidade humana (ALMEIDA, 2019). Assim elucida o artigo 10 da LEP "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade".

Por outro lado, os presídios contam com enfermeiras que não adquirem instrumentos necessários para o atendimento, bem como os médicos sem experiência na área de especialização, para atender os fins da encarcerada. O acompanhamento com médico específico é um problema enfrentado pela mulher como já mencionado anteriormente, fora que quando o atendimento acontece em hospitais públicos, exigi agentes capacitados para chegar até aquele como também ambulâncias, sendo que esses atrasam o atendimento trazendo consigo complicações no parto em virtude da ausência de médico (ALMEIDA, 2019).

De outro modo, quando se fala em mulher lembra-se do período menstrual é nessa fase que ela necessita do produto de higiene, o absorvente, sendo de uso imprescindível, contudo dentro dos cárceres a mulher não recebe aquele produto que a mesma necessita por estar em vulnerabilidade. Por esse motivo, que tal produto deveria ser disponibilizado para as encarceradas observando a necessidade de cada uma, para que possam ter o mínimo de higiene que o referido período requer (ALMEIDA, 2019).

Nesse seguimento, é que as mulheres incorrem na necessidade de realizar as barganhas, elas vendem ou trocam o que tem por produtos de higiene, é uma espécie de mercado interno no qual realizam serviços até mesmo de manicure, lavam roupas, fazem faxinas para alcançar seu objetivo, adquirir os produtos que no momento está em falta e assim conseguindo sobreviver com o que possuem dentro do estabelecimento prisional (ALMEIDA, 2019).

Logo, é notório que os acontecimentos desdobrados até o momento refletem na violação dos direitos prisionais das apenadas, sendo a ausência de estrutura e condições

para a sobrevivência os motivos que ferem a dignidade da mulher, trazendo como consequência um tratamento desumano, além de acarretar o abandono por parte de familiares e companheiros, que as mesmas sofrem em virtude de seu cumprimento de pena (ALMEIDA, 2019).

É imprescindível ressaltar que no Brasil a população carcerária feminina representa a minoria, o que robustece a ideia de que para elas não sejam concedidas a atenção que realmente necessitam. Assim, de acordo com os dados do *World Female Imprisonment List,* as mulheres representam 6,4% da população carcerária, número esse muito reduzido em comparação para com o estabelecimento prisional masculino. Ao passar dos anos, o número de presas dobrou, porém no ano de 2000 elas formavam 3,2% da população (ALMEIDA, 2019).

Ainda nesse sentido, conforme o levantamento feito pelo INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, exclusivamente 7% dos presídios são destinados à população carcerária feminina, enquanto 17% visam o público misto, sendo que só existem nesse uma sala ou ala destinadas às mulheres (ALMEIDA, 2019).

Com isso, em razão da massiva violação dos direitos fundamentais inerentes ao indivíduo, o partido socialismo e liberdade (PSOL) ajuizou em junho de 2015, a ADPF nº 347/2015 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Cujo pedido foi o reconhecimento da violação dos direitos dos apenados, bem como a imposição de medidas para pôr fim às ofensas aos preceitos fundamentais com previsão na CF/88, que se decorreram de omissões dos poderes públicos da União, Estados e Distrito Federal, pois, segundo o partido falta a vontade política para implementar tais direitos (MOREIRA, 2015).

Na inicial, o partido dispôs sobre a necessidade de realizar novas vagas para os presídios, melhores condições de sobrevivência, como também de serviços prestados aos encarcerados, visto que enfrentam algumas dificuldades como: superlotação, falta de

acesso à justiça, além de escassez do direito à saúde, educação, trabalho, dentre outros. E de acordo com o partido, o Supremo Tribunal Federal (STF) deve impor sobre medidas de implementação de planos pela União, realização de audiência de custódia, justificação das decisões que não forem aplicar medidas cautelares diversas da prisão, e aplicação de penas conforme a gravidade (MOREIRA, 2015).

No mérito foi requerido que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgue a ação procedente. Em seguida, no dia 27 de agosto de 2015, no plenário do STF o Ministro Marco Aurélio deu início ao julgamento da ADPF nº 347/2015, logo após o voto do relator da ação, foi suspenso o voto. O mesmo votou no sentido de determinar aos juízes e tribunais que lancem a respeito da motivação por qual não aplica medidas alternativas à privação da liberdade, em casos de determinação ou manutenção da prisão provisória, que realizem as audiências de custódia dentro do prazo de 90 dias, para que o preso tenha contato com o juízo em até 24 horas contadas da sua prisão, que avaliem a crise do estabelecimento prisional, além de instituir penas alternativas à prisão como também que a União libere o saldo do FUNPEN- Fundo Penitenciário Nacional se destinando ao fim que foi criado (MOREIRA, 2015).

Para o relator, nos presídios ocorre uma série de violação dos direitos fundamentais do ser humano relacionado à dignidade humana. Ainda, destaca que além de ferir os princípios também ofende as normas que garantem tais direitos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a tortura e a LEP. Para o Ministro o problema é dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, como também na efetivação das políticas públicas, e na interpretação e aplicação das leis (MOREIRA, 2015).

Todavia, no dia 03 de setembro de 2015 retomou o julgamento da medida cautelar, nessa o Ministro Edson Facchin acordando em parte com o Ministro Marco Aurélio, apoiou sobre a audiência de custódia, a respeito dos mutirões carcerários e do fundo penitenciário

tendo a União que realizar o cumprimento no prazo de até 60 dias contados do dia que o acórdão for publicado (MOREIRA, 2015).

Contudo, o Ministro Luís Roberto Barroso votou para conceder a cautelar nos três pontos, somente prorrogando o prazo para cumprimento em um ano, e que os juízes e tribunais realizem também os mutirões carcerários. Outrossim, concedeu de ofício ao Governo Federal, a cautelar para encaminhar ao relator, dentro de um ano, uma análise abrangendo os termos quantitativos e pecuniários, a fim de que a corte possua seus elementos para julgar o mérito (MOREIRA, 2015).

Entretanto, o Ministro Teori Zavascki votou em favor da realização de audiências de custódia e do fundo penitenciário. No entanto, no dia 09 de setembro de 2015 o STF concedeu de modo parcial a cautelar, determinando a realização das audiências de custódia no prazo de 90 dias para que assim o preso(a) tenha contato com o juiz em até 24 horas contados do momento em que foi preso(a), e para que a União libere o fundo penitenciário com o intuito de se utilizar para o fim que foi criado (MOREIRA, 2015).

Por maioria dos votos, a Corte aceitou a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso requerendo à União e ao Estado de São Paulo que concedesse informações sobre os presídios. Foram vencidos o Ministro Marco Aurélio, Carmén Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski, no período da sessão votaram seis ministros, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes (MOREIRA, 2015).

A Ministra Rosa Weber, deferiu o pedido em relação às audiências de custódia, porém acolhendo o prazo de 60 dias, já o Ministro Luiz Fux seguiu integralmente o voto do relator bem como a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Celso de Mello. Enquanto o Ministro Gilmar Mendes votou pelo acontecimento das audiências de custódia e do fundo penitenciário, e propondo a criação de plano de trabalho para conceder aos juízes uma capacitação sobre o estabelecimento prisional e medidas alternativas (MOREIRA, 2015).

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu o voto do relator, reconhecendo o "estado de coisas inconstitucional" ressaltando que esse veio da Colômbia, no qual possuía violação dos direitos fundamentais, exigindo a intervenção do Estado. Com isso, o Supremo concedeu em parcial a cautelar, somente referente às audiências de custódia e o fundo penitenciário (MOREIRA, 2015). Todos os Ministros reconheceram o estado de coisas inconstitucional, ignorando a implementação dos planos sob monitoramento judicial, a necessidade de fundamentar a decisão que não caberiam medidas cautelares, e a aplicação das penas, ficando em aguardo o julgamento do mérito (MOREIRA, 2015).

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

Inicialmente, ao falar em sistema penitenciário, não se pode adentrar no seu conceito sem antes ressaltar o que seria a pena de prisão no Brasil. Essa veio dos direitos dos colonizadores, em virtude do direto português por muito tempo ter vigorado em campo brasileiro. O Brasil, em período colonial, estipulava os padrões culturais de portugueses brancos, aos índios e escravos. Contudo, os índios anteriormente ao descobrimento já não eram vistos como sujeito de direitos mais, e sim como objetos, mesma coisa acontecia com os escravos (SILVA, s.d).

Assim, com o objetivo de programar o projeto de exploração efetivamente, a coroa portuguesa decidiu dividir o território da Colônia, e com isso surgiram às capitanias hereditárias, tal como as sesmarias, e seus donatários. Estes ficaram responsáveis em narrar o modo de aplicação das leis, que remetiam à idade média. Não sendo as capitanias suficientes para atender a Colômbia, foi preciso as Ordenações do Reino, no qual essas são leis que tratavam de assuntos em geral (TELES, 2019).

Tais ordenações mantiveram por pouco tempo, sendo a primeira a vigorar a conhecida pelo nome de Afonsinas, que durou do ano de 1447 ao ano de 1521, nessa foi realizada a descoberta do Brasil, porém não tendo muita relevância. Com sua reforma veio a Ordenação Manuelinas, no ano de 1521, com o limite de fazer a inclusão de leis, e algumas alterações nos textos. Todavia, mesmo tendo sido vigentes não se fazia muita diferença, já que os donatários continuaram a ordenar as regras (SILVA, s.d).

As chamadas Afonsinas eram leis cujo objetivo concentrou-se em regulamentar a vida doméstica dos súditos, na época do reino Portugal, no decurso do período do reinado de D.Afonso V., assim a ordenação recebeu o nome do monarca, porém ele era menor de idade e tão pouco participou da sua composição. Sua divisão foi organizada em cinco livros, sendo o primeiro sobre a elaboração do código, o segundo referenciava aos bens e privilégios da igreja, já o terceiro adentrava nos atos judiciais, o quarto abrangeu o direito civil, e por fim o quinto alcançou os crimes, bem como suas penas (SANTIAGO, s.d).

No entanto, as Manuelinas possuíam o intuito de por fim às dúvidas e aos debates de julgadores, que advinham de defeitos encontrados na legislação anterior. O modo de organização dessa era subdividido também em cinco livros, contendo os títulos e parágrafos que seguiam ao estilo das afonsinas, sua principal mudança baseou-se no modelo em que foi redigida, uma vez que se tratava de leis reescritas, em espécie decretório, parecendo nova, mas eram novas formas que as leis vigentes recebiam (VELASCO, s.d).

Em virtude das Ordenações Manuelinas, chegaram às Filipinas no ano de 1603, trazendo um começo para as precedentes, embora não houvesse mudanças em seu texto. Nesse seguimento, as Filipinas traziam em seu modelo de sistema penal, penas de morte, entre outras severas, bem como a desigualdade no tratamento pelo sexo, e posição social, tornando-se a de maior relevância para o Brasil, pelo motivo de sua longa duração (SILVA, s.d).

Seu modelo era baseado na violência como dito acima, no qual os objetivos passaram a ser a permanência da ordem social, da escravidão, e da influência da fé católica. Assim, nota-se, que foi um período marcado pela falta da humanidade, tal como da concessão dos direitos que pertenciam a toda sociedade. Com a independência, chegou ao Brasil o modelo iluminista, através disso as ordenações filipinas começaram a ser indagadas pela grande crueldade que possuíam, foi então que os projetos de humanização passaram a ser elaborados (MIGOWSKI, 2018).

Na antiguidade, não houve registro da punição do encarceramento, utilizado como detenção de um suspeito até o julgamento, bem como do condenado sendo aplicável até o final da punição. A pena de banimento, e a mutilação eram as mais aplicadas, assim na idade média, ainda, se configuravam os cenários de dor e sangue, não apenas como punição, mas também, como o suplício. Logo, as penas dependiam do status do réu, as decisões eram tomadas em sua maioria pelos reis, e até mesmo pela igreja (GOUVEA, 2018).

O sistema que vigorava na Colônia era registrado pelas punições corporais, dos senhores aos seus escravos, como também pela pena cruel de morte, através de forca, dentre outros. Nesse período, desprende-se que o Brasil não continha um sistema penitenciário, as cadeias somente existiam para garantir a eficácia da pena, aguardando a execução, no qual retinha o encarcerado para que assim fosse concedido a ele sua verdadeira punição, fato é que, as prisões existiam, no entanto não concediam os devidos cuidados, sendo ambiente de violência e descaso (SILVA, s.d).

Isso ocorria por não haver a privação de liberdade ainda como uma punição, mas como custódia, buscando uma prevenção em possível caso de fuga do condenado, bem como para manter a produção de provas (SANTIS; ENGBRUCH, s.d). Com isso, depois de sancionada a primeira Constituição brasileira, que trazia os direitos e garantias individuais, em 1830 foi outorgado o Código Criminal do Império. Em decorrência das manifestações

liberais, o Código Criminal passou a substituir as penas corporais, pelas de privação de liberdade em se tratando de criminosos livres. As penas de morte ainda vigoravam, no entanto eram dirigidas aos escravos, uma vez que a pena de importância do novo sistema tornou-se a pena de prisão (SILVA, s.d).

A pena de privação da liberdade sempre foi uma verdadeira contradição, desde a época primitiva. O modo como os seres humanos eram tratados nunca foi um meio eficaz para a ressocialização, nem tão pouco para uma reeducação deles. Torna-se impossível falar em liberdade, quando pensa na figura do indivíduo que possui seus valores retirados, diferindo-se da sociedade que está em liberdade. É perceptível, que a forma como o sistema penal é aplicado, desde sempre apresentou falhas, e ainda que tragam alterações, servirá somente para proporcionar consequências e não mudanças (CANÊDO, 2010).

Desse modo, perduram duas espécies de condenação, sejam elas: a pena de prisão com trabalho, e a pena de prisão simples. Aquela era realizada dentro das prisões cotidianamente, conforme a sentença e o regulamento da prisão, entretanto a simples, poderia ser cumprida em prisão pública, por tempo disposto em sentença. Porém, se a pena fosse inferior a seis meses contava com a possibilidade de cumprimento em prisão localizada no lugar onde residia o condenado, ou em local próximo, tudo estando determinado na sentença (SILVA, s.d).

Apesar disso, o Código de 1830 não dispôs sobre a forma de organização daquele trabalho, ficando isso a cargo das assembleias legislativas provinciais, no qual essas deveriam realizar a construção das instituições a serem designadas para esse fim, as chamadas casas de prisão, trabalho e correção, como também regulamentar sobre o regime. Além do mais, enquanto a pena com trabalho não fosse cumprida, poderia haver a sua substituição pela pena de prisão simples com fundamento no próprio texto (PESSOA, 2016).

Assim, a pena de prisão foi posta em prática no ano de 1850, através da inauguração da casa de correção da corte do Rio de Janeiro, consagrando a lei punitiva da época. Essa teve seu planejamento em 1830, sendo baseada no modelo panóptico, a primeira ala inaugurou em 1850 e foi à casa de correção. No que diz respeito à situação desumana da época imperial, destaca-se o Aljube cuja sua estrutura era lamentável, pois não havia uma separação dos condenados, e a higiene era escassa (SILVA, s.d).

Contudo a Constituição de 1824 trazia em seu artigo 179, parágrafo 18 que "As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes". Isto se mostra bem diferente do verdadeiro cenário que as pessoas enfrentavam frente à casa de correção como mencionado acima (ARAÚJO, s.d).

Em 1890, foi criado o Código Criminal concretizando a pena privativa de liberdade como foco principal do sistema penal. Os escolhidos a ocupar as vagas no sistema carcerário, eram os capoeiras, imigrantes, entre outros. Já em 1891 com a chegada da Constituição Republicana, acabou com a pena de banimento e limitou a de morte, no qual essa só poderia ser aplicada em casos de guerra, trazendo com isso a ressocialização dos condenados a fim de conter a criminalidade (SILVA, s.d).

Com o fim da Primeira República, foi promulgada a Constituição da República Nova em 1934, concedendo a competência para a União legislar sobre assuntos do sistema penitenciário. Obteve-se resultado em 1935, quando foi editado o regulamento carcerário a fim de coordenar assuntos adversos sobre as prisões. Contudo no ano de 1937 as leis penais sofreram alterações em seus textos, tendo o início do Estado Novo seu marco principal pela aprovação da Constituição Polaca, sendo voltada a atender os interesses políticos. Nesse sentido, em 1938 foi pensado na confecção do novo Código Penal, entretanto foi apresentado em 1940 e publicado em 1942 (SILVA, s.d).

O Código Penal de 1940 ficou conhecido pela doutrina como "eclético" em razão de ter feito uma adequação da teoria neoclássica com a positivista. Entretanto, no período militar ocorreu uma mudança na parte geral do código, o finalismo de Welzel conferiu às penas criminais, a ressocialização, por meio do sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade (LUTHOLD, 2013).

No Código constavam as medidas de segurança designando os criminosos como imputáveis ou inimputáveis, trazendo o sistema duplo binário, duplo, pois ocorreria a aplicação da pena ao condenado conforme sua conduta, e mais a medida de segurança. O referido Código, vigorando até hoje é rígido, embora tenha passado por alterações, no qual o processo em que foi elaborado antigamente é diferente do atualmente (SILVA, s.d).

A lei nº 6.416/77 introduziu ao Código Penal os estabelecimentos penais de regime aberto, e semiaberto. O mesmo Código é dividido em duas partes: a geral, e a especial, a primeira fica por conta dos critérios em que o Direito Penal será aplicado, enquanto a segunda são os crimes em espécie e suas penas. A geral compreende oito títulos, já a especial é composta por onze títulos, relacionado ao bem jurídico que é tutelado, exemplo, a vida. Logo, em 03 de outubro de 1941 foi sancionado o Código de Processo Penal, e ainda nessa data, a Lei das Contravenções Penais, e após, o Código Militar, em 24 de janeiro de 1944 (RIBEIRO JUNIOR, 2009).

Em 1969 no decorrer do regime ditatorial foi recomendado um novo Código Penal que nunca vigorou, esse acolheu o plano de Nelson Hungria, o sistema biopsicológico, na medida em que o menor com idade maior que dezesseis e menor que dezoito iria responder penalmente pelo ato praticado, contudo se apresentasse um discernimento da conduta ilícita. E assim, a pena seria diminuída de um terço até a metade, esse código trouxe alterações no texto e a partir disso originou o regime disciplinar (LOPES, 2015).

A aplicação do regime disciplinar concerne aos presos que praticam o crime doloso, ocasionando com isso a destruição da ordem, bem como da disciplina interna. Abrange também, ao preso que oferece risco para a ordem ou segurança do sistema penal bem como da sociedade, além de recair sobre o preso que supostamente participa de organizações criminosas, quadrilha ou bando (COSTA, 2013).

Entretanto, a Lei nº 7.209/84 reformou a parte geral do Código Penal de 1942, tal como a pena de prisão, extinguindo a medida de segurança para os imputáveis, tornando a possibilidade de o réu ser condenado a trinta anos de prisão, além de trazer como penas privativas de liberdade a detenção e a reclusão. Outro fator de importância foi à entrada em vigor da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal-LEP), que dispõe sobre a disciplina nos cárceres, seu conceito é o controle da conduta dentro das unidades prisionais, cujo fim é reintegrar o condenado à sociedade, protegendo seus direitos. Assim, compreende que a pena sempre foi importante para a execução do condenado (SILVA, s.d).

Na visão da doutrina moderna, as penas privativas de liberdade devem ter cunho punitivo, e de ressocialização. Para tanto, os cárceres passaram por suas evoluções, o primeiro marco histórico ocorreu no final do século XVI, trazendo a concepção de privação da liberdade como penitência através da obra de Beneditino Mabihon. Há narrações que as primeiras prisões foram às eclesiásticas, sendo criadas pela igreja católica, além das casas de correção na Holanda denominada *espihuis* destinadas às mulheres. Contudo, somente no fim do século 18 que se tornaram eficazes o sistema punitivo com o objetivo de recuperar o condenado (TURRI, 2016).

Desta forma, em sua evolução os sistemas penitenciários eram divididos em três grupos, a saber: o pensilvânico, o auburniano e progressivo. No primeiro também conhecido por sistema filadélfico, *Solitary system*, criado em 1790, o condenado não podia receber visitas nem trabalhar, ficando 24 horas dentro de sua cela somente tendo acesso à bíblia

para leitura, cujo objetivo era que o preso repensasse sobre seus atos e se arrependesse por meio da leitura. Todavia, um ponto positivo é que nesse ocorria à separação dos condenados, evitando com isso as rebeliões (TURRI, 2016).

O sistema pensilvânico também conhecido por celular surgiu na prisão *Walnut Street*, na Filadélfia nos Estados Unidos. Tal sistema configurava na solidão, e no silêncio, a partir disso na época ocasionou grandes discussões, alegando que a proibição em se comunicar com os presos, não possibilitava a ressocialização daquele, além de acarretar problemas como a insanidade, entre outras psicoses (ISIDORO, 2017).

De outro lado, o sistema auburniano, denominado de *Silent Sistem*, criado em 1820 em *Auburn* dos Estados Unidos, foi instaurado para foco de superação dos estragos do sistema filadélfico. Em 1816, ficou autorizada a edificação do presídio *Auburn*, aqui os aprisionados eram divididos em três grupos, sendo o primeiro composto pelos mais velhos e delinqüentes, propiciando a esses um isolamento contínuo, enquanto o segundo era a cela dos menos incorrigíveis, no qual eram destinados ao isolamento três dias por semana e podiam laborar. E por fim, a terceira era composta pelos corrigíveis, dando-lhes a possibilidade de trabalhar juntos no período diurno, ou ficando recluso em cela individual uma vez por semana (FARIA, s.d).

Não obstante, o sistema progressivo concentra no ponto de vista em diminuir a pena relacionada ao regime imposto ao condenado, já que será esse o responsável por estabelecer o *quantum* de penalidade o preso ainda irá aguentar. Porém, como requisitos deveriam abranger o bom comportamento dos apenados, para que com isso, eles estejam aptos a retornar seu convívio com a sociedade (PRATES, 2014).

Sua subdivisão consistia em dois grupos, a destacar: o inglês, e o irlandês. O primeiro consistia no sistema de marcas, criado por Alexander Maconochie, no qual os presos poderiam receber essas marcas, caso houvesse um bom comportamento por parte deles,

em obediência às regras dos estabelecimentos prisionais. Passando assim, por três fases, o isolamento completo, a autorização para realizar o trabalho em conjunto, e finalmente a liberdade condicional chegando ao sistema irlandês, criado por Walter Crofton (SANTOS, 2013).

Diante do contexto em que se englobou o cárcere, é notório o sistema penitenciário feminino. No período colonial no Brasil, as mulheres dividiam os estabelecimentos prisionais com os homens, e com frequência as próprias celas, isto ocorria em razão da grande diferença quantitativa entre eles, e assim um espaço exclusivo para elas não era o problema, possuindo apenas uma ala, ou cômodo dentro do presídio masculino (SESSA, 2020).

Adiante a esse cenário, no final da década de 1930 e começo de 1940 começaram a surgir os primeiros estabelecimentos prisionais brasileiros, sendo destinado exclusivamente para o público feminino. Alguns foram construídos, em edifícios readaptados para recebê-los, enquanto outros já eram edificados, em prédios próprios para esse fim, esses ficaram sob a administração das freiras da irmandade do bom pastor d'angers. Todavia, em 1937, foi fundado na cidade de Porto Alegre, o reformatório de mulheres criminosas, passando a ser chamado de instituto feminino de readaptação social, no qual foi o primeiro presídio voltado para atender às mulheres, embora não se tratava de prédio próprio para abrigá-las, foi o primeiro distante do presídio masculino (ANGOTTI, 2018).

Porém, o cenário do sistema feminino é observado como uma falha moral da mulher, assim, os primeiros estabelecimentos prisionais femininos coordenados por freiras, tinham por finalidade amparar e auxiliar as mulheres mães, ou até mesmo aquelas que não possuíam filhos, na qual foram exclusas do convívio em sociedade. Um exemplo disso foi à casa de Nazaré, no qual buscou concretizar a missão redentora por meio da igreja, e posterior foi acompanhado no modelo de convento, ensinando com isso um bom

comportamento para as mulheres serem aceitas novamente pela sociedade (ALMEIDA, 2019).

A figura da mulher dentro do cárcere abrange um perfil padrão no qual não sofreu alteração ao longo do tempo, num todo são mulheres mães, com idades entre 18 e 70 anos, não possuem formação escolar, sendo menos desfavorecidas economicamente, e na época do crime encontravam-se desempregadas. A mulher enfrenta problemas estruturais nos presídios, que em consequência disso violam seus direitos, como, a dignidade da pessoa humana, a integridade física e moral, o direito à saúde, alimentação, educação, dentre outros (SESSA, 2020).

O princípio da dignidade humana com fulcro no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, é basilar para garantir todos os direitos dessas mulheres aprisionadas. O Estado era o responsável em assegurar as condições mínimas à dignidade da pessoa humana, para serem colocadas em prática, porém com observância à legislação brasileira e internacional, a fim de servir como proteção aos direitos vulneráveis, bem como aqueles exclusos pela sociedade (ABREU, 2020).

Acontece que, ainda hoje a situação nos presídios se agrava cada vez mais, fortalecendo o quadro de violação dos direitos das presas, tornando-se inconstitucional, uma vez que se apresenta em desacordo com a Constituição Federal de 1988. Com isso, traz ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, já que os poderes públicos se omitem frente aos sistemas.

De imediato, cumpre salientar que o estado de coisas inconstitucional teve sua origem na Corte Constitucional da Colômbia por meio de *Sentencias unificación*, como exemplos destacam-se: *Sentencia SU-559*, de 06 de novembro de 1997; *Sentencia T-153*, de 28 de abril de 1998; *Sentencia T-025*, de 22 de janeiro de 2004 (MARTINS, 2020). De acordo com a Corte Constitucional, o estado de coisas inconstitucional sucede da violação de

caráter generalizado, contínuo e sistemáticos dos direitos fundamentais, por meio dos órgãos estatais, exigindo as soluções estruturais de forma ampla, para solucionar os problemas e suprir as omissões realizadas pelos órgãos públicos (MARTINS, 2020).

Ainda, conforme a Corte Colombiana, para estar presente o estado de coisas inconstitucional, é preciso alguns requisitos, a citar: a) uma permanente, grave e generalizada violação de direitos fundamentais, no qual afetará um número indeterminado e amplo de pessoas; b) a comprovação de omissões constante pelos poderes públicos, no cumprimento de seus deveres institucionais, a fim de garantir os direitos fundamentais; c) e a necessidade de uma solução de forma múltipla, dirigida a vários órgãos (MARTINS, 2020).

O primeiro caso de julgamento ocorreu no ano de 1997 através da *Sentencia SU-559/97*, no qual um grupo de professores pleiteava seus direitos previdenciários, que haviam sido retirados. A partir da declaração de estado de coisas inconstitucional, a Corte reconheceu uma série de violação abundante dos direitos fundamentais, em conseqüência de atos omissivos e comissivos de diversas autoridades públicas, que somente pioram pela própria falta de atuação do Estado, e unicamente as transformações no quadro estrutural da atuação do poder público, poderiam alterar a questão inconstitucional. Nesse sentido, mediante o estado grave a Corte reconheceu sua legitimidade para formular e programar as políticas públicas, como também reservar os recursos necessários, e a partir disso proteger sua competência para regularizar as medidas cabíveis, a fim de superar o estado de inconstitucionalidade (VIEIRA, 2018).

Com a declaração de estado de coisas inconstitucional, é evidente que esse proporciona uma ideia de ativista do tribunal, sendo uma espécie de ativismo judicial estrutural, uma vez que as decisões judiciais iram interpor em funções dos setores, executivos e legislativos, contendo as repercussões de plano orçamentário (CUNHA JÚNIOR, 2015). O marco principal ocorreu em uma demanda proposta através da *Sentencia T-*

*153/98*, de 28 de abril de 1998, no qual demandava questões envolvendo o sistema penitenciário daquele país colombiano, uma vez que a situação em que se encontrava, trazia consigo uma violação dos direitos humanos dos apenados que cumpriam pena naquele presídio. E assim, reconheceu-se o estado de coisas inconstitucional (ARRUDA, 2016).

Em outra oportunidade, a Corte Colombiana realizou o julgamento da *SentenciaT-025,* de 22 de janeiro de 2004, no qual essa abordava o deslocamento forçado, contendo mais de três milhões de pessoas em virtude da violência generalizada na Colômbia. O deslocamento daquela se deu por meio da ameaça ao direito à vida, além da integridade física através das facções criminosas, gerando com isso uma desordem social, violência e violação massiva dos direitos daquelas pessoas (LIMA, 2018).

Na referida decisão, foi feita a apreciação de 108 pedidos de tutelas, de 1.150 famílias que se encontravam fora de suas residências. Por conseguinte, declarou o estado de coisas inconstitucional, estabelecendo uma lista de providências a serem adotadas destacando-se: a) que fossem aplicados os recursos orçamentários, a fim de sanar os problemas; b) e a elaboração de políticas pública para a proteção dessas famílias (VIEIRA, 2018).

O estado de coisas inconstitucional se concretiza através de atos do Estado, mais precisamente de omissões praticadas pelo poder público, sendo consideradas inconstitucionais. Em relação à tutela dos direitos fundamentais, o Estado possui amplos deveres que devem ser realizados não podendo se omitir, e no âmbito dos direitos sociais, como exemplo, direito à educação, alimentação, entre outros, deverá exercer o mínimo existencial de tais direitos. Equitativamente, nos direitos individuais citando o direito à vida, dentre outros, o Estado não poderá sonegar a esses direitos, ferindo seu núcleo essencial (MARTINS, 2020).

Dessa maneira, se o Estado de modo sistemático, generalizado e constante praticar omissões ou atos cujo violam os direitos fundamentais, estará diante do estado de coisas inconstitucional, facilitando um grupo de medidas generalizadas abrangendo os agentes e órgãos públicos, com o fim de reduzir a violação de direitos fundamentais (MARTINS, 2020). É possível averiguar, a legitimidade do Judiciário para definir as tarefas do Estado que devam ser cumpridas, estabelecendo um cronograma da execução. Para alguns, parece uma ofensa ao princípio democrático, uma vez que o Poder Judiciário não é eleito pela população, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo, que tem o dever de regulamentar as políticas públicas como também designar as prioridades do Estado (MARTINS, 2020). Com isso, o Judiciário deve intervir quando houver o descumprimento do mínimo existencial dos direitos fundamentais, defendendo a Constituição Federal de 1988 (MARTINS, 2020).

Em decorrência de todo o relato chegou ao Brasil a ADPF nº 347/2015, sendo impetrada pelo (PSOL) Partido Socialismo e Liberdade em junho de 2015, e julgada em 27 de agosto de 2015 perante o Supremo Tribunal Federal (STF) como já minuciosa nesse trabalho no tópico justificativa. O julgamento foi relatado pelo ilustre Ministro Marco Aurélio, no qual aludia a respeito da situação do sistema penitenciário brasileiro, e com isso ficou reconhecido pelo Supremo como "estado de coisas inconstitucional", o Min. Ressaltou que "as prisões brasileiras são verdadeiras masmorras medievais" em virtude da crise carcerária (MARTINS, 2020).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, mais conhecida por ADPF tem seu fundamento legal no artigo 102, §1º da CF/88, bem como na Lei nº 9.882/99. Seu conceito está voltado a impedir ou reparar uma lesão no preceito fundamental, cujo é resultado de ato do poder público, como também buscar uma solução para uma controvérsia de cunho constitucional de lei, ato normativo federal, estadual, ou municipal, e aqueles também anteriormente à CF/88 (MORAES, 2020).

Em seu desdobramento, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é dividida em dois tipos, arguição direta ou autônoma, e arguição indireta ou incidental (MORAES, 2020). A autônoma está fundamentada no artigo 1º, caput da Lei nº 9.882/99 sendo proposta frente ao Supremo Tribunal Federal (STF), para impedir ou reparar algum tipo de lesão ao preceito fundamental, praticado pelo poder público, enquanto a direta possui natureza de ação constitucional, a fim de proteger um preceito fundamental da CF/88, lesado ou ameaçado pelo poder público (MORAES, 2020).

Destarte, a arguição incidental com fulcro no artigo 1º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 9.882/99, se origina na tramitação de um processo em curso, em qualquer tribunal, até mesmo no STF, contando que seja importante o fundamento da discussão a respeito da constitucionalidade de leis, atos normativos federal, estadual ou municipal, inclusos aqueles cujo anteriormente ao texto constitucional (MORAES, 2020). Todavia, na indireta, a sua natureza é de incidente de constitucionalidade, pois torna viável a suspensão do processo em curso, a fim de proferir uma decisão sobre a questão constitucional, para assim precipitar a solução de controvérsia (MORAES, 2020).

Para melhor compreender o significado da ADPF foi subdividido cada termo. De início, a palavra arguição, apesar de possuir o primeiro nome distinto de outras ações, também se trata de uma ação, podendo ser inserida no controle concentrado, abstrato e de constitucionalidade. Ademais, a Lei buscou trazer uma ação semelhante com a ação direta de inconstitucionalidade genérica, regida pela Lei nº 9.868/99, porém estando direcionada ao descumprimento dos preceitos fundamentais (MARQUES, 2014).

Segundamente, o vocábulo descumprimento, é utilizado para salvaguardar qualquer ofensa aos preceitos fundamentais da Carta Magna, envolvendo atos normativos ou não (MARQUES, 2014). Entretanto, a palavra preceito fundamental, não diz respeito a qualquer ofensa ao texto constitucional, mas sim um desrespeito ao preceito fundamental da CF/88.

A Lei nº 9.882/99 e a CF/88 não estabeleceu o rol desses preceitos fundamentais, pois depende de como o autor de cada ação irá demonstrar o caso, bem como do entendimento do STF sobre o caso concreto (MARQUES, 2014).

Quadra notar que, a ADPF é esclarecida pelo princípio da subsidiariedade, seu objeto se concentra na ampliação da jurisdição constitucional orgânica. De fato, o exercício está condicionado à ausência de algum meio eficaz para contrariar leis, ou atos normativos, estando no controle da constitucionalidade através de via direta. Assim como a ausência de meios, para a proteção dos preceitos fundamentais, por meio da constitucionalidade pela exceção (MORAES, 2020).

O princípio da subsidiariedade está previsto no artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/99, no qual fundamenta "não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade" (MARQUES, 2014, online). Em suma, a ADPF é uma ação de controle concentrado, cujo fim é derrubar o desrespeito nos assuntos de maior relevância no texto constitucional, sendo praticados ou não por atos normativos. Fala-se em ADI RESIDUAL na medida em que outros meios não puderem solucionar os problemas (MARQUES, 2014).

Ao analisar o controle concentrado, é visto uma contraposição a ele que se refere à inconstitucionalidade, sendo uma desconformidade entre as condutas do setor público e privado com a Carta Magna, mais precisamente falando em atos que estarão inadequados com o texto da constituição (BULOS, 2018). Não obstante, a constitucionalidade é o avesso da inconstitucionalidade, uma vez que aborda o conceito de conformidade e adequação das condutas pública e privada com a Constituição Federal, por isso quando se fala em respeito às normas constitucionais se depreende o termo constitucional, e falando em desrespeito revela-se o inconstitucional (BULOS, 2018).

Com o intuito de declarar a inconstitucionalidade, e em outro contexto, a constitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, originou a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ambas previstas no artigo 102, inciso I, alínea a da Carta Magna, in verbis (FERREIRA, 2014):

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...]
> I – processar e julgar, originariamente:
> a)a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (BRASIL, 1988).

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) possui o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que esteja em contrário ao texto constitucional. Seus legitimados estão previstos no artigo 103, em seus incisos da CF/88, sendo competência para julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), tal como necessitando de um quórum de dois terços para que sejam realizadas a instalação e a aprovação, de maioria absoluta dos membros desse referido tribunal, a fim de declarar a inconstitucionalidade. Com isso, sendo a lei inaplicável, os efeitos da declaração serão o erga omnes vinculante, e em regra o efeito *ex tunc* (CHINELLATO, 2013).

De outro lado, se sobressai a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) que visa declarar como o próprio nome diz a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. A legitimidade, a competência para julgamento, o quórum para instalação e aprovação, bem como os efeitos da decisão são semelhantes aos da ADI, ambas são ações de natureza jurídica dúplice, no qual é do controle abstrato de constitucionalidade (CHINELLATO, 2013).

Todavia, por terem pedidos distintos, parte da doutrina as consagra como ações de cunho trocado, importar destacar que ambas não se sujeitam aos prazos prescricionais e decadenciais já que uma vez proposta não aceita desistência. É obrigatória a atuação do Procurador Geral da República nessas ações, e as decisões serem irrecorríveis, ressalvando a possibilidade de interposição de recurso de embargos declaratórios (CHINELLATO, 2013).

Vale ressaltar que o termo inconstitucionalidade não se retrata em si mesmo de um vício, sendo esse o aspecto exterior ao argumento de que decorre de uma ação na qual o antecedeu, ainda que seja o desacordo com a conduta pública ou privada em desrespeito ao texto constitucional. O mesmo é um juízo de valor, pois leva ao raciocínio humano a pensar que a conduta seja qual for seu setor estará em desacordo com a CF/88, logo não se pode confundir desconformidade com a palavra vício, em virtude de aquela gerar esse (BULOS, 2018). Um exemplo de inconstitucionalidade e que se adéqua ao tema desse trabalho é a praticada por omissão, no qual os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deixam de atuar violando com isso o texto constitucional, sendo o caso da ADPF nº 347/2015 (VASCONCELOS, 2020).

Falando em inconstitucionalidade, recorda-se de ilegalidade apesar de ambas possuírem sua diferença em relação ao preceito cujo é desrespeitado. A primeira é uma desconformidade com a Constituição Federal, conquanto a segunda seja uma ofensa aos preceitos das leis. Assim, a inconstitucionalidade é uma espécie de ilegalidade que no Brasil ao ofender o texto constitucional está se atentando contra a lei maior, em razão da CF/88 ser uma lei, porém, uma lei hierárquica que traz como regra, uma obediência aos preceitos fundamentais (BULOS, 2018).

A Carta Magna aduz em seu artigo 5º os direitos e garantias fundamentais das pessoas, inclusive das presas ao passo de conceder um tratamento digno, não sendo aceito o tratamento desumano ou degradante. No entanto, ao adentrar nos direitos individuais, a

exemplo, no tratamento dentro dos presídios, o Estado arranca das presas seus direitos subjetivos da pessoa humana, trazendo com isso, a violação dos direitos da personalidade, sendo os direitos fundamentais e os direitos humanos (ABREU, 2020).

Os direitos fundamentais compreendem o conjunto de dispositivos da norma constitucional destinados a estabelecer direitos, garantias e deveres aos indivíduos, e possui sua subdivisão em três grupos: primeira, segunda e terceira geração. A primeira envolve os direitos individuais, civis e políticos, enquanto a segunda abrange os direitos sociais, econômicos e culturais, e por fim, o da terceira enquadra os direitos coletivos e difusos (OLIVEIRA, 2019).

E assim, com fulcro no artigo 5º, §1º da CF/88 garante uma aplicação imediata, sendo os direitos fundamentais, os direitos humanos contidos no texto constitucional, esses estão coligados à liberdade e igualdade que estão no plano internacional, logo é visto que o conteúdo de ambos é semelhante. Com isso, direitos fundamentais se referem à garantia ao ser humano da dignidade humana (ABREU, 2020).

Assim, o texto constitucional ampara os direitos dos seres humanos, bem como impõe deveres ao Estado. Por isso, é perceptível a relevância dos direitos fundamentais ao qual sucede da natureza humana, e da vida em sociedade, tal como a Constituição Federal de 1988 garante a importância de tais direitos legalmente, em razão de ser indispensável à dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2019).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

O método de abordagem do presente projeto decorre por meio do tipo dedutivo, cujo objetivo foi analisar um detalhamento a profundo sobre o tema. A partir de uma noção teórica buscou-se compreender os assuntos cujo tema está ligado, tal como proporcionar uma visão para a decisão julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

A técnica de pesquisa utilizada no projeto foi baseada na revisão bibliográfica de grandes doutrinadores, e sites *online*, no qual foi feito uma análise jurídica a respeito do tema proposto, discrepando as concepções e as evoluções históricas de assuntos ligados ao conteúdo. Além de ser feito uma avaliação sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 347/2015, impetrada perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de averiguar as condições em que se encontravam os estabelecimentos prisionais brasileiros.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 27 set. 2020.

ABREU, Rafael Mendonça de. Breve análise jurídica dos direitos das mulheres encarceradas. *In:* **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54351/breve-anlise-jurdica-dos-direitos-das-mulheres-encarceradas>. Acesso em 27 out.2020.

ALMEIDA, Nathália Fernandes de. **Estabelecimento carcerário feminino brasileiro:** o (des)cumprimento da Lei 7.210/84. Monografia (Bacharel em Direito) – UniEVANGÉLICA, Anápolis, 2019. Disponível em:

<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1379/1/Monografia%20-%20Nathalia%20Fernandes%20de%20Almeida.pdf>. Acesso em 01 nov.2020.

ALMEIDA, Paula. A violação dos direitos humanos das mulheres no cárcere brasileiro: Uma análise do direito à saúde das apenadas. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2019. Disponível em: <https://paulaalmeidaa.jusbrasil.com.br/artigos/694325090/a-violacao-dos-direitos-humanos-das-mulheres-no-carcere-brasileiro>. Acesso em 27 set.2020.

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus:** o surgimento dos presídios femininos no Brasil; comentários de José Daniel Cesano. 2 ed., rev. San Miguel de Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán., 2018.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira. Da casa de correção da corte ao complexo penitenciário da freicaneca: um breve histórico do sistema prisional no Rio de Janeiro, 1834-2006. *In:* **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro,** s.d. Disponível em:< http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/wp-content/uploads/2016/12/e01a08.pdf>. Acesso em 31 out.2020.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. Estado de coisas inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF. *In:* **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/estado-de-coisas-inconstitucional-uma-nova-formula-de-atuar-do-stf/>. Acesso em 31 out.2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 26 out.2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 27 out.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubrode1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 27 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.** Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 28 set.2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 28 set.2020.

RASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25 out.2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 25 out.2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 out.2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.277, de 24 de janeiro de 1944.** Instituiu o Código Penal Militar. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/cciviL_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del6227.htm#:~:text=DEL6227&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%206.227%2C%20DE,Institui%20o%20c%C3%B3digo%20penal%20militar.&text=Art.,-1%C2%BA%20N%C3%A3o%20h%C3%A1>. Acesso em 24 out.2020.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 26 out.2020.

BRASIL. **Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.** Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm>. Acesso em 25 out.2020.

BRASIL. **Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.** Revoga o Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, e as leis nºs 6.016, de 1973, e 6.063 de 1974. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6578.htm>. Acesso em 23 out.2020.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em 25 out.2020.

BRASIL. **Lei nº 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em 26 out.2020.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em 27 out.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF Nº 347/2015.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em:<stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 21 set.2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANÊDO, Paula Fernandes Teixeira. O histórico das penas privativas de liberdade. *In:* **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2010. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21441/o-historico-das-penas-privativas-de-liberdade>. Acesso em 31 out. 2020.

CHINELLATO, Thiago. ADI e ADC – aspectos gerais. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2013. Disponível em: <https://thiagochinellato.jusbrasil.com.br/artigos/121942680/adi-e-adc-aspectos-gerais>. Acesso em 27 out.2020.

COSTA, Amanda Maciel. Regime disciplinar diferenciado: aspectos históricos e críticos. *In:* **DireitoNet,** portal eletrônico de informações, 2013. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8147/Regime-disciplinar-diferenciado-aspectos-historicos-e-criticos>. Acesso em 31 out.2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Estado de coisas inconstitucional. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 31 out. 2020.

FARIA, Rodrigo Martins. **Sistemas penitenciários:** evolução histórica no contexto mundial. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11674/1/Sistemas%20penitenci%C3%A1rios%20-%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20hist%C3%B3rica%20no%20contexto%20mundial.pdf>. Acesso em 31 out.2020.

FERREIRA, Wille Alves de Lima. Da ação direta de inconstitucionalidade e suas peculiaridades. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30916/da-acao-direta-de-inconstitucionalidade-e-suas-peculiaridades>. Acesso em 27 out.2020.

GOUVEA, Viviane. **Prisões, presigangas e cadeias na Colônia**. Disponível em: <http://historialuso.an.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5122&Itemid=373>. Acesso em 31 out.2020.

ISIDORO, David. Sistemas penitenciários clássicos: breve análise dos sistemas penitenciários clássicos. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2017. Disponível em:< https://davidalcisi.jusbrasil.com.br/artigos/535331166/sistemas-penitenciarios-classicos>. Acesso em 31 out.2020.

LIMA, Luís Eduardo Bomfim. O estado de coisas inconstitucional no contexto da crise carcerária brasileira. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2018. Disponível em:<

https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 01 nov.2020.

LOPES, Marcel Shimada. A história da idade penal no Brasil. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2015. Disponível em: <https://marcelshimada.jusbrasil.com.br/artigos/314224092/a-historia-da-idade-penal-no-brasil>. Acesso em 31 out.2020.

LUTHOLD, Pedro Henrique. Uma breve história do direito penal positivo brasileiro e o PLS nº236/2012. *In:* **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, n.114, jul. 2013. Disponível em:< https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/uma-breve-historia-do-direito-penal-positivo-brasileiro-e-o-pls-n-236-2012/>. Acesso em 31 out.2020.

MARQUES, Gabriel. O que é argüição de descumprimento de preceito fundamental? *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2014. Disponível em:< https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>. Acesso em 26 out.2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional.** 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIGOWSKI, Eduardo. Das ordenações filipinas ao Código Criminal de 1830. *In:* **Justificando,** Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/10/12/das-ordenacoes-filipinas-ao-codigo-criminal-de-1830/>. Acesso em 31 out.2020.

MINISTÉRIO da Justiça. **Infopen:** Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em 28 set.2020.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional.** 12.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2015. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>. Acesso em 28 set.2020.

OLIVEIRA, Douglas Luciano de. Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2019. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/72567/os-direitos-fundamentais-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 27 out.2020.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. *In*: **RIDH,** Bauru, v.5, n.1, p.167-190, jan.-jun.,2017. Disponível em: <file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/472-1141-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em 28 set.2020.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Código Criminal do Império. *In:* **Arquivo Nacional MAPA,** 2016. Disponível em:< http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/281-codigo-criminal>. Acesso em 31 out.2020.

PRATES, Camilla Silva. Do sistema progressivo: progressão de regime no Brasil. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32363/do-sistema-progressivo#:~:text=A%20ideia%20central%20do%20sistema%20progressivo%20radica%20na%20diminui%C3%A7%C3%A3o%20da,2%C2%BA%2C%20do%20C%C3%B3digo%20Penal)>. Acesso em 31 out.2020.

RIBEIRO JUNIOR, Euripedes Clementino. A história e a evolução do Direito Penal brasileiro*. In:* **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2009. Disponível em:< http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18780/a-historia-e-a-evolucao-do-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 23 out.2020.

SANTIAGO, Emerson. Ordenações Afonsinas. *In:* **InfoEscola,** portal eletrônico de informações, s.d**.** Disponível em:<https://www.infoescola.com/direito/ordenacoes-afonsinas/>. Acesso em 31 out.2020.

SANTIS, Bruno Morais di; ENGBRUCH, Werner. História: A evolução histórica do sistema prisional e a penitenciária do Estado de São Paulo. *In:* **Revista Liberdades,** São Paulo, s.d. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145>. Acesso em 31 out.2020.

SANTOS, Leonardo do Nascimento. O cumprimento das penas privativas de liberdade e o sistema progressivo adotado pelo código penal brasileiro. *In:* **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2013. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35748/o-

cumprimento-das-penas-privativas-de-liberdade-e-o-sistema-progressivo-adotado-pelo-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em 31 out.2020.

SESSA, Amanda Lourenço. Estabelecimentos prisionais femininos no Brasil. *In:* **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/estabelecimentos-prisionais-femininos-no-brasil/#:~:text=O%20primeiro%20pres%C3%ADdio%20feminino%20que,surgiram%20na%20d%C3%A9cada%20de%201850.>. Acesso em 25 out.2020.

SILVA, Dinis Carla Borghi da. **A história da pena de prisão**. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-historia-pena-prisao.htm#indice_16>. Acesso em 26 out.2020.

TELES, Filipe Ewerton Ribeiro. Antecedentes históricos da pena de prisão no Brasil. *In:* **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53704/antecedentes-histricos-da-pena-de-priso-no-brasil>. Acesso em 31 out.2020.

TURRI, André Luis. Sistema prisional brasileiro: breves relatos históricos. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2016. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/48660/sistema-prisional-brasileiro-breves-relatos-historicos>. Acesso em 25 out.2020.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional.** 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VELASCO, Ignacio M. Poveda. **Ordenações do reino de Portugal.** Disponível em: <file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/67236-Texto%20do%20artigo-88649-1-10-20131125.pdf>. Acesso em 01 nov.2020.

VIEIRA, Samuel de Jesus. O estado de coisas inconstitucional e seus reflexos na administração pública. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63687/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-seus-reflexos-na-administracao-publica>. Acesso em 27 out.2020.

# A LEI Nº 13.142/2015 EM PAUTA: UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DO TIPO PENAL DO HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA DO ARTIGO 121, §2º, INCISO VII, DO CÓDIGO PENAL: REFLEXOS ACERCA DOS IMPACTOS SOBRE A SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, NO PERÍODO DE 2017 a 2019

Shamantta de Paula Mendes

## 1 INTRODUÇÃO

O projeto de lei 19/2015 que deu origem a Lei nº 13.142/2015, trouxe como justificativa o grande aumento na criminalidade assim como o uso de armamento bélico de guerra por parte de criminosos que atuam no Estado do Rio de janeiro. A proposta do presente projeto é realizar uma análise da Lei nº 13.142/2015 e sua efetividade. Diante do aumento da violência nas cidades do Rio de Janeiro, o Estado viu a necessidade de trazer maior severidade nas punições contra aqueles que atentarem contra seus agentes de segurança. A temática baseia-se na coleta de dados, que possam demonstrar em uma breve ordem cronológica, o surgimento da segurança pública no Brasil, bem como a criação da polícia no Estado do Rio de Janeiro.

Ademais, o projeto foi elaborado em etapas gradativas que demonstram a complexidade do tema, assim como a necessidade do estudo de seus reflexos diretos perante a sociedade. Através do tema aqui proposto vislumbra-se a importância da criação de um novo tipo penal, uma vez que o código utilizado sucede do ano de 1940, encontrando-

se ultrapassado, e não acompanhando as necessidades e anseios da sociedade contemporânea.

O projeto de pesquisa foi elaborado com o intuito de olhar para as necessidades e soluções apresentadas pelo Estado diante das expectativas da população do Estado do Rio de Janeiro, por uma vida com mais segurança e menos violência, assim como a aplicabilidade de medidas que concedam aos agentes de segurança pública e seus familiares proteção e condições de trabalho que reduzam seus riscos de mortalidade.

Será demonstrada a importância da preservação da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, como órgão que contribui diretamente para a manutenção da ordem, e do Estado democrático de direito. Apontando as medidas apresentadas e desenvolvidas pelo Estado, com o intuito de garantir a preservação da vida daqueles que atuam no *front* do combate da criminalidade, dentro de áreas mais afetadas, pela ausência de serviços de necessidades básicas a uma condição de vida humana, e crescente aumento da violência.

## 2 TEMA

A Lei nº 13.142/2015 em pauta: uma análise sobre os efeitos do tipo penal do homicídio qualificado na forma do artigo 121, §2º, inciso VII, do Código Penal: reflexos acerca dos impactos sobre a segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, no período de 2017 a 2019.

## 3 PROBLEMÁTICA

O tipo penal criado por meio de Lei nº 13.142/2015, que transformou em crime hediondo a prática do homicídio contra agentes da segurança pública e seus familiares até

o 3º grau, foi capaz de coibir/reduzir a prática do ilícito, no Estado de Rio de Janeiro, no período de 2017 a 2019?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar os efeitos do tipo penal do homicídio qualificado na forma do artigo 121, §2º, inciso VII, do Código Penal e os reflexos acerca dos impactos sobre a segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, no período de 2017 a 2019.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Examinar a formação histórica das forças de segurança pública no Brasil;
- Avaliar o processo de ampliação da violência à luz do contexto brasileiro, com enfoque na realidade do Estado do Rio de Janeiro;
- Caracterizar a figura do "polícidio" como mecanismo de enfrentamento à escalada da violência envolvendo policiais-vítimas.

## 5 HIPÓTESES

- Hipótese 01- O advento da Lei nº 13.142/2015 foi capaz de impactar diretamente na diminuição dos homicídios envolvendo as autoridades e os agentes da segurança pública como vítimas.

- Hipótese 02- O advento da Lei nº 13.142/2015 não foi capaz de impactar diretamente na diminuição dos homicídios envolvendo as autoridades e os agentes da segurança pública como vítimas.

## 6 JUSTIFICATIVA

Diante do crescente e expressivo aumento da violência praticada contra os agentes de segurança do Estado, no exercício da função ou em razão desta, deu-se início ao Projeto de Lei Ordinária 19/2015, com autoria do Deputado Federal Leonardo Picciani (PMDB-RJ). Após a aprovação, foi sancionada como Lei nº 13.142, em 06 de junho de 2015, o que trouxe algumas modificações no atual ordenamento penal jurídico brasileiro. (SOUZA, VELOSO, 2017, *online*)

A Lei nº 13.142/2015 alterou os artigos 121 e 129 do Decreto-Lei nº 2.848/1940 - Código Penal -, assim como o artigo 1º da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). De igual modo, inseriu a qualificadora para o crime de homicídio contra agentes de segurança, estendendo-se aos seus parentes até o 3º grau. (BRASIL, 2015, *online*)

O objetivo da lei é agravar a punição dos crimes de homicídio e lesão corporal quando estes forem praticados contra os integrantes das Forças Armadas e das Forças de Segurança, cuja previsão está localizada nos art. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional ou da Força Nacional de Segurança Pública, seus cônjuges, companheiros e parentes de até terceiro grau, por motivo de profissão. Desta forma, o crime de "policidio", assim denominado por alguns doutrinadores, traz consigo a hediondez para o ato de homicídio contra agente de segurança por razão de sua função. (SOUZA, VELOSO, 2017, *online*)

Até outubro de 2015, foram mortos 408 policiais civis e militares no Estado do Rio de Janeiro, o que, à época, já superava as mortes em todo o ano de 2013 que foram de 398, conforme estudo realizado pelo Senado Federal em 2015. (CASTRO, 2015 *apud* SOUZA, VELOSO, 2017, s.p). Entre 2017 e 2018, passou de 373 para 343, uma queda de 8%. Do total, 256 policiais – o que corresponde a 75% do número geral - foram assassinados durante a folga sem estarem uniformizados. (ADOMO, 2019, *online*)

O Coronel PM Fábio R. B. Cajueiro, presidente da Comissão de Análise da Vitimização Policial, aborda em seu artigo a guerra urbana não declarada vivenciada no Rio de Janeiro e seus reflexos na instituição da polícia militar. (CAIAFA, 2018, *online*). Nas palavras do Coronel:

> Os homicídios contra policiais militares no Rio de Janeiro é mais agravante do que aparenta. normalmente, quando números são divulgados, participa dessa contabilização apenas aqueles policiais em efetivo serviço, ou seja, fardados e armados, e trazem apenas o ano em questão, comparados com o efetivo do ano avaliado. Porém o fenômeno das baixas, que é a soma de mortos e feridos, é muito maior, pois existem os policiais que são mortos ou feridos no seu dia de folga devido a sua condição de policial militar, que pode simplesmente ser identificado por um indivíduo que prendeu e voltou às ruas, ou pelo cabelo curto e barba feita que deve usar, carteira de identidade que tem que portar, arma que carrega, e pelo instinto de reconhecimento mútuo entre Policial e Bandido, entre o Bem e o Mal. (CAIAFA, 2018, *online*)

De acordo com o relatório de vitimização policial realizado até 2015, ano da aprovação da Lei nº 13.142.2015, o início dos anos 2000 foi o período de maior letalidade para os casos dos óbitos em situações decorrentes de serviço. (VALE, 2015, p.05). Somente entre os anos de 2002 e 2004, 126 policiais militares foram mortos, ou 29% do total. Em 2005, o número de óbitos cai para mais da metade do ciclo anterior (24), permanecendo

estável até 2011, quando cai para sete vítimas no ano. A partir de então a vitimização policial em serviço volta a aumentar. (VALE, 2015, p.05). Em relação aos óbitos no período de folga, é possível observar que até 2007 ocorriam mais de 100 mortes por ano. A partir de então, a quantidade de vítimas assume uma tendência de queda que, no ano de 2014, registrou menos 54 mortes em relação à máxima histórica computada no intervalo analisado, que foi em 2003. (VALE, 2015, p.06)

**Figura 01**- Série histórica do número de Policiais Militares vitimados nos anos de 1998 a 2015.

**Fonte:** Elaborado pelo ISP com base em informações da policia militar do Estado do Rio de Janeiro, ano 2015.

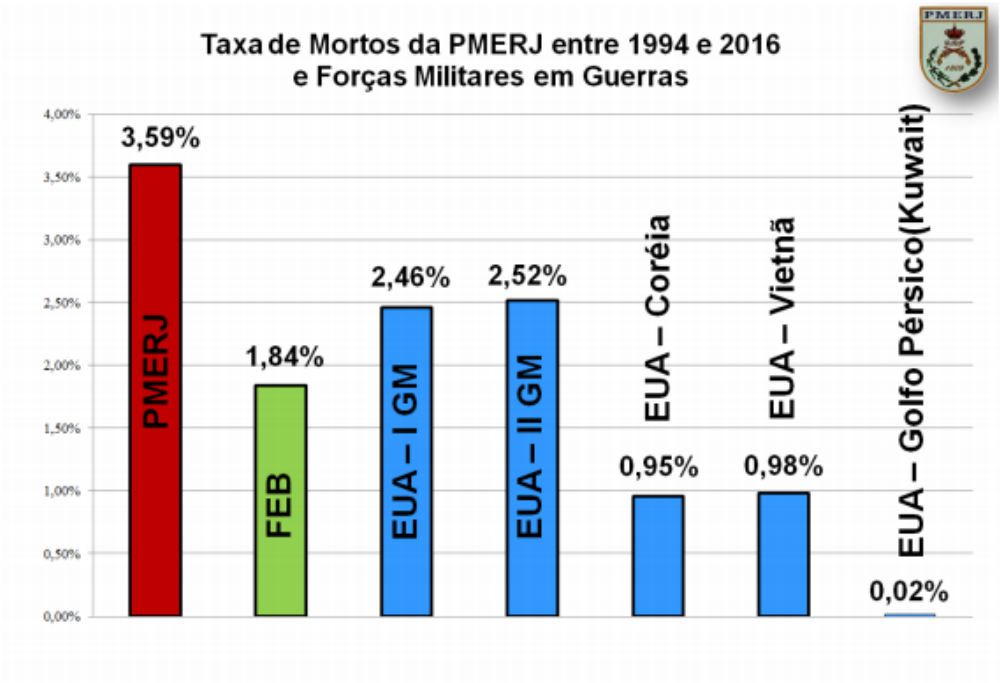
Até o dia 19 de julho de 2018, o Estado do Rio de Janeiro contabilizou 50 mortes de policiais. Destes, a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ) informa que 74% não

estavam em serviço: 32 estavam de folga, 13 em serviço e 5 eram reformados e/ou da reserva. (OLERJ, s.d, s.p). Diante do exposto, denota-se que há uma necessidade de o Estado coibir a crescente curva de morte envolvendo autoridades e agentes de segurança como vítimas. Tratam de números que demonstram claramente que a polícia militar do Rio de Janeiro, vive há vinte e três anos em um campo de guerra não declarada, sendo exposta a mortes equivalentes e superiores as guerras já declaradas. (CAIAFA, 2018, *online*)

Ressalta-se que a polícia militar do Rio de Janeiro ainda possui meios inferiores de defesa, no que se trata a tipo de armamentos que muitas das vezes são escassos ou não existem. Ademais, a PMERJ conta com as dificuldades geográficas do terreno em que atuam, tendo que lidar ainda com a grande pressão que é proteger a sociedade, ser diariamente atacado pelas mídias por sua letalidade e ainda retornar vivo para sua casa. (CAIAFA, 2018, *online*)

Em números totais, claramente da polícia militar do Rio de Janeiro, são inferiores em comparação ao dos Estados Unidos da América. Contudo, se comparada as taxas de mortos, feridos e baixas, é notório que foi mais arriscado estar atuando na polícia do Rio nos últimos vinte e três anos do que servindo na força expedicionária brasileira, ou nas forças armadas norte-americanas em qualquer guerra do século XX, incluindo as 1ª e 2ª Guerras Mundiais. (CAIAFA, 2018, *online*).

**Figura 02**- Taxa de mortos da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro entre 1994 e 2016 e forças militares em guerras.




Fontes: ISP, PMERJ/EMG/PM1, PMERJ/EMG/EI, PMERJ/EMG/EGQ, USA Congressional Research Service CRS Report RL 32492 e US Veteran Statistics.

Dentro das comunidades cariocas, há anos traficantes vem acrescentando fuzis e todo tipo de armamento utilizados em guerras aos arsenais do narcotráfico. E, com esse elevado poder bélico, a morte de policiais que efetivamente confrontam o tráfico no terreno é inevitável, o que faz com que a polícia do Rio de Janeiro, se mantenha em no mínimo com dois policiais mortos ou feridos por dia, initerruptamente há vinte e três anos. (CAIAFA, 2018, *online*)

**Figura 03.** Gráfico comparativo de mortes de policiais militares do Estado do Rio de Janeiro, nos anos de 2017 e 2018.

**Fonte:** Observatório Legislativo da Intervenção Federal na segurança pública do Rio de Janeiro, dados 2018.

De acordo com o observatório legislativo da intervenção federal na segurança pública do Rio de janeiro houve uma redução nas mortes de agentes de segurança pública no estado do Rio de Janeiro no ano de 2017 para 2018. Embora ano de 2017, tenha sido registrado como o ano com maior número de mortes de policiais militares, o ano de 2018 demonstra a maior queda nos homicídios contra agentes de segurança pública nos últimos 24 anos. (OLERJ, 2018, *online*)

Diante dos dados apresentados, pode-se compreender que se faz necessário um novo tipo penal que tratasse com mais rigidez aqueles que atentam contra a vida dos agentes de segurança pública. Assim, conquanto a lei não tenha extinguido a prática do crime, houve uma redução, no entanto, faz-se necessário além do endurecimento das leis

que o Estado ingresse com serviços essenciais nessas comunidades carentes dos serviços básicos e essenciais. (CAIAFA, 2018, *online*)

## 7 REVISÃO DE LIERATURA

O desenvolvimento da "ordem pública", expressão sinônima de "manutenção da ordem social interna", sempre esteve vinculado à evolução política do Estado. A origem da ordem pública dependeu, primeiramente, da desvinculação entre o interesse público e o interesse privado. Enquanto não existia a diferenciação entre o público e o privado, processo iniciado durante o absolutismo, o monarca utilizava as forças públicas militares exclusivamente para a sua segurança, seja externamente ou internamente. Era inexistente, em um primeiro momento, a preocupação da defesa dos direitos daqueles que não pertenciam à nobreza. (MORAES,2010, p.11)

A proposta sobre a qual se desenvolveu o presente projeto está centrada na correlação entre a criação de um novo tipo penal, a Lei nº 12.143/2015, diante da atual política nacional de segurança pública especificamente no Estado do Rio de Janeiro. O tema segurança pública tornou-se recorrente diante do cenário brasileiro tendo em vista o grande aumento na violência. A diversidade de ilícitos praticados e a efetiva ausência de segurança, torna-se um gerador de instabilidade, perigo e dano não só para a sociedade, como também para o Estado Democrático de Direito. (SILVA JUNIOR, RANGEL, 2017, *online*)

Para que o Estado cumpra com os seus deveres constitucionais, como preservação da paz social e repreensão de condutas que possuam um viés diverso ao convívio pacífico, fez-se necessária a criação de instrumentos de efetivação desses objetivos comuns, ou seja, instituíram-se os órgãos policiais de segurança pública. O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 determina que toda a administração pública obedecerá ao princípio da eficiência.

Assim, por sua vez, o atual programa nacional de segurança pública, também, impõe a todas as instituições policiais que trabalhem de modo a atingir o máximo de eficiência em suas funções. (MORAES,2010, p.07)

O modelo atual normativo do Estado Democrático e de Direito, assim como de Estado Constitucional, demanda que surja, diante da população, uma necessidade de efetividade referente às garantias e direitos fundamentais. Atualmente, a segurança pública está disposta em variados tratados e convenções internacionais por possuir substancial importância na manutenção da ordem dos Estados Democráticos de Direito. (MINUSCOLI, ALMEIDA, 2016, *online*)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, inspirada na Revolução Americana, dispôs, em dezessete de seus artigos, os variados direitos fundamentais inerentes ao ser humano. À luz da redação do artigo 2º, o propósito da associação política é garantir os direitos indispensáveis ao ser humano, dentre eles o direito à liberdade, à propriedade e à segurança. Para a manutenção desses direitos, é fundamental a existência de uma força pública que possua a confiança da sociedade para agir em prol da coletividade sem direcionamento nos interesses particulares. (RODRIGUES, 2009 *apud* MINUSCOLI, ALMEIDA, 2016, *online)*

A segurança pública necessita ser compreendida sob uma perspectiva mais complexa, porque vai além da esfera policial, incluindo dificuldades que possuem impacto direto na vida da população. Sua interpretação deve ocorrer de modo pelo qual seja possível garantir a proteção à vida, direitos e liberdades essenciais a cada ser humano, além de estabelecer, um convívio pacífico e harmonioso em sociedade. Em síntese, a segurança pública não deixa de ser um direito fundamental com o fito de resguardar a prática de variados outros direitos elencados na norma jurídica. (RODRIGUES, 2009 *apud* MINUSCOLI, ALMEIDA, 2016*, online*)

Na Constituição da República de 1988, à luz do artigo 5º, *caput*, a segurança pública firma-se sob o status de direito fundamental garantindo aos brasileiros assim como aos estrangeiros o direto à vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança. Denota-se, desta forma, que a segurança está ligada à ordem social, isso porque, ao mesmo tempo, é tratada como um direito social no artigo 6º, *caput*, da Carta magna de 1988. (SOUZA, 2008, *apud* MINUSCOLI, ALMEIDA, 2016, *online*)

Ademais, quando se aborda a respeito de quem tem o dever de manter a garantia da segurança pública, o artigo 144 da Constituição Federal de 1988, expressa a segurança pública como dever do Estado e responsabilidade de todos, originando um conceito democrático de segurança pública. (SOUZA, 2008 *apud* MINUSCOLI, ALMEIDA, 2016, *online*). É por meio da segurança pública que ocorrerá a proteção que garantirá a continuidade do Estado Democrático de Direito, agindo na segurança externa e interna do país, sendo representada por meio dos órgãos polícias dispostos no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, valendo-se ainda em casos excepcionais pelas forças armadas. (SOUZA,2008 *apud* MINUSCOLI, ALMEIDA, 2016, *online)*

À luz do Decreto-Lei nº 88.777/1983, o conceito de segurança pública surge como um desdobramento da Ordem Pública, podendo ser compreendida como um agrupamento de regras formais. Regras que emanam do ordenamento jurídico da Nação, possuindo o objetivo de regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, firmando uma convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo Poder de Polícia, constituindo condições que visem o bem comum.

Destarte, quando o assunto abordado for "segurança pública" não há que falar em sua diminuição ou não aplicação, uma vez que é necessário o mínimo de ordem para manutenção da segurança da sociedade, assim como para garantir que os demais direitos

essenciais possam ser preservados e exercidos pela população (SILVA JUNIOR, RANGEL, 2017, *online*)

Não há de se olvidar que para que exista a efetividade na segurança pública, o Estado necessitará restringir determinados direitos com o propósito maior que é o benefício do bem comum. Contudo, essa restrição será momentânea e necessária para a manutenção da Ordem Pública, podendo, dentro dos parâmetros da proporcionalidade e legalidade, utilizar-se do uso legítimo da força para empregar a missão constitucional de efetivação da segurança pública. (VALENTE, 2012, *apud* MINUSCOLI, ALMEIDA, 2016, *online)*

No ano de 2009, o governo do Rio lançou a Unidade de Polícia Pacificadora (UPP), a partir da experiência piloto no morro de Santa Marta, em Botafogo. O objetivo principal se baseava na hipótese de que os policiais, ao invés de invadirem periodicamente, deveriam ficar efetivamente dentro das comunidades, com a intenção de retomar o controle do território evitando os confrontos armados diários, assim como abrir caminho para que o Estado entrasse para fornecer direitos básicos e essências. O contingente policial foi composto por policiais recém-formados, inspirados pela doutrina da polícia comunitária ou de proximidade. Além do objetivo principal, podemos considerar outros objetivos secundários, quais sejam: (CANO, BORGES, RIBEIRO, s.d, *online*)

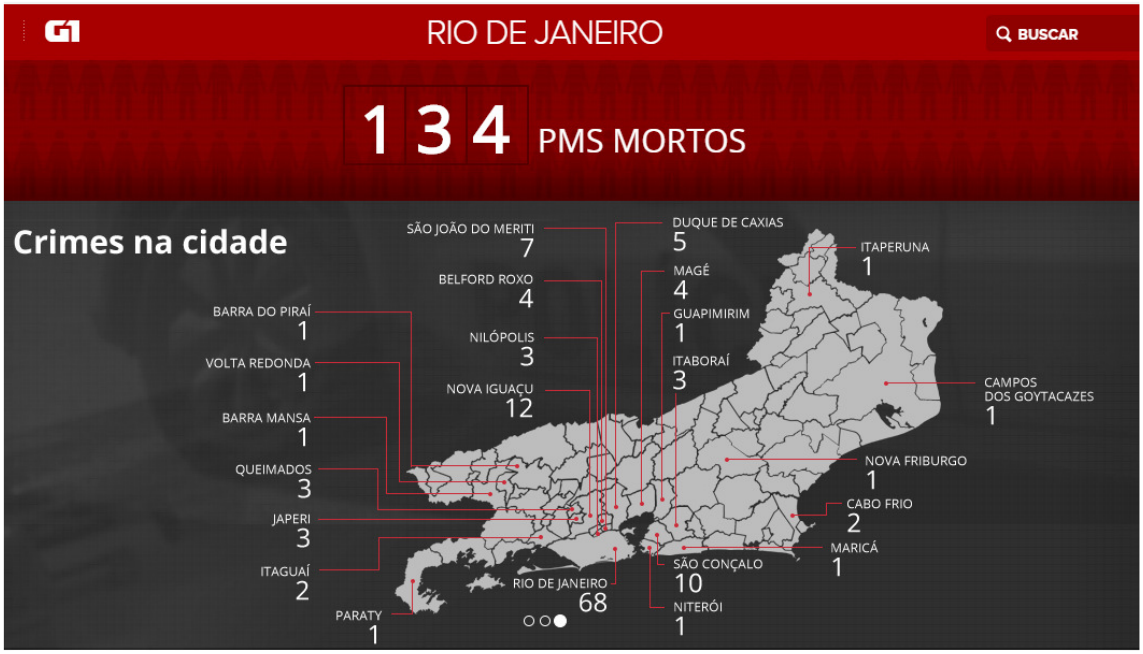
> 1. Permitir a entrada ou a expansão dos serviços públicos e da iniciativa privada, tradicionalmente limitados pela ação do poder paralelo dos grupos criminosos;
> 2. Aumentar a formalização das atividades econômicas e dos serviços no local, bem como da vida dos moradores em geral, historicamente submetidos a condições de informalidade;
> 3. Contribuir a uma inserção maior desses territórios e seus habitantes no conjunto da cidade, desativando a visão tradicional de 'cidade partida' que define ao Rio de Janeiro. (CANO, BORGES, RIBEIRO, s.d, *online*)

Dois anos após a criação das UPPS, no ano de 2012 houve a primeira morte de policial que atuava na UPP dentro de uma comunidade, a soldado Fabiana Aparecida de Souza, foi baleada no peito e veio a óbito.( TEIXEIRA, GRANDIN, 2018, *online*). Vale ressaltar que as operações nas comunidades, tornou-se uma das principais causas de mortes em serviço, o que colocou em xeque a efetividade da política de enfrentamento. (SOARES, 2018, *online*).

**Figura 04.** Policiais mortos no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2017.

**Fonte:** G1, 2017

**Figura 05.** Localidades das mortes de policiais no Estado do rio de janeiro em 2017.




**Fonte:** G1, 2017

Conforme demonstrado na figura 04, no ano de 2017, 134 Policiais militares foram executados no período de janeiro a dezembro, um a menos que no ano de 2016. A Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (ALERJ), que apurou as mortes de policiais militares, apresentou um relatório em setembro no qual - demonstra que os agentes de segurança pública do Rio de Janeiro, correm seis vezes mais risco de morrer comparado aos policiais de São Paulo – e que a situação se torna mais grave diante da "política de confronto" utilizada no Estado. (BIANCHI, 2018*, online*)

> O relatório realizado pela ALERJ trouxe recomendações além do fim da política de confronto, com o intuito de reverter a situação que envolve os homicídios contra os policiais do Estado do Rio de Janeiro como o aperfeiçoamento na formação, aumento do treinamento de defesa e situações de crise dos policiais, assim como a necessidade de tecnologias

> melhores de defesa pessoal, uma maior difusão de informações referentes aos direitos trabalhistas e previdenciários do agente, o reforço e intensificação nas estruturas de atendimento psicológico às famílias e a melhoria dos bancos de dados sobre doenças ocasionadas pelo estresse da profissão. O relatório recomenda ainda que exista a realização de campanhas publicitárias sobre boas práticas policiais e a importância vital do serviço prestado à população. (BIANCHI,2018*, online*)

A política de confronto, ocorre por meio do uso elevado e indiscriminado de policiais em operações corriqueiras nas comunidades. O que tem como consequência um quadro de alta mortalidade de policiais, e que acaba ainda, por expor os policiais militares, que ao fim da ação permanecem na localidade para manutenção da ordem pública, caso das instalações de Unidade de Polícia Pacificadora (UPP). (BIANCHI, 2018*, online*)

A vitimização de policiais continua a ser tratada como um tabu tanto por parte da sociedade como, e principalmente, por parte do Estado brasileiro em seus mais diversos entes e órgãos, que, não obstante os dados no que toca às suas vulnerabilidades, ignora por completo a realidade destes profissionais. É necessário trazer à tona o assunto sobre vitimização para que possa se discutir sobre a criação de instrumentos que possam ser utilizados para o desenvolvimento de políticas sociais orientadas em direção à prevenção do crime dentro de um contexto de equidade social e de respeito aos direitos humanos. (SOUZA, OLIVEIRA, 2019, *online)*

Neste sentido, no caso de vitimização dos agentes responsáveis pela aplicação da lei, devemos entender como sendo algo que diz respeito aos agentes de segurança pública enquanto vítimas de agravos físicos e emocionais ou de morte no exercício de sua profissão ou em função dela. Ademais, no Brasil, em grande parte do tempo, essa temática é ignorada pelo poder público, na medida em que sequer há dados oficiais e atualizados com relação

ao número de profissionais vitimados, como por exemplo, no caso de suicídios (SOUZA, OLIVEIRA, 2019, *online*)

Buscando uma maior proteção a vida dos agentes de segurança pública, a Lei nº 13.142/2015 trouxe consigo uma punição mais grave para quem cometer o homicídio contra agentes da segurança pública e seus parentes de terceiro grau, em razão da função. Esse novo tipo penal vem abrangendo aos familiares uma vez que - todos os dados apresentados demonstram que o maior número de homicídio contra policiais militares do Estado do Rio de Janeiro, ocorre durante suas folgas, com a existências de diversos casos onde o militar está na companhia de sua família (BRASIL, 2015)

O maior gerador de morte de policiais militares durante o período de folga subsiste de suas rápidas reações na hora em que são abordados na prática de assaltos e do medo que estes possuem, de serem identificados por criminosos, ainda que estejam sem farda, e de serem consequentemente executados de maneira cruel. (BIANCHI, 2018*, online*)

> Policias militares discorreram a ONG HUMAN RIGHTS WATCH, que até mesmo em situações rotineiras e simples como usar o transporte público são vistas por estes com perigosas. Relataram que evitam utilizar ônibus e metrô fardados - com o uniforme e identificação profissional, poderiam circular de forma gratuita- e não o fazem por medo de serem reconhecidos e executados de forma brutal. (BIANCHI,2018*, online*)

Com base em dados internos da Polícia Militar, o número de policiais militares mortos no Estado do Rio em 2018 é o menor dos últimos 24 anos. O levantamento revela que 92 agentes foram assassinados neste ano, 43% a menos do que os registros de 2017, do total de Policiais Militares mortos no ano de 2018, 24 (vinte e quatro) estavam de serviço, 13 eram policiais reformados e 55 estavam de folga no momento do crime. (SOARES, 2018, *online*),

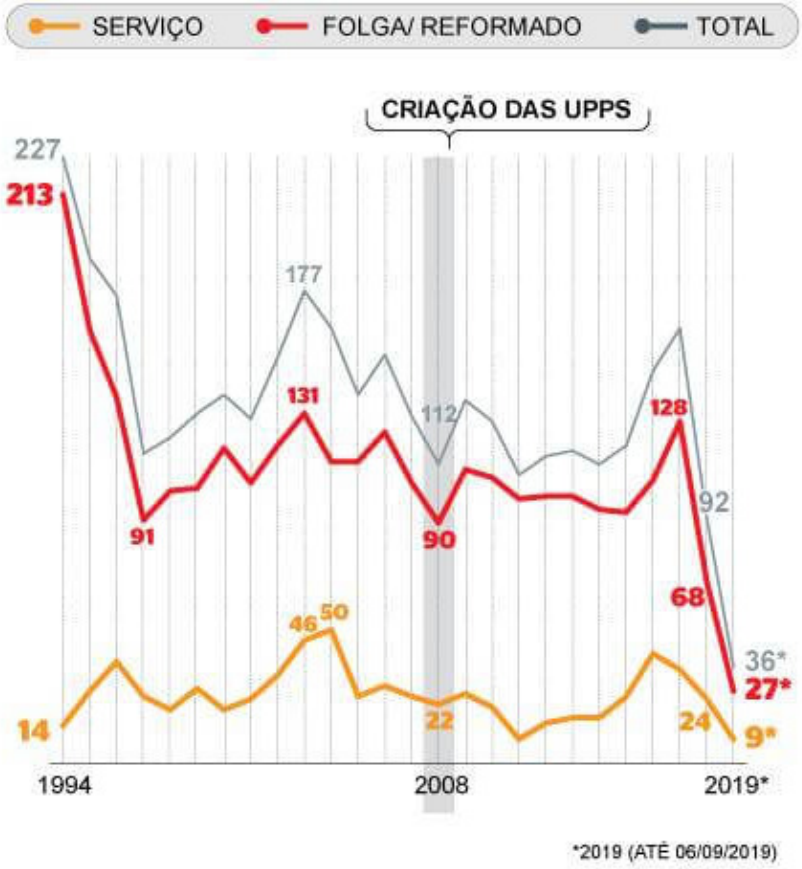
A queda nos números de policiais mortos seria reflexo de políticas internas da corporação e mudanças no comportamento dos agentes nos horários de folga. Após a explosão de casos em 2017, as políticas da Polícia Militar foram mais efetivas para combater a vitimização, houve uma tomada de consciência sobre o problema, o que motivou mudanças no comportamento do policial durante as folgas. (SOARES, 2018, *online*)

**Figura 06.** Policiais Militares Mortos no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2018.

**Fonte:** Jornal Extra, 2018, *online*.

O Estado do Rio de Janeiro teve trinta e seis Policiais Militares mortos até setembro de 2019, ocasionando uma média de 4 vítimas por mês, - o menor desde 1994 - ano em que a polícia Militar começou a contabilizar os policiais mortos. A queda em 2019, também, está entre os policiais em serviço e em folga, ao todo, foram 17, ocasionando uma redução de 58% em relação a 2018, quando 55 em folga foram assassinados (FREIRE, 2019, *online)*

**Figura 07.** Gráfico demonstrativo da morte de policiais militares do Estado do Rio de Janeiro até setembro de 2019.




**Fonte:** Diário do Rio, 2019, *online*.

Aprofundando na lei em análise, observa-se que o projeto de Lei nº 19/2015 que alterou os artigos 121 e 129 do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos crimes hediondos) foi elaborado como meio de instrumento que pudesse trazer maior proteção não somente a vida em si do agente de segurança pública, como garantir que a força do Estado seja resguardada, uma vez que esses agentes representam a mão do Estado na manutenção da ordem. (BRASIL, 2015, *online)*

É mister que além da criação de um novo tipo penal, outras medidas também sejam aplicadas, garantindo eficiência, demonstrando que estão sendo esgotados todos os meios cabíveis, para tutelar a vida dos agentes de segurança pública, uma vez que, são o alvo inicial quando o assunto é a violência urbana contemporânea. Por esta razão, impende ao Estado, defender mais ações planejadas e menos operações de reação a episódios de violência. É necessário restabelecer o papel institucional das polícias, em que a Polícia Militar trabalha com o patrulhamento ostensivo, e a Civil, com a investigação pelo inquérito policial. (BIANCHI, 2018*, online*)

A primeira vez em que a expressão segurança pública apareceu no texto constitucional brasileiro foi na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, mais precisamente no artigo 16, inciso V, ao prevê que era da competência privativa da União legislar sobre o bem-estar, a ordem, a tranquilidade e a segurança pública. (RIO, 2013, p.189)

Ao pisar em solo brasileiro com o descobrimento do Brasil, D. João VI e os membros da coroa portuguesa no início da colonização, não demonstraram nenhum tipo de anseio relacionados aos direitos sociais. A ideia central estava fundamentada na criação de instituições, nas quais eram excluídos direitos sociais entre eles a educação, saúde, reforma

agrária, saneamento básico e consequentemente, a própria segurança pública. (PORTAL EDUCAÇÃO, s.d, *online*)

Em 1808, ameaçada pela iminente invasão de Napoleão Bonaparte, a família real portuguesa decidiu se mudar para o Rio de Janeiro, trazendo consigo sua Corte com cerca de quinze mil pessoas. A lei no Rio de Janeiro era até então mantida por guardas ou vigias não armados, que eram escolhidos pela prefeitura e pelos quadrilheiros ou "agentes policiais do bairro" apontados por juízes locais. No entanto, a chegada de uma monarquia logo exigiu uma força policial mais organizada. *(*ASHCROFT,2014*, online)*

Em 13 de maio de 1809, D. João VI criou a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia - primeira força de policiamento em tempo integral, organizada militarmente - com o objetivo de "prover a segurança e a tranquilidade pública" na Corte e com amplos poderes para manter a ordem e perseguir criminosos. Essa força deveria contar com 218 soldados, distribuídos por uma companhia de cavalaria e duas de infantaria, armados e uniformizados de forma idêntica aos da Guarda Real portuguesa, comandados pelo coronel José Maria Rabelo, que servira na Guarda portuguesa e viera para o Brasil junto com a família real. (MUSUMECI, MUNIZ, 2000, p.03)

Essa instituição é oficialmente considerada o primeiro núcleo da atual Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e sua missão de policiar a cidade em tempo integral tornou-a desde o início mais eficaz que o antigo sistema de vigilância esporádica realizada por "quadrilheiros" (guardas civis) ou pelo Exército. Desde o início, também, ficou gravada na cultura popular a truculência de alguns agentes da Guarda, como o famoso Major Vidigal, que se notabilizou pelo método de aplicação de castigos corporais no patrulhamento das ruas e pela violenta perseguição aos batuques e quilombos escravos, aos capoeiras e aos demais tipos de "vadios e ociosos" existentes na cidade. (MUSUMECI, MUNIZ, 2000, p.03)

Os Corpos de Polícia receberam a designação "militar" na nomenclatura após a Proclamação da República, e com o tempo adquiriu características peculiares do efetivo, no entanto já possuía traços do Exército, que era e continua sendo a força de segurança, que servia de exemplo e inspiração. Em continuidade, a linha histórica de acontecimentos, no período de governo militar, entre 1964 e 1985, foi retirada das as policias militares a sua autonomia, devido as alterações estruturais da época, passando a ser subordinadas diretamente ao Exército Brasileiro, devendo agir conforme as razões e maneiras de atuação deste. (GOIÁS, 2020, *online*)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as funções da polícia militar foram delimitadas iniciando um trabalho ora específico, uma vez que suas atividades passaram a constar expressamente em um dispositivo legal. Atualmente, as polícias militares compõem um grande sistema de segurança pública, tratando-se da Corporação mais tradicional dentre as demais. Além de garantir a manutenção da ordem e paz social, a polícia militar também está introduzida em inúmeras questões sociais, influenciando na cultura e evolução da sociedade. (GOIÁS, 2020, *online*)

É notório que atualmente, as Polícias Militares atuam mais do que nas funções específicas, ganharam força, assumiram papéis diversos perante a sociedade e passaram a compor e contribuir com todo o sistema social estadual, trazendo resultados que vão muito além do que promover segurança pública de acordo com a norma expressa. (GOIÁS, 2020, *online*)

É por tal razão, faz-se necessária a estimulação da criação de mecanismos de proteção dos agentes públicos, que compõem o sistema nacional de segurança pública e de seus familiares. Assim como incentivar a elaboração, a execução e o monitoramento de

ações nas áreas de valorização profissional, de saúde, de qualidade de vida e de segurança dos servidores que compõem esse sistema. (SOUZA, OLIVEIRA, 2019, *online*)

O Congresso Nacional decretou que o artigo 1º, § 2º do artigo 121 do Decreto-Lei de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do inciso VII, que dispõe: (BRASIL, 2015)

> **Artigo 121**- Matar alguém:
> Pena- reclusão 6(seis) a 20(vinte) anos
> § 2º - **homicídio qualificado se cometido contra**:
> Inciso VII - contra autoridade ou agente descrito nos artigos. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Forma 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. (BRASIL, 1940) (grifos nossos)
>
> **Artigo 129**- do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do § 12 pela Lei 13.142/2015
> Aumento De Pena
> **§**12- Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos artigos. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Forma 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, a pena é aumentada de um a dois terços. (BRASIL, 1940) (grifos nossos)
>
> **Artigo 1°** da Lei 8 .02, de 25 de julho
> de 1990, Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte alteração:
> Art. 1º **São considerados hediondos os seguintes** crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994)
> I – Homicídio- artigo. 121, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, é homicídio qualificado (art. 121, § 2°, I, II, III, IV, V, VI e VII)
> I-A – 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 arts. 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; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015) (BRASIL, 2015, grifos nossos)

A justificativa para a formulação do Projeto de Lei nº 19/2015, aduz que observando os princípios de individualização da pena e vislumbrando o efetivo combate ao crime organizado e a punição eficaz dos criminosos, faz-se necessária uma penalidade mais rigorosa. Essa penalidade será empregada em desfavor dos indivíduos que cometem homicídio consumado, ou tentado, na forma simples ou qualificada, quando o crime for praticado contra autoridade e agente de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal. O fito Estatal é tentar coibir/reduzir a prática do crime contra profissionais que atuam no *front* do combate à criminalidade. (BRASIL, 2015; BIANCHI, 2018*, online*)

Os crimes realizados por quadrilhas armadas visando a subtração de valores em instituições financeiras, demonstram o forte propósito de resistência inerentes as ações do Estado. O confronto armado contra as forças de segurança utilizando emprego de metralhadoras e fuzis por parte dos criminosos, tornou-se um gerador de mortes de autoridades e agentes de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal. Assim**,** seja pelo uso de armamento pesado, restrito (fuzis e metralhadoras), seja pelo emprego de explosivos, ou até mesmo em razão de emboscadas, viu-se a necessidade de uma reforma da legislação penal. (BRASIL, 2015, *online*)

A criação de causa de aumento de pena para este tipo de crime é crucial para fortalecer o Estado Democrático de Direito e as instituições legalmente constituídas para combater o

crime, especialmente o organizado, o qual planeja gerar pânico e descontrole social. (BRASIL, 2015, *online*)

Ademais, não se trata de hipótese de vincular o crime praticado contra autoridade e agente de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal, quando esses estão apenas no exercício de sua função ou em razão dela. Vale dizer, que - o homicídio de um policial, nas férias, deve ser tratado com a mesma seriedade de quando ele está no efetivo exercício de suas funções -, até mesmo para efetivamente se prevenir e reprimir o crime praticado contra as autoridades e agentes. Tal medida fortalece a sociedade, gerando sensível aumento da sensação de segurança e efetiva sensação de diminuição da impunidade. Desta forma, será demonstrado aos criminosos, que o Estado Democrático de Direito tutela essas combativas autoridades e agentes de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal. (BRASIL, 2015, online)

Pelo exposto até aqui no presente projeto, denota-se a importância que o papel da segurança pública exerce perante a sociedade diante do aumento da violência atual. O Estado precisa mostrar-se presente, seja nas modificações penais que visem a proteção dos seus agentes garantidores da ordem, bem como na implantação de medidas sociais nas áreas mais conflagradas pela violência urbana. (PORTAL EDUCAÇÃO, s.d, *online)*

Resta claro, que hodiernamente o país no qual se permita a existência e a manutenção da exclusão social, da miséria, desemprego e da falta de apoio à educação, os índices de criminalidade tendem a ter aumento significativo. Transformando-se em um gerador de caos, que acabada dificultando o trabalho da segurança pública em manter a ordem de maneira simples e sem transtornos. (PORTAL EDUCAÇÃO, s.d, *online)*

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A forma de abordagem teórica utilizada no projeto ocorre por meio do método dedutivo, visando analisar as ideias já utilizadas e a s hipóteses que ainda poderão ser utilizadas para enfrentar as dificuldades apontadas sobre o assunto aqui em análise. Foram utilizados os dados já informados anteriormente, por órgãos indiretamente ligados a instituição da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, bem como o uso de relatórios e artigos já publicados sobre o tema.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

Para elaboração do projeto proposto, será realizada uma revisão bibliográfica detalhada, com a coleta de dados em análises de relatórios e matérias jornalísticas *online*, direcionadas em uma breve ordem cronológica que registraram os homicídios contra policiais militares do Estado do Rio de Janeiro. Ainda como técnica utilizada fez-se necessário uma análise sobre a justificativa utilizada para elaboração do Projeto de Lei 19/2015, que aprovado, passou a vigorar como Lei de nº 12.143/2015, bem como o estudo das modificações que incorreram no Código Penal Brasileiro.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

ADOMO, Luis. Número de mortos por policiais sobe 20%; Rio concentra 1/4 dos óbitos. *In*: **Uol,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/09/10/numero-de-mortos-por-policiais-no-brasil-sobe-20-rio-concentra-14.htm?fbclid=IwAR1ADGOd62DMHMibt2bWrKl8ZGWw2X6Xg9J0vx36iHQBgzDuWh3FMLJOIzc#new_tab> Acesso em 25 set. 2020.

*A*SHCROFT, Patrick. **História da Polícia Militar do Rio de Janeiro**: Primórdios do Século XIX. Disponível em: <https://rioonwatch.org.br/?p=10231> Acesso em 20 out. 2020.

BIANCHI, Paula. Após 2017 com 134 assassinados, PM é baleado no Rio; por que essa é a 1ª de muitas mortes. *In*: **Uol,** portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: < https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/03/rj-termina-2017-com-134-pms-mortos-por-que-esse-numero-nao-deve-cair-em-2018.htm> Acesso em 13 out. 2020.

BRASIL**. Lei Nº 13.142, de 6 de julho de 2015.** Altera os arts. 121 e 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13142.htm> Acesso em 27 set. 2020.

CAIAFA, Roberto. **A Guerra Urbana não declarada no Rio e seus efeitos na PMERJ.** Disponível em: <https://tecnodefesa.com.br/a-guerra-urbana-nao-declarada-no-rio-e-seus-efeitos-na-pmerj/ > Acesso em 25 set. 2020.

CANO, Ignacio. BORGES, Doriam. RIBEIRO, Eduardo. **O impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro.** Disponível em: https://alacip.org/cong13/773-cano-7cc.pdf > Acesso em 14 out. 2020.

FREIRE, Quintino Gomes. Número de PMs mortos no Rio pode ser o menor em 25 anos. *In*: **Diário do Rio,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://diariodorio.com/numero-de-pms-mortos-no-rio-pode-ser-o-menor-em-25-anos/> Acesso em: 14 out. 2020.

GOIÁS (ESTADO). **Assessoria de comunicação da PMGO:** A origem das polícias militares no Brasil. Disponível em: <https://www.pm.go.gov.br/noticias/a-origem-das-policias-militares-no-brasil> Acesso em 20 out. 2020.

MINUSCOLI, Alcenir Luis. ALMEIDA, Luis Henrique Fogaça de. Afinal o que é segurança pública. *In*: **Jus Navigandi,** Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51752/afinal-o-que-e-seguranca-

publica#:~:text=%C3%A9%20uma%20pol%C3%ADtica%20que%20deve,externa%20e%20interna%20do%20pa%C3%ADs.> Acesso em 07 out. 2020.

MORAES, Fábio Trevisan. **Direito fundamental à segurança e políticas públicas.** 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf> Acesso em 20 out. 2020.

MUSUMECI, Leonarda; MUNIZ, Jacqueline. **As instituições de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2011/06/MARE-CAPES_02_Inst_seg_RJ.pdf> Acesso em 10 out. 2020.

OLERJ. **Observatório Legislativo da Intervenção Federal na Segurança Pública do Rio de Janeiro. Disponível** em: <http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/vitimizacao-de-policiais> Acesso em 25 set. 2020.

PORTAL Educação. Breve histórico da segurança pública no Brasil: Do período colonial ao século XXI. *In:* Portal Educação, portal eletrônico de informações, s.d. Disponível em: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/breve-historico-da-seguranca-publica-no-brasildo-periodo-colonial-ao-seculo-> Acesso em 07 out. 2010.
RIO, José Justino do. **O direito fundamental à segurança pública num Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <file:///C:/Users/Shamantta/Downloads/397-1-1356-1-10-20140104.pdf> Acesso em 20 out. 2020.

SILVA JUNIOR, Ivanildo Jeremias da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. O direito à segurança pública como direito fundamental. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2017. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-seguranca-publica-como-direito-fundamental/> Acesso em 20 out. 2020.

SOARES, Rafael. Número de PMs mortos no Rio em 2018 é o menor em 24 anos. *In*: **Globo,** portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/numero-de-pms-mortos-no-rio-em-2018-o-menor-em-24-anos-23335383.html> Acesso em 14 out. 2020.

SOUZA, Elisandro Lotin de. OLIVEIRA, Micheline Ramos de. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019. *In*: **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, portal eletrônico de informações,

2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf> Acesso em 14 out. 2020.

SOUZA, Pedro Osvaldo Araujo de; VELOSO, Samyra Cristielle Dias Leao . Lei nº 13.142/15: Aplicabilidade e as omissões legislativas. *In:* **Jus Navigandi,** Teresina, 2017. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/56048/lei-n-13-142-15-aplicabilidade-e-as-omissoes-legislativas> Acesso em 22 set. 2020.

TEIXEIRA, Patrícia. GRANDIN, Felipe. UPP completa 10 anos com 60 policiais militares mortos em comunidades 'pacificadas'. *In*: **G1,** portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/12/11/upp-completa-10-anos-com-60-policiais-militares-mortos-em-comunidades-pacificadas.ghtml> Acesso em: 15 out. 2020.

*COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":*
Qualificação do Projeto de TCC
Curso de Direito
Faculdade Metropolitana São Carlos

# IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RELIGIOSA: IMPOLUTO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL EM DEFESA À LIBERDADE RELIGIOSA OU MECANISMO INDIRETO DE INTERFERÊNCIA, POR PARTE DO ESTADO, ÀS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS?

Thalia Machado dos Santos

## 1 INTRODUÇÃO

É comum dizer que religião e política não se discutem. Conquanto, não é o que se extrai dos mais diversos contextos históricos da humanidade, em que por várias ocasiões o Poder Civil e o Religioso eram concentrados em um único governante e toda decisão política era pautada em dogmas religiosos. Contudo, é sabido que com o avanço da sociedade ambos os poderes não puderam trilhar conjuntamente, pois para que o Estado pudesse garantir e proteger deveres e direitos perante aos interesses coletivos, estes deveriam ser realizados independente de costume e dogmas eclesiásticos. E, do mesmo modo, para que a Igreja pudesse prosseguir com seus fins essenciais, nenhuma intervenção estatal poderia existir.

No Brasil, o Estado e a Igreja, desde o princípio da colonização sempre possuiu uma forte aliança, que foi adquirida como herança de Portugal, em decorrência do pacto com a Sé de Roma. A igreja Católica Apostólica Romana perdurou em posição de religião oficial do país até a instauração da República Federativa, na qual desvinculou totalmente as normas, recursos e benefícios advindos do padroado. A religião católica não fora única a ser inserida no contexto de colonização, uma vez que, diversos povos contribuíram para a miscigenação

da sociedade brasileira, em especial os africanos e os índios, os quais já eram possuidores de um credo pautado em sua cultura e costumes originários.

Com a proclamação da República, e a instituição de um Estado Laico, foi totalmente proibida qualquer interferência confessional, isto é, a igreja não poderia mais se envolver em questões políticas e de responsabilidade estatal. Com isso, deu-se início a liberdade religiosa e livre exercício de culto, pois, embora, fosse permitido durante o Império, manifestações de outras matrizes religiosas. Devido à forte influência eclesiástica da época, tais cultos somente eram permitidos em âmbito domiciliar e sem configuração de templo religioso. O que não poderia existir em um estado democrático de direto, pois caberia a partir daquele momento projetar mecanismos para preservar a pluralidade. Com isso transferiu-se para a esfera particular o poder eclesiástico, cabendo apenas a cada indivíduo escolher, conforme sua racionalidade, seu credo religioso ou negá-lo.

Outro fator que ocasionou na separação da Igreja e Estado, e que na atualidade ainda apresenta reflexos expressivos, é no tocante aos recursos adquiridos pela Igreja. Durante todo período que a Igreja e o Estado possuíam uma estreita relação era recolhido do povo o tributo eclesiástico, e este advinha dos dízimos que era entregue pelo povo. Em suma, tais valores deveriam ser arrecadados e convertidos em prol da Igreja, para mantimento de seus clérigos. Todavia, em razão do Rei possuir duplo padroado, este como Grão-Mestre da Ordem de Cristo, arrecadava os tributos e o transformava em benefício à Coroa. Sendo a arrecadação feita por meio dos dízimos, que configurava como principal renda para custear o Estado. Considerando que o tributo eclesiástico indiretamente se tornou um imposto civil, e ocasionou em diversos conflitos e controvérsias. Com a chegada de um novo regime político, necessário foi banir a cobrança de tal tributo, sendo concedido plena liberdade de administração quer seja de funcionamento e criação, como de seus recursos às Igrejas em geral.

Ainda assim, na atualidade, sabe-se que as Entidades Religiosas em geral gozam de diversos benefícios, tanto na esfera constitucional, como na esfera infraconstitucional. Em especial, no que tange à imunidade tributária sob os impostos, com incidência sob o patrimônio, rendas e serviços voltados às finalidades essenciais de tais instituições. Contudo, há grande controvérsia acerca da necessidade de se manter tal benefício, em razão, dos diversos escândalos envolvendo os ministros religiosos. E ainda sobre a falta de condicionante para que tal benefício venha a ser aplicado.

Nesse ínterim, o presente projeto de pesquisa destina-se a examinar se a omissão de condicionante constitucional e legal diretamente relacionada às instituições religiosas para incidência da imunidade tributária, configura como mecanismo de não restrição ao direito à liberdade religiosa e demais ligados aos fins religiosos, ou se aplicação desse benefício tornou-se um instrumento de interferência indireto do Estado às Instituições Religiosas. Configurando perante a sociedade um mecanismo de favorecimento e subsídios a determinados credos e fins extra religiosos. Explorando-se os aspectos acerca das normas que regulamentam a imunidade tributária no Brasil, além de examinar todo contexto de relação jurídica existente entre o Estado e Entidades Religiosa, o tratamento tributário no contexto constitucional brasileiro, e seus impactos no âmbito das instituições religiosas.

## 2 TEMA

Imunidade Tributária Religiosa: impoluto benefício constitucional em defesa à liberdade religiosa ou mecanismo indireto de interferência, por parte do Estado, às Instituições Religiosas?

## 3 PROBLEMÁTICA

Diante das peculiaridades das Instituições Religiosas, a ausência de condicionante constitucional ou legal para incidência da imunidade tributária, constitui, de forma fática, garantia de liberdade religiosa ou, perante a coletividade, um sistema arbitrário de subvenção indireta do Estado?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Analisar se a ausência de condicionante constitucional ou legal para incidência da imunidade tributária constitui, de forma fática, garantia de liberdade religiosa ou um sistema arbitrário de subvenção indireta do Estado.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Examinar o contexto histórico da relação Estado x Organizações religiosas no Brasil.
- Analisar a evolução histórica de tratamento das imunidades tributárias no contexto constitucional brasileiro.
- Avaliar a concepção de imunidade constitucional e seus impactos no âmbito das instituições religiosas

## 5 HIPÓTESES

- Em razão da diversidade religiosa que há no Brasil, pode-se afirmar que a imunidade tributária constitucional concedida às instituições religiosas, como norma abstrata, preserva/garante, de forma fática, a liberdade religiosa e o livre exercício de culto religioso.

- Em razão da ausência de pressupostos intrínsecos para incidência da imunidade tributária às organizações religiosas, pode-se aludir que caracteriza um sistema indireto de subvenção/intervenção do Estado

## 6 JUSTIFICATIVA

A problemática apresentada foi instituída a partir da análise que a temática se reveste de grande complexidade. Na atualidade o benefício constitucional da imunidade tributária concedida às organizações religiosas, tem ocasionado constantes debates, em razão, dos diversos escândalos financeiros envolvendo os líderes religiosos, bem como, outros assuntos referentes à essas instituições. Como exemplo da complexidade do tema, em 2015 uma moradora do Estado do Espírito Santo, apresentou por meio do portal e-cidadania sugestão legislativa, com a proposta do "fim da imunidade tributária para às organizações religiosas", e segundo o site do Senado, a sugestão é uma das mais populares em número de votos no portal, tendo recebido 95.577 votos a favor e 82.673 contra. Atualmente a proposta encontra-se em análise pela comissão de Direitos Humanos e

Legislação Participativa, aguardando emissão de relatório, e no caso de ser aprovada será transformada em projeto de lei. (SENADO, 2017, s.p)

Considerando, que o Estado, efetua suas funções políticas e administrativas por meio de políticas públicas para assim dar vida aos direitos e as determinações expressas na Carta Magna, em prol da sociedade. A cobrança de tributos, também configuram políticas públicas que servem como uma estimuladora do desenvolvimento econômico e social, em benefício do cidadão, preservando a dignidade da pessoa humana. (SOUZA, 2012, s.p)

> A política tributária, uma das vertentes da política econômica, não tem apenas natureza fiscal, quando a finalidade é obter receita para o financiamento do Estado. Ela também pode ser utilizada com finalidade extrafiscal, para alcançar outros objetivos estatais, tais como fomentar o desenvolvimento econômico, regular a economia, redistribuir renda e estimular ou desestimular comportamentos, práticas ou atividades. (SOUZA, 2012, s.p)

No entanto, o Estado pode abster-se da cobrança de tributos, visando estimular atividades, bem como, segundo Mirela Caldas (2020, s.p), "garantir direitos sociais e fundamentais, como a liberdade religiosa, acesso à cultura e democracia política". Um dos marcos mais importantes da história brasileira foi a transição do Estado Imperial para o Estado democrático de direito. Pois, dado ao contexto histórico vivenciado no Brasil, em que valores religiosos, sociais, morais e jurídicos, eram estabelecidos segundo os dogmas da Igreja Católica. E, não obstante, para que o novo regime fosse eficiente, o Poder Civil e o Poder Religioso, não poderiam evoluir conjuntamente, pois a garantia de liberdade e a igualdade entre os cidadãos, seria independente dos valores morais e religiosos. (EMMERICK, 2010, s.p)

Como mecanismo para tornar tais direitos efetivos, o Imperador proibiu categoricamente ao Estado subvencionar ou embaraçar os cultos religiosos, garantindo o livre exercício de culto, sem ter em conta credo religioso. Diversos mecanismos foram instaurados para garantir o respeito à consciência e liberdade religiosas. E, como primeiro ato de um governo laico, foi sancionar a limitação ao poder de tributar, ocasionando a não tributação dos impostos que cairiam sob os recursos adquiridos pelas entidades, garantindo assim que os mesmos fossem aplicados integralmente na execução das atividades essenciais dos cultos religiosos. Ou seja, a intenção é o Estado ser livre para agir em prol dos cidadãos e as matrizes religiosas em prol de suas atividades e "fies". (MEDEIROS, 2020, s.p)

Segundo Maria Cristina Neubem de Faria (2002, p. 11), *apud* Denólia Maria Beserra Sales (s.d, p.03), "a imunidade configura uma espécie de privilégio, pois protegem valores sociais e políticos [...]". Toda imunidade é limitação ao poder de tributar. E apesar de ser uma limitação, esta não é autoaplicável, sendo condicionada à observação de requisitos legais, os quais são regulamentados por lei complementar. Neste caso, pelo Código Tributário Nacional. Atualmente a imunidade tributária das organizações religiosas encontra previsão no artigo 150, inciso VI, alínea "b", e o alcance da imunidade sob os impostos se limita ao patrimônio, renda e aos serviços relacionados às finalidades essenciais da entidade, conforme §4º do mesmo artigo da Constituição Federal. (SALES, s.d, p.03)

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]
> VI - Instituir impostos sobre:
> b) templos de qualquer culto;
> § 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas (BRASIL, 1988)

Todavia, diferentemente do que ocorre com os partidos políticos, fundações, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, em que o legislador foi claro, ao estabelecer a expressão "atendido aos requisitos legais". Os templos de qualquer culto, não possui condicionantes intrínsecas constitucional ou legal para incidência da imunidade tributária. E a falta de condicionante, tem gerado grande debates, pois muito se relaciona a imunidade ao fato de que essas realizam um trabalho social, assistencial e educacional que o Estado não consegue realizar. Entretanto, durante a construção do tema, constata-se que a essência da imunidade se refere ao Estado abster-se da tributação como meio de estimular a liberdade religiosa e a atividade de culto religioso. E não estimular a organização religiosa a realizar funções atípicas que são totalmente inerentes a ele. (MORAES; CALMON. 2018. p.1234-1235)

> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I - Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. (BRASIL, 1988)

O poder constituinte ao elaborar a Constituição de 1988, entendeu que a relação entre o Poder Governamental e Igrejas/Cultos Religiosos, em prol da colaboração de interesse público não afeta a laicidade estatal, e nem aos direitos fundamentais religiosos inerentes aos cidadãos. E esta colaboração pode-se dar de várias formas como: educação, saúde, assistência social, e afins. Entretanto, relacionando a vedação, que segue o contexto de 1891, com o fato da essência da imunidade tributária religiosa, pode indiretamente alegar que, ocorre desvio de finalidade, visto que durante o Brasil Colônia e Império, Igreja era responsáveis por exercer tais funções sociais acima citadas. E, foi neste mesmo cenário

que para estabelecer um estado laico, que garantia liberdade e a igualdade entre os cidadãos, que os valores morais e religiosos já estabelecidos foram embargados (MORAES; BACERLLOS. 2018. p. 474-475);

Portanto, o profundo argumento que surge é que, considerando, em tese, que o artigo 150, inciso VI, "b", §4º, em conjunto com o artigo 19, inciso I, e demais da Carta Magna, que caracteriza a separação do Estado/Igreja, com a falta de condicionante, mantém a imunidade tributária no puro propósito de preservar e garantir os direitos fundamentais inerentes à plena atividade religiosa? Ou este mecanismo se tornou um instrumento de interferência indireta por parte do Estado, e um meio de subvenção? (VIEIRA, 2018; SALES, s.d; MEDEIROS, 2020; EMMERICK, 2010; SOUZA, 2012; SENADO, 2017).

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

As diversas culturas religiosas no Brasil motivaram a luta pelo direito à liberdade religiosa, liberdade de expressão, de consciência, do livre exercício de culto e outros inerentes aos direitos religiosos. Nesse ínterim, Thiago Vieira diz que:

> A busca pela liberdade envolve necessariamente relação do indivíduo com o Estado. Os liberais dos séculos XVIII e XIX, por exemplo, normalmente acreditavam que o Estado era a principal ameaça à liberdade, enquanto que muitos do século XX passaram a enxergar o Estado como principal promotor de liberdade (VIEIRA, 2018, p.86)

Gilmar Mendes (2019, p.169) diz que "as garantias institucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais". É sabido que não há valor hierárquico entre os direitos fundamentais

inerentes ao homem, no entanto cabe entender que o ideal de ser humano livre, somente decorre da proteção do direto à liberdade em todas as suas dimensões, criando condições de cada indivíduo gozar de direitos econômicos, culturais, sociais, civis e políticos. (MENDES, 2019, p.169-170)

Toda atuação do Estado é realizada em prol do povo, o qual, delega poderes para seus representantes. Nesse sentido, Gilmar Mendes (2019, p.1563), muito objetivamente traz a acepção que para se construir um Estado Democrático de Direito, custos e estratégias ultrapassam de singular declaração de direitos, pois "não há Estado Social sem que haja também Estado fiscal, são como duas faces da mesma moeda". (MENDES, 2019, p.1563)

> Se todos os direitos fundamentais têm, em alguma medida, uma dimensão positiva, todos implicam custos. Conforme salientam Holmes e Sunstein, nenhum direito é apenas o direito de ser deixado só pelo poder público. Todos os direitos reivindicam uma postura positiva do governo. Logo, levar direitos a sério exige que seus custos também sejam levados a sério. (MENDES, 2019, p.1563)

Desde a Antiguidade, a principal forma de arrecadação de receitas para o Estado proceder com a prestação dos serviços públicos essenciais, tem sido suportada pelos recursos que o Estado recolhe do povo, sendo esta arrecadação conhecida como "Tributo". (MARTINS, 2013, p.305). Hugo Brito (1992, p.260), *apud* Sasha Côelho (2018, p.296), explica que a necessidade de recolhimento do tributo nos dias atuais ocorre em razão de:

> No Brasil vigora a regra da liberdade de iniciativa na ordem econômica. A atividade econômica é entregue à iniciativa privada. A não ser nos casos especialmente previstos na Constituição, o exercício direto da atividade econômica só é permitido ao Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional, ou em face de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (Constituição Federal, art. 173). [...] A tributação

> é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ela não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. O tributo é inegavelmente a grande e talvez a única arma contra a estatização da economia. Justifica-se o poder de tributar conforme a concepção que se adote do próprio Estado. A ideia mais generalizada parece ser a de que os indivíduos, por seus representantes, consentem na instituição do tributo, como de resto na elaboração de todas as regras jurídicas que regem a nação." (BRITO, COELHO, 2018, p. 296)

A Carta Magna de 1988, consagrou o Sistema Tributário Nacional, estabelecendo as diretrizes básicas da relação do Estado/Fisco com o cidadão/contribuinte, delineando as espécies de tributos, as limitações do poder de tributar, as competências tributárias de cada Ente e suas repartições. (MORAES, 2020, p.948). A Constituição Federal, não conceituou o tributo, deixando essa prerrogativa ao Código Tributário Nacional, que em seu artigo 3º define-o como:

> Art. 3º. [...] toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL, 1966)

Costa, em suas palavras, conceitua o Tributo como:

> [...] uma relação jurídica existente entre Estado e contribuinte, uma vez implementada determinada situação fática prevista em lei como autorizadora dessa exigência, cujo objeto consiste numa prestação pecuniária, não revestida de caráter sancionatório, e disciplinada por regime jurídico próprio (COSTA, 2020, p. 139).

Thiago Vieira (2018, p. 406), diz que há um conjunto de elementos que devem ser preenchidos, sendo estes denominados de Regra-Matriz, que é composta pela: "hipótese

de incidência e sua consequência, isto é, o fato gerador e a relação jurídica entre o Estado, denominado de sujeito ativo e o contribuinte, denominado de sujeito passivo". Presentes, assim, os elementos caracterizadores da regra-matriz, o Estado está apto para obter os resultados devidos. (VIEIRA, 2018, p.406)

O tributo é gênero, sendo este dividido em espécies, as quais nos termos do artigo 5º do Código Tributário Nacional e artigo 149 da Constituição Federal são: os impostos, as taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições parafiscais ou sociais. Dentre as espécies, uma das mais relevantes e importante, é o imposto, pois este diferente das demais, é o único que não se vincula a atividade do estado, "sendo devido pelo contribuinte por parte do Estado, pura e simplesmente, pelo seu poder de império", ou seja, sua exclusiva finalidade é custear o Estado. (VIEIRA, 2018, p.407)

Nesse sentido, a doutrinadora Sasha Côelho (2019, p.26) bem relata que: "Assim, se por um lado o poder de tributar apresenta-se vital para o Estado, beneficiário da potestade, por outro a sua disciplina e contenção são essenciais à sociedade civil ou, noutras palavras, à comunidade dos contribuintes". (CÔELHO, 2019, p. 24-26). Por pessoalidade, Roberto Caparroz (2018, p.33) explica que o poder de tributar não é um "cheque em branco", isto é, não é algo sem limitação, a administração e seus funcionários não podem realizar juízos de valor ou de mérito no desempenho de suas funções, sendo todo e qualquer ato vinculado aos termos da lei.

Nesse sentido há instrumentos/mecanismos que são utilizados como harmonizadores, para manter o equilíbrio entre o poder de tributar e os direitos dos cidadãos. (MARTINS, 2013, p.305). A limitação ao poder de tributar, configura como um desses mecanismos, que em síntese, é composta por um conjunto de princípios e normas disciplinadoras para defini-la e repartir a competência tributária. Uma das mais relevantes

são as imunidades que incidem sobre os impostos, as quais estão previstas no artigo 150 da Constituição Federal, e que em nada se confundem com a Isenção. (COSTA, 2020, p.84)

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]
> VI - Instituir impostos sobre: [...]
> b) templos de qualquer culto; (BRASIL,1988)

Segundo Edgard Neves e Marcello Motta Filho (2012, p.306), a imunidade constitucional, foi idealizada no desígnio de preservar valores fundamentais, como: políticos, educacionais, sociais, religiosos, culturais e econômicos à sociedade brasileira. Nesse sentido, Amílcar de Araújo Falcão (1991, p. 126), *apud* Edgard Neves e Marcello Motta Filho (2012, p.307), conceitua a imunidade como:

> [...] uma forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstancias. (FALCÃO, 1991, p.126 *apud* NEVES, MOTTA, 2012, p.307)

Logo, há necessidade do Estado Fiscal, porém, existe a necessidade de preservar a origem e o sentido do Estado Social. Pois, embora, "a prestação de serviços públicos essenciais seja suportada pelos recursos que o Estado retira da sociedade por meio de tributos, tais recursos são sempre insuficientes", cabendo ao Estado se valer da colaboração de entidades, de relevantes serviços, sem finalidades de lucro. (MARTINS; RODRIGUES, 2017, p.5)

Com isso, o Poder Constituinte, elencou no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal, as hipóteses de incidência da imunidade tributária, dentre as quais, encontra-se previsto os templos de qualquer culto. Torna-se indispensável, registrar que, embora a

norma constitucional estabeleça "templos de qualquer culto", o alcance da imunidade, nos termos do §4º do artigo 150 da Carta Magna, abrange também ao patrimônio, renda e aos serviços relacionados às finalidades essenciais das entidades religiosas (MACHADO, RANGEL, 2020, s.p)

O STF, por meio da súmula 724, convertida em Súmula Vinculante nº 52, após tema de repercussão geral, afirmou que:

> A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *b*, da Constituição abrange não apenas os locais destinados à celebração de cultos, mas se estende, também, a todos os imóveis pertencentes à entidade religiosa e destinados ao atendimento de suas finalidades essenciais, ainda que alugados a terceiros. Nesse sentido, transcrevo a Súmula 724 do STF (...). Dessa forma, o argumento sustentado pelo recorrente, no sentido de que seria possível a incidência de IPTU sobre o imóvel destinado à residência de pastores, dado que a imunidade discutida abarcaria apenas os locais destinados à realização de atos religiosos, não encontra amparo no entendimento firmado por este Tribunal a respeito do tema. Com efeito, se a circunstância de a recorrida alugar o imóvel de sua propriedade a terceiro, sem qualquer vínculo com ela, não afasta a imunidade sob exame, não há qualquer razão que justifique o óbice ao gozo do benefício na hipótese de o bem em questão ser destinado à residência dos seus ministros religiosos. (STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 767.332 MINAS GERAIS – Relatora: Gilmar Mendes – Publicação: 31/10/2013)

Martins e Rodrigues (2017, p.5), em seu *parecer* a favor da *Diocese Regional Leste I da CNBB,* expõe que no mesmo intuito que às áreas de educação, saúde e assistência social, são fundamentais para a dignidade humana e o bem comum da sociedade. Os templos e as atividades religiosas destinados ao ensino dos credos e propagação da fé, como meio de convivência social, são estritamente necessários e carecem de total apoio. Para garantir não somente o direito de liberdade religiosa e o livre exercício de culto, mas, proteger o papel

tão fundamental desenvolvido pelas entidades religiosa perante a sociedade e na dignidade de cada cidadão.

As diversas religiões presentes hoje no Brasil, constitui uma herança cultural trazida por pelos povos que miscigenaram a sociedade brasileira, e cada um deles possuíram aspectos relevantes para compreensão dos direitos inerentes às diretrizes religiosas nos dias atuais. (ARNOLD, 2017, p.161)

A relação Estado e Igreja passou singularmente por três períodos distintos: Colônia, Império e República. Durante o Brasil Colônia a Igreja e o Estado obtinham uma forte aliança, constituída em decorrência do pacto feito entre Portugal e a Sé da Igreja Católica em Roma, que perdurou no Brasil até a instituição da República. O principal aspecto desta época, é a total dependência da Igreja com o Poder Civil, pois durante muito tempo, a religião atuou como um departamento da administração estatal e os sacerdotes como meros funcionários, estando a Igreja totalmente subordinada à Coroa. (AZZI, 1981, p.3)

Não obstante diversos conflitos envolvendo as autoridades religiosas e o Rei tiveram origem, pois considerando que a Igreja durante o período colonial era principal fonte arrecadatória de tributos e renda para a Coroa, todos os métodos possíveis foram realizados pelo governo com intuito manter sob o poder da Coroa o Poder Religioso. Nesse sentido, segundo Ítalo Domingos Santirocchi (2013, p.11) a "hierarquia eclesiástica desempenhava tanto funções públicas quanto religiosas", com isso a Igreja possuía forte influência "na economia, na política, na pública administração e nas oligarquias locais e regionais". (SANTIROCCHI, 2013, p.11)

Movimentos revolucionários liderados por padres que aderiram ideias racionalistas e liberais foram adotados, sinalizando o Estado como a principal ameaça à liberdade, e da utilização indevida da Fé para legitimar-se e manter a ordem social vigente à época. Nesse

sentido, Oscar de Figueiredo Lustosa (1977, p.132), *apud* Riolando Azzi (1981, p.3), apresenta que:

> Segundo eles, o padre deveria identificar-se com o povo, vivendo as suas preocupações, adotando o seu estilo de vida, embora sem perder de vista o seu ofício sacerdotal. Cuidasse, com seriedade, dos interesses dos fiéis, na linha da moralização e da salvação. Para isso, estivessem em condições de atender a todos, sem distinções de categorias sociais, de raças e de posses. (LUSTOSA, 1891, p.12 *apud* AAZZI, 1981, p.3)

Consequentemente, embora os movimentos revolucionários fossem em prol da liberdade, com o início do regime imperial no Brasil, o Estado manteve em seu poderio a igreja, seguindo com as normas do Padroados, adotando agora em seu regime, um Estado Confessional, estabelecendo em sua primeira constituição (1824) no artigo 5º, a Religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Estado. Um dos aspectos caracterizadores desta época, é que embora o Estado fosse confessional, no Brasil povos de diferentes partes do mundo iam agregando na sociedade sua cultura de origem, e a religião era uma delas, com isso foi permito que as demais matrizes religiosas presentes no Brasil, pudesse se manifestar. (AZZY, 1964, p.29)

> Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo. (BRASIL,1824)

Nada obstante, os diversos conflitos envolvendo a Igreja Católica e o Estado permaneceu de forma contínua, e apesar do imperador permitir cultos domésticos das demais religiões, isto não fora suficiente, pois os cidadãos tinham restringido o seu direito

de expressão e liberdade religiosa, o que gerava a prática de associação clandestina para realização de culto religioso. Este contexto perdurou até a instituição da República em 1891, pois em um cenário de ampla mudança, com a instauração de um novo regime político, formado sob a égide do conceito liberalista, nasceu o Estado Democrático de Direito. (MACHADO, RANGEL, 2020, s.p).

> O Poder Constituinte, ao promulgar a Constituição Federal de 1891, estabeleceu um Estado livre de qualquer interferência confessional religiosa. Isto é, a partir daquele momento a Igreja Católica Romana deixou de ser religião oficial e de ter acesso as questões políticas, e o estado tornou-se laico, permitindo a liberdade e manifestação de cultos de diversas matrizes religiosas, conforme escolha de cada cidadão. (MACHADO, RANGEL, 2020, s.p).

Um Estado livre de qualquer interferência religiosa, não significa um estado ateu, mas que permite a todos igualmente manifestar sua consciência de crença, sem distinção de cor, raça, condição financeira, sexo, nacionalidade, inclusive para aqueles que não possuem uma crença. E, por conseguinte, ao separar a Igreja do Estado houve grandes reflexos, pois foi desvinculado todo e qualquer tipo de relação com as normas do padroado, costumes, e inclusive os recursos financeiros, que era principal fonte de renda arrecadada pelo Estado. (VIEIRA, 2018, p. 103-106)

Em 1551, por meio da bula *Praeclara Charissimi*, o poder real português foi consolidado sobre a Igreja ultramarina, passando o grão-mestrado da Ordem de Cristo à Coroa. Logo neste mesmo ano, foi constituída a primeira diocese no Brasil, situada em Salvador, e na ocasião foi concedido duplo padroado ao Dom João III. (LIMA, 2014, p.46) No entanto, embora não houvesse explicitamente qualquer autorização papal para cobrança de dízimos, em razão do padroado estabelecido no Brasil, o Rei na qualidade grão-mestre

da ordem de cristo, detinha o direito às rendas eclesiásticas da terra, e a principal forma de arrecadação de renda era por meio dos tributos eclesiásticos denominados de dízimo pela Igreja, que eram recolhidos sob a instituição divina, e que em síntese seriam utilizados para manutenção das atividades religiosas. (LIMA, 2014, p. 47)

Dom Oscar de Oliveira (1964, p.26) relata, que os dízimos eram:

> [...] a décima parte de todos os bens móveis licitamente adquirido, devida a Deus e a seus Ministros por instituição divina e constituição humana. e assim como são três fontes de bens móveis ou frutos, prediais, e mistos, e também três espécies de dízimos. [...] (LEGISLAÇÃO DÍZIMOS, 1952)

Segundo Hoornaert (2014, p.47), *apud* Lana Gama Lima (2014, p.47), "o padroado constituiu a "expressão prática do colonialismo em termos de instituições religiosa", na medida em que conferia à Coroa o direito de arrecadar e redistribuir os dízimos devidos à Igreja". O dízimo, era tratado como um tributo, e sua fiscalização e a cobrança se dava de forma rigorosa, e os cobradores mantinham em livro próprio as especificações e profissões cuidando para que todas as produções na colônia fossem tributadas, punindo segundo as leis aqueles que não o efetuassem. (OLIVEIRA, 1964, p.73-75)

Essa realidade perdurou por muitos anos no Brasil até que foi instituída República Federativa do Brasil, que considerando os diversos conflitos envolvendo a Igreja a qual tinha poder direto sobre as questões políticas, e a expansão das diversas religiões. Para que um Estado democrático de direito, pudesse de fato ser eficaz, qualquer meio de interferência religiosa deveria ser banido. Em consequência, surgiu o decreto 119-A em 1890, expedido por Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, o qual proibiu categoricamente toda e qualquer forma de relação do Estado com a Igreja. Introduzindo como primeiro marco à democracia o direito à liberdade religiosa, livre exercício de culto, liberdade de expressão, e consciência,

dando total e plena liberdade para todos os cultos e religiões se manifestarem e inclusive administrarem suas rendas e recursos. (MACHADO, RANGEL, 2020, s.p).

A conquista aos direitos de liberdade religiosa e livre exercício de culto, e outros em 1981, tornou-se um direito fundamental, e não apenas em âmbito nacional, mais de proporção que ultrapassa fronteiras, senão vejamos, conforme afirma a Declaração Universal de Direitos Humanos:

> **Artigo 18 -** Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular. (ONU, 1948).

A Constituição Federal (1988) que é totalmente cidadã e pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, garante em seu artigo 5º um rol inerente aos cidadãos e estrangeiros plenamente iguais em direitos e deveres. E dentre estes, a liberdade religiosa, livre exercício de culto, consciência, livre associação são alguns direcionados aos direitos religiosos de cada cidadão, os quais também são reafirmados pela carta magna. (MORAES; BACERLLOS, 2018, p. 474-475);

Neste seguimento, conforme citado anteriormente, o Estado se utiliza de políticas públicas tributárias, realizando um planejamento financeiro para poder pôr em prática suas atividades tidas como essenciais, que é garantir uma sadia qualidade de vida aos cidadãos. No entanto ao renunciar ao seu poder de tributar, conforme explicitado por Paulo Barros de Carvalho (2019, p.250) como, por exemplo, à imunidade que incide sob os impostos dos templos de qualquer culto

> Trata-se de reafirmação do princípio da liberdade de crença e prática religiosa, que a Constituição prestigia no art. 5º, VI a VIII. Nenhum óbice há

> de ser criado para impedir ou dificultar esse direito de todo cidadão. E entendeu o constituinte de eximi-lo também do ônus representado pela exigência de impostos (art. 150, VI, *b*). (CARVALHO, 2019, p.250)

Isto é, considerando todo histórico da aliança existente entre a Igreja e o Estado durante o período de Colônia e Império em que a igreja estava totalmente subordinada à Coroa e ao Poder Civil, mesmo possuindo uma hierarquia eclesiástica com forte influência nas áreas política, social, religiosa, econômica e dos atos normativos. Nos dias atuais, manter a imunidade tributária é reafirmar o que foi instituído em 1981 e, portanto, garantir que as entidades religiosas tenham total liberdade de administrar seus bens e suas rendas sem qualquer interferência Estatal, ou subordinação e até subsídios que favoreçam a determinado credo, e que permanece a vedação no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. (MEDEIROS, 2020, s.p)

> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. (BRASIL, 1988)

Em contrapartida, há uma ressalva que foi incluída na Constituição Federal de 1937, presente até atualmente, que é a exceção à vedação do artigo 19, I, da Constituição Federal, sendo incluída colaboração de interesse público. Nesse sentido, segundo Maria Amélia Giovannini Calado (2010, s.p), a

> [...] vedação quanto a estabelecer cultos religiosos ou Igreja (no sentido amplo da palavra, de modo a contemplar templos, mesquitas, salões, etc.), subvencioná-los (oferecer patrocínio pecuniário) ou manter aliança,

> mostra um Brasil não Confessional. Da mesma forma, ao vedar o embaraçamento está mostrando não ser Ateu, uma vez que este não admite manifestações públicas teístas, por não acreditar na existência de um Deus. Já a vedação às relações de dependência o faz descaracterizar o Estado Teocrático, onde há uma confusão entre o País e a religião, lhe atribuindo, então, o caráter neutro, portanto, Laico. A presença da parte final do art. 19, I da C.F/88 não afronta a laicidade anteriormente assegurada, pois só se permitirá a aliança ou dependência do Estado com a Religião em virtude da colaboração do interesse público, o que significa afirmar que as instituições religiosas poderão associar-se ao Estado quando tal associação resultar em utilidades à sociedade, como é o caso do desenvolvimento de projetos que visem educar, alimentar, profissionalizar a sociedade, etc. Ao manter esta possível dependência ou aliança, o Estado não estará afrontando a laicidade, mas garantindo o bem-estar de seus cidadãos. (CALADO, 2010, s.p)

Nesta mesma corrente, há diversos doutrinadores que entendem que a imunidade tributária é aplicada em decorrência do importante papel que esta desenvolve como uma assistência social. Não obstante, o Estado e a Igreja, possui um mesmo intuito em suas finalidades, o primeiro realizar suas atividades garantindo e protegendo a Pessoa Humana para uma vida digna. A Igreja, buscar aproximar as pessoas de Deus ou do Criador, ou Ser Superior de acordo com sua crença, o qual também é a busca pela dignidade da pessoa humana. (KALESKI, 2016, p.6-7)

> *Toda a vida social é expressão do seu inconfundível protagonista: a pessoa humana.* De tal fato a Igreja sempre soube, amiúde e de muitos modos, fazer-se intérprete autorizada, reconhecendo e afirmando a centralidade da pessoa humana em todo âmbito e manifestação da sociabilidade: «A sociedade humana é objeto da doutrina social da Igreja, visto que ela não se encontra nem fora nem acima dos homens socialmente unidos, mas existe exclusivamente neles e, portanto, para eles»[200]. Este importante reconhecimento encontra expressão na afirmação de que «longe de ser o objeto e o elemento passivo da vida social», o homem, pelo contrário, «é, e dela deve ser e permanecer, o sujeito, o fundamento e o fim»[201]. Nele,

> portanto, tem origem a vida social, a qual não pode renunciar a reconhecê-lo seu sujeito ativo e responsável e a ele deve ser finalizada toda e qualquer modalidade expressiva da sociedade. (VATICAN, 2004, s.p)

Embora o bem seja comum, as finalidades são direcionadas a uma essência distinta, gerando uma vertente para a separação de ambos. Enquanto o Estado preza pelos fins de interesse coletivo, a Igreja busca trazer e apresentar a divindade para a humanidade. Não cabendo, portanto, ao Estado impor uma religião, mais sim proteger a pluralidade. Daí decorre o direito de liberdade religiosa, direito de expressão e demais. Em nossos dias a Igreja vem sendo pressionada por informações que cobram o desenvolvimento de um papel na sociedade o qual não é seu. Gerando erroneamente na sociedade uma rejeição e reflexos quanto a aplicabilidade da imunidade tributária concedida na Constituição de 1988 (KALESKI, 2016, p.6-7)

Dos principais debates sobre a necessidade de se manter a imunidade tributária se dá, em razão, dos diversos acontecimentos imorais envolvendo ministros religiosos, bem como discussões até onde a imunidade pode incidir, tendo em vista, ausência de norma condicionante. (MACHADO, RANGEL, 2020, s.p).

Em 2015, foi apresentada uma sugestão legislativa por uma moradora do Estado do Espírito Santo, que faz parte da comunidade ateísta, preconizando "fim da imunidade tributária para às organizações religiosas", em sua justificativa, foi apresentada que não sentido um Estado laico conceder imunidade a uma parcelas das instituições do Brasil, apenas porque elas são de cunho religioso, pois qualquer organização que permite o enriquecimento de seus líderes e membros deve ser tributada. Ainda há a exposição que o Estado apenas concede imunidade a determinadas instituições, fazendo clara distinção entre credos, e que esta deve ser considerada uma empresa perante ao Estado (SENADO, 2017, s.p)

Outro exemplo, foi o Projeto De Lei Complementar Nº 65/2011, apresentado pelo Sr. Audifax, que foi arquivado em 2015, apresentava como proposta regulamentar a limitação constitucional ao poder de tributar dos templos de qualquer culto, conforme artigo 146, inciso II, da Constituição Federal, segue abaixo:

> [...] estabeleceu a Constituição caber à lei complementar "regular as limitações constitucionais ao poder de tributar" (art. 146, inciso II). A questão da imunidade dos templos religiosos vem sendo alvo de polêmicas, no que concerne à sua abrangência, o que torna conveniente a edição de norma sobre a matéria. Constata-se, também, que tem sido observada a ocorrência de simulações, onde pessoas não religiosas tentam ocultar a ocorrência de fatos geradores de obrigações tributárias, mediante a utilização indevida de aparato religioso, visando a confundir a autoridade fiscal. Por essas razões, é de todo oportuna a edição de lei complementar, com a finalidade de regular a imunidade tributária dos templos. A proposição ora apresentada define de forma clara os requisitos necessários para que uma organização religiosa possa usufruir a referida imunidade ao pagamento de impostos. [...] Analogamente à disciplina já existente sobre outros casos de imunidade, a proposição, se por um lado assegura a vedação da incidência de impostos sobre a propriedade, a renda ou os serviços relativos aos templos de qualquer culto, por outro lado, resguarda os legítimos direitos do Fisco, exigindo que a entidade religiosa não se omita na retenção, na fonte, dos tributos que lhe caibam reter, bem como que cumpra as obrigações tributárias ditas acessórias. (SENADO, 2011)

A Constituição de 1891, proibia qualquer forma de aliança ou dependência, ainda que tal visasse o interesse público entre a Igreja e o Estado, com intuito de separar totalmente poder civil da religião. Pois, embora a Igreja desempenhasse um papel excelente na sociedade, a dependência desta ao Poder Civil, ocasionava em desvios de sua finalidade, e dos recursos adquiridos para custear tais atividade. Nesse sentido, ainda que a principal

fonte de renda derivasse dos tributos que eram recolhidos o Poder Constituinte entendeu a necessidade de separar ambos os poderes. (EMMERICK, 2010, s.p)

Pois bem, o que se extrai do texto constitucional sobre imunidade tributária sob os impostos das organizações religiosas, são que estes se aplicam às finalidades essenciais destas. Conforme apresentado, suas finalidades são totalmente eclesiásticas, se diferindo da atividade social. A atividade de culto religioso, é derivada da efetivação do Direito à Liberdade Religiosa e livre exercício de culto. E compreendo que dentre uma diversidade religiosa presente no Brasil, o Legislador se manteve inerte no que tange à condicionantes para que estas fossem constituídas juridicamente, bem como para incidência de imunidade. (EMMERICK, 2010, s.p)

Com isso o que busca examinar no presente projeto é que, a ausência de condicionante legal ou constitucional para incidência da imunidade configura perante a sociedade a proteção dos direitos adquiridos em 1891 de liberdade religiosa. Ou esta omissão, gera um mecanismo do Estado permanecer tendo forte influência sob às entidades religiosas, subvencionando conforme seus próprios interesses credos específicos em nome da colaboração do interesse coletivo.

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A metodologia aplicada ao desenvolvimento da pesquisa, consiste no método dedutivo, buscando compreender/analisar a relação do Estado e Organizações Religiosas no Brasil, sua evolução histórica e a concepção para aplicabilidade da imunidade constitucional

e seus impactos, no âmbito das instituições religiosas, a fim de que se entenda a sua principal finalidade.

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

As técnicas utilizadas para a coleta de dados e para a análise dos mesmos. Foram pautadas, em revisão bibliográfica, utilizando-se de doutrinas de Direto Constitucional, Direto Tributário, e obras que apresentam conceitos indispensáveis à concepção do tema. Bem como, a pesquisa será embasada em trabalhos acadêmicos, artigos científicos publicados, dentre outros meios que se fizerem necessários. Além de, possíveis decisões de instâncias superiores, comentários de renomados autores e pesquisadores.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | MAR | ABR | MAIO | JUN | AGO | SET | OUT | NOV |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso. 14. set. 2020

CALDAS, Mirela Reis. Imunidade tributária religiosa: uma análise à luz da separação entre Estado e Igreja. *In*: **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54653/imunidade-tributria-religiosa-uma-anlise-luz-da-separao-entre-estado-e-igreja#:~:text=O%20objetivo%20das%20imunidades%20tribut%C3%A1rias,acesso%20%C3%A0%20cultura%2C%20entre%20outros.&text=Ao%20garantir%20imunidade%20religiosa%2C%20o,essa%20importante%20forma%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em: 03 out. 2020

CAPARROZ, Roberto. **Direito Tributário Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COÊLHO, Sacha **Calmon Navarro. O Código Tributário Nacional, o conceito de tributo e de suas espécies.** Disponível em: http://genjuridico.com.br/2017/01/05/o-codigo-tributario-nacional-o-conceito-de-tributo-e-de-suas-especies/#:~:text='Art.-,3%C2%BA%20Tributo%20%C3%A9%20toda%20presta%C3%A7%C3%A3o%20pecuni%C3%A1ria%20compuls%C3%B3ria%2C%20em%20moeda%20ou,mediante%20atividade%20administrativa%20plenamente%20vinculada. Acesso em 19 out. 2020.

CALADO, Maria Amélia Giovannini. **A laicidade estatal face à presença de símbolos religiosos em órgãos públicos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/16962/a-laicidade-estatal-face-a-presenca-de-simbolos-religiosos-em-orgaos-publicos/2#:~:text=A%20veda%C3%A7%C3%A3o%20quanto%20a%20estabelecer,mostra%20um%20Brasil%20n%C3%A3o%20Confessional.>. Acesso em 01 nov. 2020

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

EMMERICK, Rulian. As relações Igreja/Estado no Direito Constitucional Brasileiro. Um esboço para pensar o lugar das religiões no espaço público na contemporaneidade. *In*: **Sexualidad, Salud y Sociedad**, Rio de Janeiro, n. 5, p.144-172, 2010. Disponível em:<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/383/822%3E.> Acesso em: 14 set. 2020

KALESKI, Joanita. **Estado Laico e a presença da religiosidade**. Disponível em: <https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-anteriores/volume-2-edicao-4/2055-estado-laico-e-a-presenca-da-religiosidade/file>.acesso em 05 nov. 2020.

LIMA, Lana Lage da Gama. O Padroado e a sustentação do Clero no Brasil Colonial. *In*: **SÆculum**: Revista de História, João Pessoa, n. 30, jan.-jun. 2014. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/12146/1/22231-44226-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020

MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Imunidade tributária dos templos de qualquer culto (art. 150, vi, b, da CF) e a sua extensão a

remuneração dos sacerdotes e pastores inclusive a doações - côngrua paroquial - desoneração do i.r." – consulta. *In*: **Migalhas,** portal eletrônico de informações, Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2017/12/art20171229-02.pdf#%23LS>. Acesso em 10 out. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDEIROS, Frederico Batista dos Santos. Imunidade tributária dos templos de qualquer culto contornos e abrangências. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/imunidade-tributaria-dos-templos-de-qualquer-culto-contornos-e-abrangencia/>. Acesso em: 14 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018

OLIVEIRA, Dom Oscar de. **Os dízimos eclesiásticos do Brasil, nos períodos da Colônia e do Império.** Belo Horizonte: UFMG, 1964. Disponível em: <https://archive.org/details/osdizimoseclesia00oliv/page/32/mode/2up>. Acesso em 06 nov. 2020

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

SALES, Denólia Maria Beserra. **Imunidade Constitucional dos Templos de Qualquer Culto**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b21d2f86beb19214>. Acesso em 18 set. 2020

SENADO**. Senado analisa sugestão de dar fim à imunidade tributária para Igrejas.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/23/senado-analisa-sugestao-de-dar-fim-a-imunidade-tributaria-para-igrejas>. Acesso em 25 set. 2020

SOUSA, João Paulo Domingos de. Políticas públicas tributárias e Justiça Social. *In*: **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/29126/politicas-publicas-tributarias-e-justica-social>. Acesso em 06 nov. 2020.

SOUZA, Mauro Ferreira. **A Igreja e o Estado:** Uma análise da separação da Igreja Católica do Estado Brasileiro na Constituição de 1891. 212f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/2494/1/Mauro%20Ferreira%20de%20Souza.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020

VIEIRA, Thiago Rafael. **Direito Religioso**: Questões práticas e teóricas. Porto Alegre: Editora Concórdia, 2018.

VATICANO. **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html#I.%20DOUTRINA%20SOCIAL%20E%20PRINC%C3%8DPIO%20PERSONALISTA>. Acesso em 05 nov. 2020.

# DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS RELACIONADOS À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

Thaynná dos Santos Santana

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a incidência da dispensa de licitação na contratação de serviços durante da pandemia do covid-19, observando a Medida Provisória nº 961/2020. Tendo em vista que o procedimento licitatório é indispensável e previsto constitucionalmente, serão examinadas as exceções previstas nos incisos do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com destaque para o inciso IV que trata das emergências.

Apresentada as hipóteses de dispensa de licitação, serão demonstradas a sua importância no ordenamento jurídico e no cumprimento do interesse público. Isto é, essa possibilidade tem como objetivo evidenciar que embora possível, o processo licitatório seria extremamente incompatível com o interesse público. E esse é o caso do período do Coronavírus, onde medidas de enfrentamento são urgentes.

Entretanto, observa-se que essa exceção não deverá abrir brechas para corrupção, pois muitas vezes os administradores abrem mão de contratações discricionárias e probas por contratações baseadas em seu interesse pessoal. Contudo, em caso de fraudes incidirá o art. 89 da Lei nº 8.666/93, que punirá quem deixar de observar as formalidades, assim como quem se beneficiar dessa escusa a legislação.

Diante das hipóteses de dispensa de licitação referente à pandemia do Covid-19, será verificada sua eficácia no caso concreto, visto que essa dispensa não significa de forma

alguma o abandono dos princípios que regem a administração pública. Assim, as contratações nesse molde deverão acontecer de forma simplificada, onde o administrador irá buscar a melhor proposta e a mais vantajosa, priorizando o interesse público e preservando o princípio da isonomia

## 2 TEMA

Análise da dispensa de licitação na contratação de serviços relacionados à saúde durante a pandemia do covid-19 e seus efeitos práticos.

## 3 PROBLEMÁTICA

Qual a efetividade da dispensa do procedimento licitatório na contratação de serviços de saúde sem licitação durante a pandemia do Covid-19?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

Examinar a eficácia na dispensa de licitação na contratação de serviços de saúde durante a pandemia do Covid-19.

## 4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a evolução do Estado e do Direito Administrativo, com enfoque nas licitações.
- Expor as possibilidades de dispensa de licitação elencadas no art. 24 da Lei nº 8.666/93;
- Analisar a Lei nº 13.979/2020 que versa a respeito das medidas para enfrentamento da pandemia advinda do coronavírus (COVID-19);
- Verificar se a dispensa de licitação durante a pandemia está sendo eficaz e quais os seus resultados práticos.

## 5 HIPÓTESES

- A dispensa de licitação é uma medida necessária para o cumprimento do interesse público, tendo em vista que o procedimento licitatório seria extremamente incompatível com a finalidade que administração pública objetiva.
- A Lei nº 13.979/2020 busca o enfrentamento da pandemia do coronavírus, entretanto, facilitou de certa forma a corrupção, não alcançando seu objetivo e não sendo eficaz.

## 6 JUSTIFICATIVA

Este trabalho pretende analisar os efeitos práticos da dispensa do procedimento licitatório para contratação de serviços pela administração pública, e quando será possível essa dispensa, com ênfase no período da pandemia do covid-19. Serão abordados os conceitos e atribuições das possibilidades de contratação direta à luz do direito administrativo. Nas hipóteses específicas onde ocorrerá a dispensa, deverá ser comprovado que a realização de um procedimento licitatório, embora possível, seria extremamente incompatível com o interesse público, de acordo com o disposto no art. 24 da Lei 8.666/93, com enfoque em casos emergenciais de saúde pública. (BITTENCOURT, 2020)

Isto é, a dispensa terá que demonstrar que todo o processo formal licitatório poderia resultar uma contratação ineficaz, sem nenhum resultado prático, tendo em vista que se trata de demandas urgentes e imediatas. Entretanto, muita das vezes essa dispensa do procedimento de licitação serve como forma de corrupção por parte dos governantes, que fazem contratações baseadas em seu interesse pessoal, e não de forma discricionária e proba. (SOUSA, 2016)

Acontece que, mesmo com o legislador tendo se preocupado em estabelecer diversos critérios para que a atuação da Administração Pública seja proba, ocorrem fraudes e corrupção. Entretanto, em caso de fraudes incidirá o art. 89 da Lei nº 8.666/93, que punirá quem deixar de observar as formalidades, assim como quem se beneficiar dessa escusa. (SOUSA, 2016). O tema demonstra-se totalmente atual, tendo em vista que no ano de 2020, surge à pandemia do Covid-19, um vírus que causa uma grave doença pulmonar, e que já chegou a matar mais de 1.200 pessoas por dia, sendo um dos países com maior número de infectados pela doença. (NEGRISOLI, 2020)

O coronavirus (COVID-19) teve seus primeiros casos no mercado de frutos do mar da cidade de Wuhan localizada na China e foram relatadas as primeiras ocorrências na virada do ano de 2019, quando sua incidência aumentou de maneira exponencial em questão de semanas. Suspeita-se que o vírus Sars-CoV-2 (COVID-19) possua como hospedeiro determinadas espécies de morcegos, além do pangolim, um animal muito consumido em determinadas regiões da China. (CANAL CIÊNCIAS, 2020)

O período de incubação do vírus varia de 4 a 14 dias e sua taxa transmissão do é de 2,75, isto é, uma pessoa infectada transmite em média, para outros 2,75 indivíduos. Sua letalidade global vem em crescente aumento, assim como seu contágio, exigindo dos países medidas de contenção do avanço dos casos, visto que o cenário era preocupante e de grande incerteza. (CANAL CIÊNCIAS, 2020). Toda essa situação causou um grande impacto no mundo, principalmente na economia dos países, sendo necessário que o governo brasileiro tomasse medidas urgentes de acometimento ao contágio e tratamento dos infectados. Isto é, oferecer aos administradores meios necessários para o enfrentamento da pandemia. (BITTENCOURT, 2020)

Com isso, sancionou-se a Lei nº 13.979/2020 que além de outras medidas, preceitua acerca da competência privativa da União para estabelecer normas gerais a respeito de licitações e contratos, criando uma modalidade de dispensa de licitação, que se limita somente ao período de combate ao covid-19. (BITTENCOURT, 2020). Essa modalidade temporária permite que haja a dispensa de licitação para contratações que tem como objetivo o enfrentamento do vírus. Ocorrerá a escusa da licitação para aquisição de bens, insumos e serviços, inclusive de engenharia. Isto é, o Poder Público tem autorização para dispensar o procedimento licitatório quando, em razão do coronavírus (BITTENCOURT, 2020)

Contudo, a eficácia da dispensa de licitação nesse período da pandemia deverá ser observada, tendo em vista diversas denúncias de corrupção durante esse período que assola o Brasil e o mundo. Devido ao fato de não haver mecanismo de fiscalização para os contratos firmados pelos gestores, os casos só passam a ser investigados se ficar evidente alguma irregularidade. (BRITO, 2020). Exemplo disso é o governador do Estado do Rio de Janeiro Wilson Witzel (PSC) e seus secretários que estão sendo investigados pela operação placebo por fraudes na aquisição de equipamentos médicos e desvio de recursos destinados à instalação de hospitais de campanha, durante a pandemia. O governador por esse motivo passa por um processo de impeachment, a pouco aprovado pela ALERJ. (BITTENCOURT, 2020)

Não obstante, ficará demonstrado que a dispensa é necessária em determinados casos, mas deve ser feita de forma proba para que alcance seu objetivo principal. Quando não seguido o procedimento e não fiscalizada corretamente sendo utilizada para fins diversos ao ideal, a dispensa do procedimento licitatório se torna extremamente ineficaz ao interesse público. (SOUSA, 2016)

Entretanto, cuida pontuar que as hipóteses de dispensa da licitação presentes no art. 24 da Lei nº 8.666/93, também, são essenciais para atender ao interesse da administração. Ora, se determinado contrato com suas particularidades não for realizado da maneira mais ágil possível, perde-se a função e o objetivo da contratação. (CARVALHO FILHO, 2008). Deste modo, a adesão de serviços de forma direta se torna essencial. Neste contexto, justamente por essa essencialidade o legislador traz à baila essa flexibilização, dando ao administrador a oportunidade de fazer uso da discricionariedade, desde que motivadas todas as suas decisões. (FERNANDES, 1995)

Observa-se que desta forma que a dispensa do procedimento licitatório não significa de forma alguma o abandono dos princípios que regem a administração pública. Isto é,

mesmo que a contratação aconteça de forma simplificada, o administrador permaneça em busca da melhor proposta e a mais vantajosa, priorizando o interesse público e preservando o princípio da isonomia. (DI PIETRO, 2014). Acontece que a sociedade tem uma visão de segurança com o processo de licitação, e certo receio quando se fala em dispensa. Isso ocorre porque diversos administradores usam essa flexibilização da legislação para agir em interesse próprio, dando espaço ao nepotismo e a corrupção, e prejudicando a população com suas condutas. (JORNAL DE BRASÍLIA, 2020)

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

O Estado é uma instituição considerada tão antiga quanto à família. Doravante, dos grandes impérios da Antiguidade até as atuais sociedades industriais e pós-industriais, é eminente a presença do Estado, sendo então um dos principais objetos de estudo das ciências sociais, com ênfase na sociologia e a ciência política. (ALBANO, 2011). A palavra "Estado" pode ser apontada como sinônimo de governo, Estado-Nação ou País, de regime político e de sistema econômico. Entretanto, o conceito de estado deverá ser examinado a partir de uma perspectiva histórica. (ALBANO, 2011)

O, então, chamado ''Estado Moderno'' surgiu na Europa renascentista, sob o aspecto das monarquias absolutistas, onde as propriedades que compunham o reino, era do rei, ou seja, não haviam espaços considerados públicos. (ALBANO, 2020). Nesse período, também, havia a ausência da sociedade civil, em que o cidadão era representado pelo súdito, ou qualquer um que se submetia. A burguesia alegava que os interesses das classes populares eram também os seus interesses, sobretudo a respeito do campesinato. (SANTOS, 2020)

Visto isso, com esse fundamento, a nova classe dominante toma o poder do Estado e, com a limitação do poder real pelo fortalecimento do parlamento ou pela criação de

repúblicas, juntamente com a divisão dos Poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário e o estabelecimento da Soberania popular e do direito à insurreição ao governo, constituiu-se o Estado nacional. (SANTOS, 2020). Esse Estado possuía um poder político-administrativo praticado sobre a população que vivia em um contexto geográfico delimitado, mas que desde então assou a fazer parte da sociedade, não sendo mais algo distinto dela. Frisa-se então que o Estado e a sociedade civil é o que diferencia os estados absolutistas e os estados nacionais. (MEIRELLES, 2015)

No século XX, o Estado teve um papel fundamental no âmbito econômico dos países. Até a Crise de 1929, ele era responsável exclusivamente pela continuação da estabilidade monetária, que possuía o equilíbrio fiscal como regra. Posteriormente, após a grande crise, foi preciso que o Estado entrevisse para que fosse mantida a demanda agregada do mercado, fazendo investimentos, realizando obras e produzindo insumos como petróleo, por exemplo (ALBANO, 2011). Ao fim da Segunda Guerra Mundial que ocorreu no período de 1939 a 1945, a economia capitalista esteve sujeita a um período de prosperidade, marcado pelo desempenho do *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social. Esse ciclo findou-se no início da década de 1970, e a partir de então é apregoada uma necessária reforma do Estado (SANTOS, 2020).

O Estado Brasileiro foi inaugurado em 1824 com sua primeira Constituição, por intermédio do Poder Constituinte que redigiu, a mando do Imperador, uma Carta Magna estabelecendo um governo monárquico, ou seja, vitalício, hereditário e representativo, tendo sido outorgada. Deste modo, essa constituição foi imposta ao povo, sem ocorrer eleição para escolha dos representantes. Convocada pelo próprio D. Pedro I, a constituinte de 1823 durou cerca de dezoito meses, que foram extremamente tumultuados. (ALBANO, 2011).

É necessário, então, que se compreenda a definição de Estado, que nada mais é que a junção de instituições ou sociedades, que são formadas por interesses materiais, por exemplo, constituída por um grupo de indivíduos organizados com objetivos em comum. (ALBANO, 2011). Além disso, o Estado se apresenta como uma organização denominada sociedade política, em que existem normas jurídicas escritas e uma hierarquia entre os governantes, que objetivam o bem público. (ALBANO, 2011). Sendo assim, nota-se que na sociedade, por mais simples e primitivo que tenha sido seu ordenamento, ele sempre existiu, logo que o ser humano passou a conviver em comunidades, ou seja, surgindo as relações hierárquicas de subordinação a quem possuísse o poder. (MEIRELLES, 2015)

Já o direito administrativo toma forma a partir do surgimento da teoria da separação dos poderes, aparecendo, então, o Estado de Direito (baseado na lei) em substituição ao Estado Absolutista. É cediço que na França, após a Revolução de 1789, os julgamentos dos Atos Administrativos eram realizados pelo Parlamento, até que foram separadas as atribuições políticas das jurídicas, e a partir daí criaram os Tribunais Judiciais, e Tribunais Administrativos, dando início a Justiça Administrativa, e como consequência, foi formando o Direito específico da Administração e dos Administrados, sendo então o advento do Direito Administrativo no mundo jurídico. (SANTOS, 2020).

E, para Meirelles, o direito administrativo consiste: "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades publicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado". (MEIRELLES, 2003 p. 38 *apud* JURISWAY, 2014). Deste modo, pode-se observar que o Direito Administrativo advém do Estado de Direito que teve início na Revolução Francesa. Nesse sentido, apregoa Oswaldo Aranha que:

> Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções. (MELLO, 1979, p. 52 a*pud* CONLICITAÇÃO, 2020).

Insta salientar que o Direito Administrativo Brasileiro se baseia na sistematização de normas de caráter doutrinário jurídico, possuindo sua base científica em exame, de forma que se apontam as ordens e estruturas pessoais dos serviços públicos. (SANTOS, 2020). Assim como evidencia uma seriação dos atos então praticados em decorrência destas atividades, de modo que cabe ao Estado se organizar, declarar o fim por ele objetivado, e instituir os Poderes e órgãos necessários para que haja uma consecução de fato. (SANTOS, 2020)

No Brasil, a origem do direito administrativo está intimamente ligada à criação de cadeiras específicas de direito nas cidades de São Paulo e Olinda, sendo que esta mais tarde fora transferida para Recife, em meados de 1851, com forte influência da Europa, que detinha várias cadeiras professorais na mais alta escala do magistério, e destacava-se por diversas obras nessa área. Atualmente, o Direito Administrativo é o grande responsável por regular a Administração Pública. (DI PIETRO, 2014). Por isso, é necessário evidenciar que essa mesma administração é a responsável por qualificar os entes que exerceram a atividade administrativa, que compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos, assim como caracteriza a atividade que será exercida pelos tais. (ALBANO, 2011).

A administração é organizada operacionalmente de forma indireta e direta. A Administração Pública Indireta é composta por uma entidade autárquica, fundacional ou

paraestatal. Já a Administração Pública Direta é composta pelas atividades estatais, que não possuem personalidade jurídica própria. (DI PIETRO, 2014). Diante disso, é preciso destacar que essa área do direito tem como objetivo a proteção de bens comuns. Nesse caso, cumpre informar que a Administração Pública direta ou indireta, não possui autonomia para celebrar contratos como adquirir, vender, ceder, locar ou contratar obras ou serviços, devido ao fato de não trabalhar mediante recursos próprios, mas sim recursos públicos. (LIMA, 2014). Nesse sentido apregoa o artigo 37, inciso XXI da Constituição, veja:

> Artigo 37: A administração pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte: [omissis]
> XXI- Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

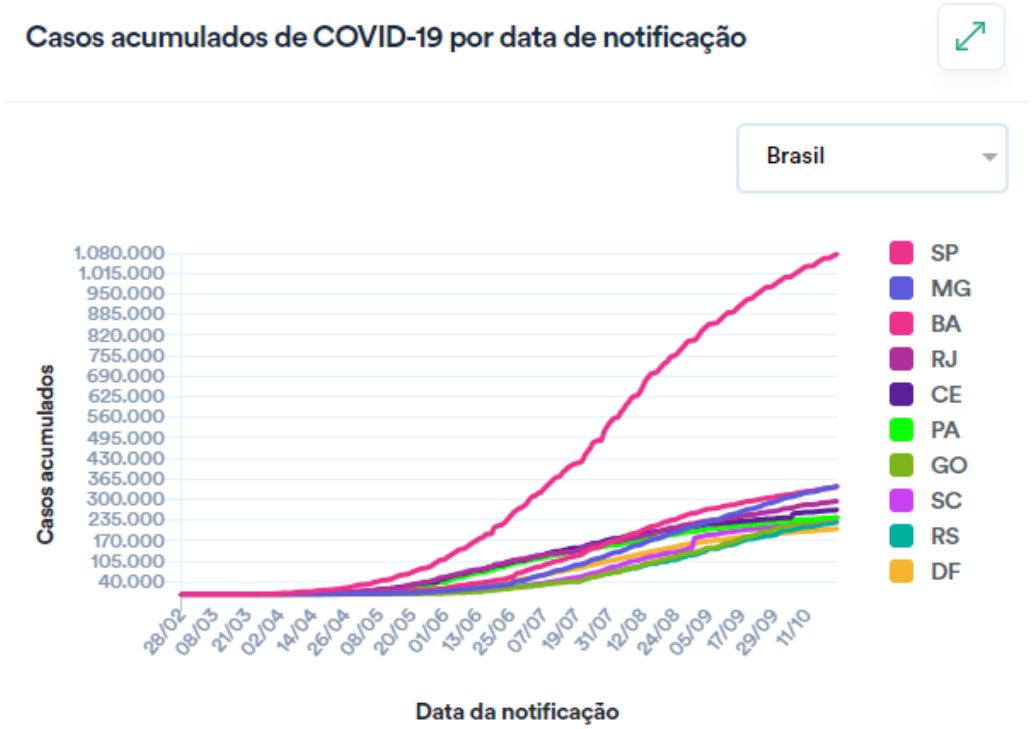
Manifesta-se, então, o instituto da licitação, que além de regulamentar o Artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, também tem previsão na Lei Geral de Licitações nº 8.666/93, na Lei nº 10.520/02, que trata do Pregão, Lei nº 12.462/11 que trata do Regime Diferenciado de Contratação e, por fim, na Lei Complementar nº 123/06 que trata do regime diferenciado para Microempresas e Empresas de Pequeno. (SOUSA, 2016). Esse procedimento tem com o objetivo a igualdade de condições para todos os participantes e a contratação da proposta mais vantajosa ao Poder Público, de forma justa e proba, fundamentado nos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, probidade,

publicidade, julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório, sigilo das propostas e competitividade. (BARROS, 2009).

Como o próprio art. 37, inciso XXI da Constituição prevê, é possível ocorrer uma flexibilização ao dever de licitar, que tem suas possibilidades expostas nos incisos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93. (GONZALES, 2020). Essa quebra de rigidez se dá em casos especiais de contratação, sem ferir os princípios da moralidade e da isonomia, para o interesse da própria administração, de forma discricionária. No caso em questão será demonstrado de forma específica os casos de dispensa de licitação por motivos emergenciais relacionados à saúde. (GONZALES, 2020).

É cediço que o mundo padece devido à pandemia do coronavírus, que nada mais é que uma doença extremamente infecciosa causada por um vírus recém-descoberto, pertencente à família de vírus (CoV) que já circula no Brasil. (NEGRISOLI, 2020). Vírus como esse podem causar desde resfriados comuns a doenças mais graves, como a Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). O coronavírus foi denominado como SARS-CoV-2 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e a doença que ele acarreta tem como denominação COVID-19. (CANAL CIÊNCIAS, 2020).

Até o presente momento, não se sabe a origem do vírus, e como infectou a população chinesa. Há uma suspeita, segundo pesquisadores, de que essa doença vive no trato respiratório de morcegos e sofreu diversas modificações até instalar-se no corpo humano. Fato é que até o presente momento o Brasil é um dos países com maior número de infectados, tendo uma estatística assustadora como demonstra o gráfico a seguir. (PAINEL CONASS COVID-19, 2020).




Fonte: Secretarias Estaduais de Saúde. Brasil, 2020. (PAINEL CONASS COVID-19, 2020).

Diante da gravidade desse vírus que assolou o mundo, o governo Brasileiro precisou tomar medidas urgentes para que houvesse um enfrentamento do caos que estava prestes a se instalar, devido a uma contaminação em massa que estava prevista. Então, foi criada a Lei nº 13.979/20 e a Medida Provisória 961/2020 que, visando à contenção da pandemia, flexibilizou as regras de licitações e contratos para toda a administração pública, abrangendo governo federal, estados e municípios. (GONZALES, 2020). A Medida valerá até o dia trinta e um de dezembro de dois mil e vinte, devido ao estado de calamidade pública referente à pandemia do COVID-19, objetivando dar aos gestores públicos responsáveis por licitações a maior segurança jurídica possível. (BRASIL, 2020).

Essa Medida Provisória permite, por exemplo, que qualquer órgão da administração pública pague de forma antecipada por bem ou serviço que seja considerado ''indispensável''. Essa antecipação de pagamento também poderá ocorrer no caso de gerar uma significativa economia de recursos. (BRASIL, 2020). Desde o início da pandemia, diversos fornecedores passaram a exigir a antecipação do pagamento nos casos de compras de máscara, álcool em gel e outros produtos. O pagamento antecipado só será realizado mediante previsão no edital, e caso a empresa não entregue o serviço ou os bens, será obrigada a restituir o valor que já foi pago. (SENADO NOTÍCIAS, 2020).

Entretanto, a Medida Provisória 961/2020 prevê diversos critérios para que seja sanada eventuais inadimplências, como a apresentação de garantia de até 30% do valor do contrato e a realização da etapa inicial de uma obra, para que o valor restante seja antecipado. (GONZALEZ, 2020). Poderá a administração pública requerer a emissão de título de crédito pelo fornecedor, e também solicitar que um representante seu acompanhe as mercadorias a qualquer momento do transporte. (SENADO NOTÍCIAS, 2020).

A dispensa de licitação surge como mecanismo aliado da administração pública, para que use da sua discricionariedade como meio de efetivar o bem-estar social. A MP se utiliza do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) em todas as licitações realizadas no país até findar o prazo em 31 de dezembro de 2020, podendo ser aplicado pelos três poderes, e em âmbito federal, estadual e municipal, para contratar serviços, obras, compras, alienações, entre outros. (SENADO NOTÍCIAS, 2020)

Contudo, é necessário informar que essa dispensa não permite que o gestor público haja de forma arbitraria, causando danos até mesmo irreversíveis aos cofres públicos. Isto é, mesmo diante dessa flexibilização o agente público deverá agir de forma legal, baseado na lei, objetivando sempre o interesse público. (GONZALES, 2020). Nesse sentido, Mello aduz que:

> Não pode determinada administração, seja ela direta ou indireta, contratar por dispensa de licitação, serviços, obras ou ainda, efetuar compras que não tenham relação com ações diretas, efetivas e necessárias ao combate da pandemia, sob pena de caracterização de crime de dispensa indevida de licitação e até mesmo, ato de improbidade administrativa. (MELLO, 1979 *apud* GONZALES, 2020, online).

Ocorre que, mesmo diante de tentativas incansáveis de expor como de fato deverá ocorrer a dispensa da contratação de serviços no período da pandemia do COVID-19, os casos de corrupção aumentam significativamente. (BATISTA, 2020). O Ministério Público Federal e a Polícia Federal têm investigado centenas de processos que apuram irregularidades na aplicação de verbas para combate ao coronavirus. Observam-se diversos agentes públicos que encontraram na MP 961/2020 brechas para cometimento de irregularidades. (RIZZO, 2020).

Acontece que os determinados administradores superfaturaram produtos e serviços e fraudaram a utilização dos recursos. Isso se da pelo fato de não haver ainda um sistema de fiscalização diretamente ligado aos contratos firmados pelos gestores, ou seja, só passam a ser investigados em caso de irregularidades no fornecimento do serviço, por exemplo. (RIZZO, 2020). Diante disso foram colocados em prática determinados sistemas de controle, como o Gabinete Integrado de Acompanhamento da Epidemia da Covid-19 (GIAC), o Sistema de Compras do Governo Federal (Comprasnet) e o Painel de Análise Comparativa de Preços Covid-19, e tudo isso com intuito de coibir fraudes. (BATISTA, 2020).

São inúmeros os casos de corrupção durante a pandemia do Coronavírus, e o Rio de Janeiro foi um dos Estados afetados por essas fraudes. Em maio de 2020, o então secretário de saúde, Edmar Santos, foi preso de forma preventiva, sendo acusado de fraudar a compra de equipamentos médicos. A operação de combate a corrupção denomina-se ''placebo'' e

investiga diversos secretários do Rio de Janeiro suspeitos de desvio de recursos destinados a instalação de hospitais de campanha, pagos por mais de R$ 700 milhões. (BATISTA, 2020)

Contudo, isso não se limita só ao Rio de Janeiro, pois em São Paulo secretários e gestores são investigados, porém o alvo das investigações é a compra de três mil respiradores no valor de R$ 550 milhões. A assessoria do prefeito João Dória argüiu que os valores dos produtos tiveram um reajuste por problemas com os fornecedores. (BATISTA, 2020)

Diante disso, é claro que os objetivos governamentais não foram alcançados. Por mais que as medidas urgentes tenham sido criadas para o combate a pandemia, é preciso que atreladas a ela estejam às medidas de fiscalização. (SENADO NOTÍCIAS, 2020). A finalidade é fornecer ao agente público a segurança jurídica necessária nas suas decisões para o enfrentamento do COVID-19, porém nota-se que em determinados casos como o Rio de Janeiro, o efeito foi totalmente o contrário, fazendo com que a dispensa de licitação venha a se tornar ineficaz. (BATISTA, 2020).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Métodos de Abordagem

O método de abordagem utilizado para realização da pesquisa foi o dedutivo. Parte de uma generalização para uma questão particularizada, em que os argumentos gerais se mostram como verdadeiros por já terem sido consolidados pela ciência. Desse modo, há uma realização lógica entre as premissas gerais e as particulares, pois se a primeira for considerada inválida, a conclusão também será. Parte-se então da premissa maior, passando por outra menor e chegando a uma conclusão particular

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

Para coleta de dados da presente pesquisa foram utilizas revisões sistemáticas de literatura, através de pesquisa bibliográfica, com leituras de livros e artigos acadêmicos visando o encontro de teorias e doutrinas sobre o tema estudado. Por conseguinte, foi utilizada a pesquisa experimental, onde foram construídas hipóteses manipulando os possíveis fatores, as variáveis, que se referem ao fenômeno observado; e pesquisa documental, baseada em leituras de legislação pertinentes ao tema.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

ALBANO, Wladimyr Mattos; BARCELLOS, Alexandre Basbaum. Formação e Reforma do Estado Brasileiro *In*: **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/formacao-e-reforma-do-estado-brasileiro/>. Acesso em: 18 out. 2020.

Ampliação da dispensa de licitação durante pandemia é aprovada no Senado. *In*: **Senado Notícias,** portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/09/ampliacao-da-dispensa-de-licitacao-durante-pandemia-e-aprovada-no-senado>. Acesso em: 21 out. 2020.

BARROS, Sergue Alberto Marques. Licitações - Direito Administrativo. *In*: **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2009. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18857/licitacoes-direito-administrativo>. Acesso em: 20 out. 2020.

BATISTA, Vera. Dispensa de licitação para compras emergenciais aumenta casos de corrupção no país. *In*: **Correio Braziliense,** portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: https://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/dispensa-de-licitacao-para-compras-emergenciais-aumenta-casos-de-corrupcao-no-pais/. Acesso em: 22 out. 2020.

BITTENCOURT, Sidney. A contratação emergencial por dispensa de licitação em função da pandemia provocada pelo novo coronavirus. *In*: **O Licitante,** portal eletrônico de

informações, 2020. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/emergencial-coronavirus/>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada e 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14, set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Dispõe sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735.> Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: < https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-961-de-6-de-maio-de-2020-255615815.> Acesso em: 20 de out. 2020.

BRITO, Carlos. Alerj aprova por unanimidade o relatório pelo prosseguimento do processo de impeachment de Wilson Witzel. *In*: **G1,** Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/09/17/alerj-aprova-o-relatorio-pelo-prosseguimento-do-processo-de-impeachment-de-witzel.ghtml>. Acesso em: 17 set. 2020.

CAMPOS, Gabriela Maria. Licitação no Direito Administrativo Brasileiro. *In*: **JusBrasil,** portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://gabielamcampos.jusbrasil.com.br/artigos/763402491/licitacao-no-direito-administrativo-brasileiro?ref=feed>. Acesso em: 20 out. 2020.

CANAL CIÊNCIAS. Novo coronavírus: origem e evolução baseadas em estudos filogenéticos. *In*: **Canal Ciências,** portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: <https://www.canalciencia.ibict.br/ciencia-em-sintese1/especial-covid-19/353-novo-coronavirus-origem-e-evolucao-baseadas-em-estudos-filogeneticos>. Acesso em: 24 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.20 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2008.

CONLICITAÇÃO. **500 anos de Direito Administrativo.** Disponível em: <https://portal.conlicitacao.com.br/temp-o-que-e-licitacao/historia-das-licitacoes/500-anos-de-direito-administrativo/ >. Acesso em: 26 out. 2020.

MINISTÉRIO da Saúde. **Coronavírus Brasil**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/.> Acesso em: 20 out. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

GONZALEZ, Giovani Aragão Fernandez. A pandemia de contratações públicas sem licitações em tempos de Covid-19. *In*: **DireitoNet,** portal eletrônico de informações 2020. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11789/A-pandemia-de-contratacoes-publicas-sem-licitacoes-em-tempos-de-Covid-19. Acesso em: 21 out. 2020.

JORNAL de Brasília. Dispensa de licitação para compras emergenciais aumenta casos de corrupção no país. *In*: **Jornal de Brasília,** portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: <https://jornaldebrasilia.com.br/brasil/dispensa-de-licitacao-para-compras-emergenciais-aumenta-casos-de-corrupcao-no-pais/>. Acesso em: 14 set. 2020.

JURISWAY. Origem e Evolução do Direito Administrativo. *In*: **Jurisway,** portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13276#:~:text=A%20Revolu%C3%A7%C3%A3o%20Francesa%2C%20em%201789,Nasce%20assim%2C%20o%20Direito%20Administrativo> Acesso em: 20 out. 2020.

LIMA, João Paulo Kemp. A evolução do Direito Administrativo e suas circunstâncias na Administração Pública. *In:* Conteúdo Jurídico, Brasília, 2014. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41069/a-evolucao-do-direito-administrativo-e-suas-circunstancias-na-administracao-publica. Acesso em: 20 out. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NEGRISOLI, Lucas. Covid-19: Brasil tem 3º maior número de mortes em 24h; total passa de 97 mil. *In*: O Tempo, portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/covid-19-brasil-tem-3-maior-numero-de-mortes-em-24h-total-passa-de-97-mil-1.2368515>. Acesso em: 17 set. 2020.

RIZZO, Eloy; LEME, André. O combate a fraudes e atos de corrupção em tempos de pandemia. *In*: Lex Latin., portal eletrônico de informações, 2020 Disponível em: <https://br.lexlatin.com/opiniao/o-combate-fraudes-e-atos-de-corrupcao-em-tempos-de-pandemia> Acesso em: 21 out. 2020.

SANTOS, Edison Santana dos. Formação do Estado Brasileiro e suas Repercussões Educacionais. *In*: Lex Magister, portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24091835_FORMACAO_DO_ESTADO_BRASILEI> Acesso em: 20 out. 2020.

SOUSA, Jefferson. O princípio da probidade administrativa norteando o procedimento licitatório. *In*: Jurídico Certo, portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/jefferson-sousa-adv/artigos/o-principio-da-probidade-administrativa-norteando-o-procedimento-licitatorio-2638> Acesso em: 13 set. 2020.

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL: HIPERTROFIA A COMPREENSÃO NORMATIVA DO SISTEMA ACUSATÓRIO. UMA ANÁLISE AOS LIMITES INTERPRETATIVOS DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Thiago Ribeiro da Silva

## 1 INTRODUÇÃO

O ato de interpretação em matéria de Lei, abarca um estudo teoricamente subjetivo, dessa maneira, o projeto de pesquisa apresentar pontos importantes e sucintos, em um terreno novo e com matérias pouco exploradas. Nessa premissa, laborioso e infactível seria trazer toda gama do campo interpretativo para uma análise concreta, porém, alguns elementos necessários serão abordados. O projeto de pesquisa aborda o âmbito do Supremo Tribunal Federal, nas esferas de suas competências, julgados anteriores, interpretações aplicadas conforme a Constituição da República Federativa de 1988, entre outros pontos.

Sobreleva notar que, a evolução do Direito está diretamente ligada a hermenêutica jurídica, onde, a correta interpretação da Lei, se faz necessária para a proteção das bases sólidas de um Estado Democrático de Direito vigente no Brasil. É sabido que a extensão interpretativa no ordenamento jurídico brasileiro é bastante amplo, porém, conceitos, diretrizes e normas são criadas para que problemas como esses possam ser sanados, proporcionando assim um bem estar social. O estudo contém uma temática que tem tomado grandes proporções no atual cenário brasileiro e gerando muitas dúvidas quanto a

legalidade no campo de atuação e seus limites de competência do Supremo Tribunal Federal.

É de notório saber o papel primordial exercido pela suprema corte brasileira no tocante a Justiça – garantia de direitos individuais e coletivos, entre outros elementos - e acima de tudo como guardiã da Lei Maior. O presente trabalho não tem como finalidade discordâncias de cunho político quanto a atuação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, apenas levantar uma análise crítica acerca do modo e dos limites em que essa interpretação vem sendo conduzida e alcançada por essa corte. É oportuno consignar, que o material trabalhado foi realizado com base textos acadêmicos, artigos de especialistas na área do Direito Constitucional e Código de Processo Penal brasileiro, bem como uma análise qualitativa de informações a respeito do tema que atualmente é muito recente.

## 2 TEMA

Supremo Tribunal Federal e o ativismo Judicial: Hipertrofia a compreensão normativa do sistema acusatório. Uma análise aos limites interpretativos da Suprema Corte Brasileira.

## 3 PROBLEMÁTICA

Na vereda do sistema acusatório brasileiro, com relação aos atos praticados pelo Supremo Tribunal Federal no inquérito 4781 - Fake News –, houve legalidade conforme o Decreto-Lei 3.689 de 1941 e a constitucionalidade da CRFB/88? Quais os limites para uma interpretação normativa?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

- Analisar acerca do ativismo judicial: limites pertencentes ao Supremo Tribunal Federal quanto ao poder interpretativo das leis, conforme o princípio da separação dos poderes.
- Avaliar a presença de constitucionalidade em relação ao sistema acusatório brasileiro, em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Revisar a obra bibliográfica de Direito Constitucional, bem como o Código Processo Penal em relação ao sistema acusatório brasileiro;
- Examinar o conteúdo e desdobramentos do inquérito das Fake News, bem como sua relação com o sistema acusatório brasileiro;
- Coletar a informações e decisões dos tribunais quanto o alcance do poder interpretativo da norma pelo Judiciário.

## 5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: À vista do exposto, a invocação do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, para compor decisões em conteúdo de matéria penal, fere o Decreto-Lei 3.689 e a CRFB/88.

- Hipótese 02: À vista do exposto, a invocação do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, para compor decisões em conteúdo de matéria penal, não fere o Decreto-Lei 3.689 e a CRFB/88.

## 6 JUSTIFICATIVA

No Brasil, o Estado Democrático de Direito parte como base a separação dos poderes. Há de se perceber que o princípio da separação dos Poderes, se encontra previsto no artigo 2º na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao narrar que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL,1988).

Com efeito, a presença do artigo supramencionado no texto constitucional, consagra a harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, reforçando a ausência de qualquer relação de subordinação ou dependência dos Poderes quanto ao exercício de suas funções, além de estabelecer mecanismos de controle recíproco - checks and balances. (RIBEIRO, 2014)

Para que seja mais bem apreciado os pontos representativos do Poder Judiciário, é importante observar o princípio da separação de poderes, de certa forma, é um dos

principais pontos do constitucionalismo moderno, sendo usado em outras partes do mundo. (SILVA, 2015, p. 02)

Esse princípio foi concebido na antiguidade clássica, tendo como base a obra *A Política*, em que Aristóteles aduz que em todo o governo existem três funções que são essenciais, são elas: legislar, executar as leis e a de julgar os conflitos (SILVA, 2015, p. 02).

Deste modo, Dallari ao citar Aristóteles, declara:

> O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de quem um só homem previsse tudo o que nem a lei pode (DALLARI, 2005, p. 217-218 *apud* SILVA, 2015, p.03).

Neste passo, a independência entre os Poderes não significa exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas sim, predominância no seu desempenho, é o que relata o autor Cunha Júnior:

> (...) um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial (CUNHA JÚNIOR, 2010 p. 527 *apud* RIBEIRO, 2014).

É oportuno consignar, que na esteira da harmonia entre os poderes, diverge a figura do juiz ativista, que em sentido positivo, se destaca em prol da busca da proteção dos

direitos fundamentais e coletivos, avocando para si, responsabilidades concretas quando frente a princípios constitucionais abstratos, como por exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana; a assistência aos desamparados; a proteção ao menor, entre tantos outros. (TEIXEIRA, 2012)

Por sua vez, a correta aplicabilidade do texto normativo na sociedade, passa pelo crivo da atividade intelectual de interpretar e aplicar entendimentos em um ambiente de alto grau de generalidade, mesmo que para tanto, seja essencial abranger competências institucionais pertencentes a outros Poderes. Contudo, a postura mencionada anteriormente, desloca a vontade de criação do Poder Legislativo pelo desejo finalista do intérprete. (TEIXEIRA, 2012)

Cumpre ressaltar, que a omissão frente a esfera legislativa quanto ao dever de efetividade constitucional, não poderá ser compactuada por outro Poder, como por exemplo o Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, vislumbra-se um ativismo judicial inócuo. Em suma, decisões que ultrapasse as barreiras entre racionalidade jurídica, prevalecendo apenas da racionalidade política, são chamados ativismo judicial nocivo. (TEIXEIRA, 2012)

Antevejo a relevância de mencionar, o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, que por sua vez assevera:

> Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. (MELLO, 2008 p. 11 *apud* TEIXEIRA, 2012 sp.)

Nesse passo, Celso de Mello ratifica:

> Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (MELLO, 2008 p. 12 *apud* TEIXEIRA, 2012 sp.)

Por sua vez, Teixeira (2012) descreve quatro características ativistas que lesam profundamente o equilíbrio da ordem constitucional. Sendo elas: atuação do magistrado como legislador positivo – atitude que extrapola a imparcialidade; ofensa ao princípio da separação dos Poderes – ultrapassando suas prerrogativas funcionais; desconsideração por precedentes jurisprudenciais – quando a nova decisão desconsidera os entendimentos firmados, sem circunstâncias novas; decisões judiciais viciadas por decisionismo meramente político – qualificada como a mais nociva. (TEIXEIRA, 2012)

É mister esclarecer, que a atualmente o Poder Judiciário – na figura do Supremo Tribunal Federal -, atingido em um processo de descrença por parte da sociedade nas instituições políticas, somado às crises democráticas, ganha forte evidência como instância promotora de perspectivas frustradas. (MORAIS, 2010 s.p. *apud* CARVALHO FILHO, 2014 p. 162) Cumpre ressaltar, que nesse diapasão, a sociedade se viu "órfã", motivo que vivenciou o novo regente da vida em coletividade – Judiciário como seu superego. (MAUS, 2000, p. 183-202 *apud* CARVALHO FILHO, 2014, p.162).

Ainda na seara interpretativa do Supremo Tribunal Federal, vale abordar o tema que gerou grande polêmica no cenário brasileiro, que iniciou com a Portaria 69/2019 pela

presidência do Supremo Tribunal Federal, a instauração de um inquérito com objetivos de apurar ameaças e ofensas a membros - inclusive familiares – da suprema corte brasileira. Por conseguinte, restará exposto acerca da constitucionalidade do inquérito instaurado de ofício pelo STF. (SILVA, 2020)

Primeiramente, se faz relevante mencionar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 572, em virtude da portaria 69/2019 da Presidência do Supremo Tribunal Federal, que iniciou e delegou - sem a distribuição - a presidência do inquérito ao Ministro Alexandre de Moraes, que com isso, vários parâmetros investigativos foram tomados. (SILVA, 2020)

Insta salientar, que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572, teve como autor o partido Rede Sustentabilidade, questionando a instauração da Portaria 69 de 14 de março de 2019, que determinou a inauguração no Inquérito 4781 no âmbito da suprema corte. O partido supramencionado, parte com alegações palpáveis de que não há indicação de ato praticado na sede ou dependência do Supremo para invocar essa decisão – como relata o artigo 43 do RISTF -, muito menos clareza de quem venha a ser os investigados, partindo para uma análise abstrata quanto à possibilidade dos examinados se encontrar sujeitos, ou não, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal. (STF, 2020)

Vale também realçar, que conforme a ADPF 572, salvo em raríssimas exceções, não pertence ao Poder Judiciário a competência em conduzir investigações criminais, conforme o sistema acusatório brasileiro vigente e esculpido no artigo 129, I da CRFB/88, juntamente com o princípio do juiz imparcial. Além disso, o partido Rede afirma que quanto aos crimes supracitados, existe a necessidade de representação do ofendido, sendo também questionado na ADPF 572. (STF, 2020)

Verifica-se ainda na ADPF 572, outro questionamento de ilegalidade, onde indaga que o inquérito 4781 não ficou sujeito à livre distribuição, como determina o regimento

interno do Supremo Tribunal Federal em seus artigos 66 e 67. Logo, o partido Rede Sustentabilidade, perante os argumentos aqui narrados, pleiteou a extinção da ação, sem a resolução de mérito, por ofensas a CRFB/88. (STF, 2020)

Destarte, Renato Brasileiro Lima descreve acerca do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – O mesmo avocado pelo presidente, Ministro Dias Toffoli, para instaurar a abertura do Inquérito 4781.

> [...] é fato que o dispositivo em questão não foi recepcionado pela Constituição Federal. Com efeito, essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, in casu, no Ministro inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, revela-se absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando-se à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas; (LIMA, 2020 s.p *apud* SILVA, 2020).

Por conseguinte, Soares Silva reafirma posicionamento de Renato Brasileiro, descrevendo avistar no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 43, dispositivo não recepcionado pela CRFB/88, por flagrante de inconstitucionalidade, uma vez que o artigo 43 do RISTF aprecia o sistema inquisitório, contrariando o disposto na Constituição Federal em seu artigo 129, I. (SILVA, 2020 *apud* BRASIL, 2020)

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

Cumpre ressaltar a relevância de mencionar a importância de esclarecer o conceito de inquérito. Bermudes destaca como:

> [...] um procedimento de natureza investigativa, pré-processual, tendo por finalidade a elucidação do suposto fato criminoso investigado, e que busca formar justa causa da ação penal - indícios mínimos de autoria e materialidade -, bem como servir como filtro processual -impedir ajuizamento de ações indevidas (BERMUDES, 2019, s.p)

De acordo com Júlio Fabbrini Mirabete, o inquérito é:

> Todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc. (MIRABETE, 2006. p. 60 *apud* SANTOS, 2015).

Segundo Renato Brasileiro de Lima, o inquérito 4.781 – inquérito das Fake News -, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, merece uma análise aprofundada quanto à forma interpretativa que a Suprema Corte brasileira adota em seus julgados, sob a égide na Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal brasileiro – Decreto-Lei nº 3.689 de 1941. (LIMA, 2019, s.p). Nessa conjectura, Renato Brasileiro de Lima apresenta cinco elementos concretos que levantam muitos questionamentos quanto a maneira interpretativa que a suprema corte brasileira vem adotando, como no caso em epígrafe, o sistema acusatório brasileiro, sendo eles:

> (...) Pode um inquérito ser instaurado de ofício pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal? Pode um Ministro do Supremo ser designado para presidir um inquérito sem prévia distribuição? O Supremo detém competência para conduzir um inquérito, já que se trata de supostos crimes cometidos contra os Ministros da Suprema Corte? Será que é cabível a rejeição da promoção de arquivamento formulada pela Procuradora-Geral da República? Nesse caso, haverá a possibilidade de um processo judicialiforme? (LIMA, 2019, s.p)

Nesse passo, o primeiro ponto a ser observado por Renato Brasileiro é: "Pode um inquérito ser instaurado de ofício, conforme ocorreu na portaria GP de 14 de março de 2019, subscrita pelo Ministro Dias Toffoli com fundamentos no artigo 43 do regimento interno?" (LIMA, 2019, s.p)

> Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. (RISTF, 1980, p.49)

É premente deixar claro, que para esclarecer certas indagações, se deve observar expressamente a CRFB/88, em seu artigo 129, I, "São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (BRASIL, 1988). Renato Brasileiro de Lima 2019, assevera que o sistema acusatório brasileiro se encontra caracterizado no artigo supramencionado, onde, outorga ao Ministério Público a sua titularidade privativa em promover a ação penal pública. Dessa forma, a alçada de acusar, defender e julgar devem ser realizadas por órgãos distintos, evitando assim, a hiperconcentração de poderes, bem como, o respeito ao Estado democrático de Direito na esfera de freios e contrapesos. (LIMA, 2019, s.p)

Insta salientar que, o sistema acusatório previsto no artigo 129, inciso I da CRFB/88 também vislumbra a finalidade do princípio da separação dos poderes, evitando dessa maneira, a interferência desarmônica de um poder em relação ao outro, impedindo assim, a transformação do regime democrático em regimes absolutistas, sendo que a preservação da imparcialidade do magistrado deve ser o ponto de partida. (LIMA, 2019, s.p). Portanto, com os argumentos ora mencionados, se examina que o artigo 43 do Regimento Interno do

Supremo Tribunal Federal – RISTF –, não foi recepcionado com o posterior advento da Constituição Federal de 1988, não sendo, dessa forma, papel do magistrado a determinação de instauração de um inquérito de ofício. (LIMA, 2019, s.p)

Bermudes ratifica o posicionamento supramencionado, afirmando que apesar de expressa previsão no regimento interno do Supremo Tribunal Federal em seu artigo 43, não existe a possibilidade de admitir a abertura de inquérito de ofício pelo STF, onde assim, vislumbra-se dois motivos notórios.

> I – Não é possível conferir interpretação extensiva ao disposto no art. 43 do RISTF, pois o conteúdo de sede ou dependência do Tribunal, é claro e se refere a delimitação do espaço físico. Desse modo, o inquérito, nos termos do RISTF, só poderia ser aberto em virtude de crimes ocorridos na sede da corte e que envolvam autoridade ou pessoa sujeita a sua jurisdição.
> II – Em respeito ao sistema acusatório, medida correta é, nos termos do art. 40 do CPP, que a investigação seja requisitada pelo MP, a exemplo do ocorrido na ocasião do OFÍCIO Nº 958/2018/GAB/PGR PGR-00601883/2018 (BERMUDES, 2019, s.p)

Assevera Bermudes 2019, que em ocasiões semelhantes anteriores, por crimes cometidos contra Ministros da Suprema corte, foi aprovado um requerimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal à Procuradoria Geral da República para adoção das providências cabíveis na esfera criminal, conforme o ofício nº 958/2018/GAB/PGR PGR-00601883/2018. (BERMUDES, 2019, s.p). Conforme o fato supramencionado, na ocasião haveria ofensa a honra da Ministra Rosa Weber, bem como, ameaça de mal injusto aos Ministros do STF nas mídias sociais, respeitando assim, o artigo 40 do CPP. (BERMUDES, 2019, s.p)

> Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia. (BRASIL, 1941)

Bermudes narra que compreende a efetiva necessidade de adoção de medidas enérgicas frente a crimes contra autoridades da república, em alinhamento com a ordem republicana e o sistema de garantias previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porém, o resguardo a esses direitos, não pode ser feito seguindo a vontade própria e de modo relativo. (BERMUDES, 2019, s.p)

Insta destacar, que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello, em votação sobre a validade do inquérito 4.781 em plenário do STF, relatou sua posição contrária com a maioria, de total inconstitucionalidade do inquérito em destaque, uma vez que o artigo 43 do regimento interno do STF não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. (STF, 2020, s.p). Segundo o Ministro Marco Aurélio, houve violação do sistema penal acusatório, que separa as funções de acusar e julgar, uma vez que o procedimento investigativo não foi provocado pelo Procurador-Geral da República, e, dessa forma, o vício inicial contamina todo o seu prosseguimento. (STF, 2020, s.p). O Ministro completa ainda, que as críticas contra os seus pares, estão amparadas pela liberdade de pensamento e expressão prevista na CRFB/88. (STF, 2020, s.p)

O segundo ponto importante a ser destacado por Renato Brasileiro, é no tocante a designação do Ministro Alexandre de Morais para presidir o inquérito 4.781 sem prévia distribuição legal, conforme ocorrido na portaria GP 69 de 14 de março de 2019, "(...) Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução" (STF, 2019). Conforme Lima (2019), a atitude tomada contraria o artigo 66 "A

distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo" (STF, 2010, p. 61) e o artigo 67 "Far-se-á a distribuição entre todos os Ministros, inclusive os ausentes ou licenciados por até trinta dias, excetuando o Presidente" (STF, 2010, p. 61) do próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (LIMA, 2019, s.p).

Cabette (2020) salienta, que a atitude do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, em designar o Ministro Alexandre de Moraes para presidir o inquérito 4.781 através da portaria GP 69/19, feriu o princípio da Administração Pública e da Justiça, uma vez que os atos públicos devem ser adotados de devidas fundamentações. Completa, ainda, que a portaria supramencionada não tem um mínimo de pressuposto de fundamentação, que demonstram e que legitimem o referido ato. Assim, limita-se a indicar um artigo do regimento interno do Supremo Tribunal Federal de maneira abstrata, colocando-a de maneira geral os supostos ilícitos sem a presença de um mínimo descritivo, não representa atos de fundamentação. (CABETTE, 2020, s.p)

É imperioso observar, que a designação ocorrida no inquérito 4.781, sem prévia distribuição legal, fere o princípio do juiz natural esculpido na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º inciso LIII (LIMA, 2019, s.p). "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (BRASIL, 1988). Nessa vereda, o princípio do juiz natural, confere a todo o cidadão o direito de saber de modo prévio, qual juízo irá julgá-lo caso venha praticar um delito. Ora, sendo caso de instauração de um inquérito, esse, pela ocasião que seja, deve ser distribuído e não designado como ocorreu na portaria GP nº 69/2019, conferindo dessa forma, um risco ao princípio do juiz natural expresso na CRFB/88. (LIMA, 2019, s.p). Diego Augusto Bayer descreve o princípio do juiz natural:

> (...) aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade. (BAYER, 2013, s.p)

O terceiro ponto a ser observado por Renato, é em relação a competência do Supremo Tribunal Federal para conduzir o inquérito supra narrado. No caso em tela, ocorre, que o fato de supostos crimes cometidos contra Ministros do STF, viceja grande discussão, como por exemplo, "a prática de crime contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, transfere para essa corte a competência para julgar esse delito?" (LIMA, 2019, s.p). É oportuno consignar, que para responder essa celeuma, a observância do texto constitucional em competência por prerrogativa de função se faz necessária, em seu artigo 102, inciso I, alíneas b, c e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (LIMA, 2019, s.p).

Indubitavelmente, sob o pálio da CRFB/88, a competência por prerrogativa de função abrange de forma exclusiva os delitos praticados por certas autoridades, contudo, desde que relacionados ao exercício da função, restando claro, que, por ventura crimes cometidos contra um Ministro do STF não traz a competência para a suprema corte decidir o feito. (LIMA, 2019, s.p). Por conseguinte, se em algum momento ocorreu a prática de delituosa contra integrantes da suprema corte brasileira, a competência para apurar esse caso se faz perante um juiz federal de 1º instância, pois, conforme mencionado, vislumbra claramente um crime cometido contra o poder Judiciário da União. (LIMA, 2019, s.p).

Silva (2019), além disso, corrobora com o entendimento de que a suprema corte brasileira lanhou o sistema acusatório brasileiro previsto na Carta Magna de 1988, trazendo consigo atitudes autoritárias, que andam em desacordo com o Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2019, p. 04). Ainda que diante da gravidade dos fatos mencionados, e

reconhecendo um interesse popular pela solução do conflito, a atitude tomada pelos Ministros responsáveis não possui amparo constitucional para a instauração de um inquérito criminal de ofício, descontruindo dessa maneira, o princípio das separações dos poderes regido pela CRFB/88. (SILVA, 2019, p. 03-04)

O quarto ponto que merece destaque, é acerca da vista feita pela procuradora-Geral da República somente 30 dias após a designação ocorrida em portaria - GP 69/2019 -, onde, após isso, houve a promoção do arquivamento do inquérito 4.781 realizado pela Procuradora-Geral com base em todos os argumentos aqui já narrados – "violação ao sistema acusatório; falta de competência do Supremo; ausência de distribuição do inquérito" (LIMA, 2019, s.p).

Ocorre, que com a promoção de arquivamento feito pela Procuradora-Geral da república, ocorreu a rejeição da promoção de arquivamento por Ministros da suprema corte, entrando e uma nova celeuma jurídica. "Haveria a possibilidade dessa rejeição por Ministros do Supremo?" (LIMA, 2019, s.p). É imperioso ressaltar, que, para uma análise concreta do caso, vislumbra a necessidade de examinar diretamente o Decreto Lei nº 3.689 de 1941 – Código de Processo Penal -, em seu artigo 28. Ora, ocorrido uma promoção de arquivamento apresentado pela Procuradoria-Geral da República, é de notório saber, que não há fundamento de aplicabilidade do artigo 28 do CPP. (LIMA, 2019, s.p).

> Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (BRASIL, 1941)

Por sua vez, Cabette (2020) assevera que o Supremo Tribunal Federal não respeitou a promoção de arquivamento feito pela Procuradora Geral da República – Raquel Dodge. (CABETTE, 2020, s.p). Cabette completa, ainda, que a Procuradora Geral da República declarou que todos os atos se manifestaram de forma ilícita, *in verbis*:

> Nenhum elemento de convicção ou prova de natureza cautelar produzida será considerada pelo titular da ação penal ao formar sua *opinio delicti*. Também como consequência do arquivamento, todas as decisões proferidas estão automaticamente prejudicadas (DODGE, 2019, s.p *apud* CABETTE, 2020, s.p).

Dado o exposto, ocorrendo em primeira instância a promoção de arquivamento pelo promotor, em que, o juiz do caso não concordando, o magistrado aplica o artigo 28 do Decreto Lei nº 3.689 de 1941, ocorrendo o princípio da devolução, devolvendo assim o conhecimento da matéria ao Procurador-Geral de Justiça. Insta salientar que o artigo em tela não pode ser aplicado quando se tratar de promoção de arquivamento ocorrida pela chefia da própria instituição. (LIMA, 2019, s.p). Sobreleva notar, em se tratando do Ministério Público Federal, deve se distinguir a Lei 8.625/1993 que conceitua e define os Ministério Públicos Estaduais da Lei Complementar 75/1993 que abarca o Ministério Público da União. (LIMA, 2019, s.p). Assim, importa dizer que, analisando a Lei nº 8.625, se observa a existência de recurso endereçado ao colégio de procuradores de justiça, quando se tratando de arquivamento de inquérito policial pelo Procurador-Geral de Justiça, mencionado no artigo 12, inciso XI, da Lei nº 8.625/1993. (LIMA, 2019, s.p).

> Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: [...]
> XI - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de

informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária. (BRASIL, 1993)

Assim, importa dizer, que a previsão legal supramencionada não encontra acolhida na Lei Complementar nº 75/1993, em que, conforme o artigo 53 – relacionado as competências do colégio de procuradores -, não se vislumbra a possibilidade de rever decisão de arquivamento de inquérito policial determinado pelo Procurador-Geral da República nas situações de atribuição originária. (LIMA, 2019, s.p). Claro está, portanto, não havendo acolhimento de lei não há em que se falar em recurso para o colegiado de procuradores da República, e, se tratando de pedido formulado pelo chefe do Ministério Público da União, outra solução não há senão o arquivamento do inquérito 4.781. (LIMA, 2019, s.p).

Cabette (2020) acrescenta que qualquer prova colhida durante o inquérito 4.781 se manifesta de maneira ilegal, pois pertence a autoridades emanadas sem as devidas competências constitucionais, provocando assim, o que a doutrina chama de "Frutos da árvore envenenada", tornando inadmissíveis eventuais provas derivadas. (CABETTE, 2020, s.p). Insta salientar, que, para uma suprema corte – guardiã da Constituição Federal de 1988 – não há como alegar a desinformação dessa incompetência, pois, conforme a CRFB/88, claro se evidencia quanto a sua matéria. (CABETTE, 2020, s.p). Claro está, portanto, que a Carta Magna de 1988, não permitiria que vítimas de determinados crimes julgassem seus próprios algozes, onde, assim, restaria ferido o princípio da imparcialidade. (CABETTE, 2020, s.p).

Nessa vereda, encontram-se julgados do Supremo Tribunal Federal no sentido contraposto ao seu entendimento aplicado. (LIMA, 2019, s.p). Portando quando a promoção de arquivamento ocorre por promoção da Procuradoria-Geral da República, o atendimento

a esse pedido deve ser prioritariamente compulsório, exceto quando o arquivamento tiver condão de formar coisa julgada formal e material, o que não se verifica no caso em análise. (LIMA, 2019, s.p).

> (...) Na hipótese de existência de pronunciamento do Chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a opinio delicti a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. 5 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assevera que o pronunciamento de arquivamento, em regra, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal. (...) (STF, 2017, s.p)

Segundo Renato Brasileiro de Lima 2019, os inúmeros precedentes citados nesse mesmo julgado ratificam a posição unânime do Supremo Tribunal Federal em reconhecer quanto a impossibilidade de recurso, quando ocorrer a realização de promoção de arquivamento feito pelo Procurador-Geral da República. Com isso, insta perceber, que muita estranheza nos causa com a decisão do Excelentíssimo Ministro Alexandre Morais rejeitando a promoção de arquivamento. (LIMA, 2019, s.p). Precedentes esses:

> (...) Precedentes citados: INQ nº 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, DJ 19.4.1991; INQ nº 719/ AC, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, unânime, DJ 24.9.1993; INQ. nº 851/SP Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, unânime, DJ 6.6.1997; HC nº 75.907/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma Maioria, DJ 9.4.1999; HC nº 80560/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma unânime, DJ 30.3.2001; INQ. nº 1.538/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 14.09.2001; HC nº 80.263/SP Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ27.06.2003; INQ. nº 1608/PA, Rel. Min. Marcos Aurélio de Mello, Plenário, unânime, DJ 6.8.2004; INQ. nº 1.884/RS, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, Plenário, maioria, DJ 27.8.2004; INQ. (QO) nº 2.044/SC, Rel. Min.

Sepúlveda Pertence, Plenário, maioria, DJ 8.4.2005; e HC nº 83.343/SP, 1ª Turma, unânime, DJ 19.08.2005. (STF, 2020, s.p)

O quinto e último elemento de análise quanto a maneira interpretativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal, é em relação ao processo judicialiforme – ação penal *ex-officio*. Vislumbra a preocupação e a incógnita, que, com o indeferimento da promoção de arquivamento feita pelo Ministro Alexandre de Morais, ocorra um processo judicialiforme. Insta dizer, que absurdo seria tal observação, mas o Decreto Lei 3.689/1941 faz referência a essa possibilidade em seu artigo 26, porém, apenas em relação ao caso de contravenção penal. (LIMA, 2019, s.p).

Por óbvio, o artigo 26 do Decreto Lei 3.689 de 1941 não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois nela, é outorgado apenas ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, prevista no artigo 129, inciso I. Portanto, é evidente dizer que o magistrado não poderá instaurar um inquérito de ofício, muito menos dar prosseguimento a uma ação penal pública sem o pedido e consentimento do órgão responsável. (LIMA, 2019, s.p).

Cumpre ressaltar, além disso, ser pacífico pela doutrina e jurisprudência a não recepção do artigo 26 do Decreto Lei nº 3.689 de 1941, que preconiza o chamado "Processo Judicialiforme". (CABETTE, 2020, s.p). É necessário observar, que desde a vigência da CRFB/88, não se encontra a possibilidade de localização de qualquer feito judicialiforme ocorrido em nosso país, não encontrando mais no cenário brasileiro a figura do juiz investigador e julgador. Dessa forma, se vislumbra desde 1988 o comprometimento das instituições com o respeito ao sistema acusatório, e acima de tudo, o respeito a Carta Constitucional brasileira de 1988, respeitando assim, a imparcialidade do magistrado, bem como o titular da ação penal. (CABETTE, 2020, s.p).

Insta salientar que diante dos aspectos mencionados, se vislumbra vícios gravíssimos na origem e no decorrer do inquérito 4.781, contaminando não somente a instauração como todas as provas produzidas durante seu decurso. Portanto, a interpretação do Supremo Tribunal Federal em manter e dar prosseguimento, viola claramente a Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, bem como os princípios nela expressos - princípio do juiz natural e o princípio da imparcialidade do juiz. (LIMA, 2019, s.p).

À luz do Estado Democrático de Direito, e conforme a Carta Magna brasileira de 1988, insta observar quanto ao procedimento judicialiforme, que representa a possibilidade da ação penal, nos casos de contravenção penal, ter seu início fundado por força de portaria de delegado de polícia ou por autoridade judicial. (CUNHA, 2007; LORENZATO, 2007; FERRAZ, 2007; PINTO, 2007 *apud* GOMES, 2008). Neste sentido, "Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial". (BRASIL, 1941)

Vale observar, que o princípio da oficialidade exposto no artigo 129, I da CRFB/88, diz, que de modo privativo existirá um órgão oficial, do Estado, incumbido da promoção da ação penal pública, sendo esse, o Ministério Público. (CUNHA, 2007; LORENZATO, 2007; FERRAZ, 2007; PINTO, 2007 *apud* GOMES, 2008). Por sua vez, a única exceção encontra-se acampada no artigo 5º, LIX CRFB/88, se tratando da ação penal privada subsidiária da pública, onde profere que, "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal" (BRASIL, 1988)

Portanto, é forçoso constatar, que com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, o artigo 26 do Decreto Lei nº 3.689 de 1941 – Código de Processo Penal – restou revogado tacitamente, posto que, a Constituição Federal normatiza em seu texto o artigo 129, inciso I, expressando sobre a competência específica por promover a ação penal pública. (CUNHA, 2007; LORENZATO, 2007; FERRAZ, 2007; PINTO, 2007 *apud* GOMES, 2008).

"São funções do Ministério Público: I – promover privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A metodologia aplicada, ocorre em uma análise crítica a partir de métodos de dialética, com base em Leis, princípios, doutrinas, jurisprudências, autores especialistas no campo do Direito Processual Penal e Direito Constitucional, entre outras matérias. Buscando analisar de maneira constitucional e legalista algumas ações tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

### 8.2 Técnicas de Pesquisa

No que consta as técnicas de pesquisas, o presente trabalho define-se na coleta de dados em análise de conteúdo em argumentos jurisprudenciais, coleta de jurisprudências, Leis, resoluções, artigos científicos publicados, julgados recentes, precedentes do STF, pesquisas bibliográficas, declarações do Supremo Tribunal Federal, entre outros meios necessários.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

## REFERÊNCIAS

BAYER, Diego Augusto. **Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal – Parte 04.** Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943166/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-04#:~:text=Consagrado%20pela%20CF%2F88%2C%20em,organiza%C3%A7%C3%A3o%20judici%C3%A1ria%20de%20cada%20Estado.> Acesso em: 27 out. 2020

BERMUDES, Carlos. **Inquérito de Ofício pelo STF é legal?** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/688187345/inquerito-de-oficio-pelo-stf-e-legal?ref=topic_feed#:~:text=43%20do%20Regimento%20Interno%20do,Federal%20(RISTF)%2C%20disp%C3%B5e%3A&text=Ocorrendo%20infra%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20lei%20penal,esta%20atribui%C3%A7%C3%A3o%20a%20outro%20Ministro.> Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno.** Brasília: STF (Secretaria de Documentação), 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 04 out. 2020

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inquérito Judicial das Fake news: as obviedades que precisam ser explicadas. *In*: **Meu Site Jurídico,** portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/04/inquerito-judicial-das-fake-news-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/> Acesso em: 31 out. 2020

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 202, abr.-jun. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503043/001011324.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 04 out. 2020

GOMES, Luiz Flávio. **Que se entende por procedimento Judicialiforme?** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87563/que-se-entende-por-procedimento-judicialiforme#:~:text=O%20procedimento%20judicialiforme%20consiste%20na,do%20CPP%20que%20o%20previa.&text=Processo%20Penal%20Pr%C3%A1tico%20. Acesso em 09 out. 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. STF Inquérito Nº4.781. *In*: **Youtube,** portal eletrônico de vídeos, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=02_RrL7lhXU&t=122s> Acesso em: 09 out. 2020

MELLO, Celso de. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008.** Disponível

em: <www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>, p. 11 e 12. Acesso em: 04 out. 2020

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. *In*: **Jus Navigandi,** Teresina, a. 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/15073> Acesso em: 04 out. 2020

RIBEIRO, Wendson. O princípio da separação dos Poderes: uma rápida leitura doutrinária e jurisprudencial. *In*: **Jus Navigandi,** Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29830/o-principio-da-separacao-dos-poderes-uma-rapida-leitura-doutrinaria-e-jurisprudencial#:~:text=Frise%2Dse%20que%2C%20com%20rela%C3%A7%C3%A3o,o%20Executivo%20e%20o%20Judici%C3%A1rio%E2%80%9D.> Acesso em: 02 out. 2020

SANTOS, Rosilan. Do inquérito Policial. *In*: **Jus Navigandi,** Teresina, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42037/do-inquerito-policial#:~:text=Segundo%20J%C3%BAlio%20Fabbrini%20Mirabete%20%C3%A9,penal%20e%20de%20sua%20autoria.> Acesso em: 10 out. 2020

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. Distopia no Supremo Tribunal Federal do Brasil. Momento propício para o Congresso criar o investigador/promotor independente do Ministério Público. *In*: **SSRN,** [S.l.], 2019. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3435009> Acesso em: 31 out. 2020

SILVA, Erasmo Jamir Soares. Inconstitucionalidade da Instauração de Inquérito de ofício pelo STF *In*: **Jus Navigandi,** Teresina, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82622/inconstitucionalidade-da-instauracao-de-inquerito-de-oficio-pelo-stf#:~:text=Embora%20tal%20situa%C3%A7%C3%A3o%20seja%20bem,43.> Acesso em: 05 out. 2020

SILVA, Relivaldo José da. Uma análise ao chamado "Inquérito das Fake News" pelo prisma da Liberdade de Expressão. *In*: **Conteúdo Jurídico,** Brasília, 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55043/uma-anlise-do-chamado-inqurito-das-fake-news-pelo-prisma-da-liberdade-de-expresso> Acesso em: 05 out. 2020

SILVA, Sabrina. Ativismo Judicial: Uma análise sob a perspectiva da atuação do Supremo Tribunal Federal. *In*: **Revista do CEJUR,** Florianópolis, v. 1, n. 3, 2015. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/99> Acesso em: 05 out. 2020

STF. **Plenário conclui julgamento sobre validade do inquérito sobre fake News e ataques ao STF.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1> Acesso em: 29 out 2020

STF. **Inquérito 4012. Relator Ministro Gilmar Mendes.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000213743&base=baseMonocraticas> Acesso em: 01 de out. de 2020

STF. **HC 183134. Relator Ministro Gilmar Mendes.** Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000069250&base=baseMonocraticas> Acesso em: 01 de out. de 2020

STF. **STF julga na sessão de hoje (10) ação contra inquérito das Fake News.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445182> Acesso: 05 out. 2020

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política. *In:* **Rev. Direito GV,** São Paulo, v. 8, n. 1, jan.-jun. 2012. Disponível em: <https: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 30 set. 2020.

# INTEGRAÇÃO DAS COMARCAS OU RETROCESSO AO ACESSO À JUSTIÇA? UM OLHAR PARA A RESOLUÇÃO Nº 37/2020 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO (TJES) E OS REFLEXOS NEGATIVOS SOBRE O FUTURO DO JUDICIÁRIO

Viviane Castro Sobral

## 1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça pode ser conceituado de diversas formas e aspectos, a qual vem se modificando dia após dia ao longo do tempo. Várias doutrinas consideram o acesso à justiça como um direito de vinculação ao sistema judiciário e ao processo. A Constituição Federal (1988) é direta ao elencar que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, isto é, uma evidência constitucional sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, visando reportar que o Estado não pode negar a solução de conflitos em que um indivíduo declare lesão ou ameaça de direito.

De certa forma, é uma tarefa árdua conceituar tal tema, tendo em vista o fato de que o acesso à justiça não é apenas analisado por sociólogos, psicólogos, políticos etc, mas também por pessoas que trabalham no âmbito do direito e do Poder Judiciário. O acesso à justiça tem como objetivo obter um processo que traga um retorno tempestivo e que seja adequado ao conflito de interesses e sabe-se que, a causa do mal funcionamento do poder judiciário é a ausência de mecanismos que efetivem tal acesso.

Por fim, o sujeito que por meio do direito de ação, postule o direito jurisdicional do Estado, deverá ter seu direito protegido, podendo exigir o cumprimento forçado da norma contrariada, ou ainda, a atuação de uma sanção por descumprimento.

## 2 TEMA

Integração das Comarcas ou Retrocesso ao Acesso à Justiça? Um olhar para a Resolução nº 37/2020 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) e os reflexos negativos sobre o futuro do Judiciário.

## 3 PROBLEMÁTICA

A unificação das comarcas vizinhas, por meio da Resolução nº 37/2020 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJEES), violou o princípio constitucional do acesso à justiça?

## 4 OBJETIVOS

### 4.1 Objetivo Geral

- Analisar se a resolução nº 37/2020 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que integrou comarcas, violou o acesso à justiça.

### 4.2 Objetivos Específicos

- Delimitar, conceitualmente, a concepção de acesso à justiça, no âmbito doutrinário e constitucional.

- Avaliar as consequências da integração das comarcas e a inviolabilidade do direito ao acesso à justiça à população mais vulnerável.
- Analisar a Resolução nº 37/2020 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e seus reflexos negativos sobre o futuro do Poder Judiciário.

## 5 HIPÓTESES

Hipótese 01: A unificação das comarcas vizinhas configura uma violação ao princípio constitucional do acesso à justiça, tendo em vista a dificuldade de locomoção dos menos favorecidos ao buscar o Poder Judiciário.

Hipótese 02: A integração das comarcas vizinhas não configura uma violação ao princípio constitucional do acesso à justiça, tendo em vista seu respaldo legal no art. 9º da Resolução nº 184/2013do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

## 6 JUSTIFICATIVA

O princípio do devido processo legal, é de fato, uma garantia que dá ao cidadão, em primeiro lugar, uma proteção em âmbito material, pois resguarda o seu direito de liberdade individual. Em segundo plano, em âmbito formal, que lhe dá segurança sobre em que condições é efetivada a relação do mesmo com o Estado, se tratando, principalmente, de defesa e de formas legais de agir do processo, quando é necessário defender interesses e/ou solucionar conflitos com intervenção estatal (SANTANA, 2012, *online*).

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), todos têm direito ao acesso à justiça, devendo solicitar tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a

um objetivado direito sempre que desejar. Tal princípio, neste contexto, é refletido não apenas aos direitos que são individuais de uma só pessoa, mas também a direitos que são difusos e coletivos, levando em consideração o fato de que, a referida Constituição acha viável tutelar não só a lesão, tal como ameaça de lesão, que isso, desta forma, engloba a chamada tutela preventiva (CAPPELLETTI, 1988 *apud* BAUER, 2015, *online*).

Quando se dialoga sobre acesso à justiça, enfatiza-se, também, a sua real efetividade. Desta forma, deve ser julgado as formas de acesso e os devidos resultados que o Estado propicia à sociedade, sendo o incumbido pela pacificação dos conflitos sociais (MARTINS, 2006, p. 02). O acesso à justiça garante a todos os cidadãos a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça. É um princípio constitucional previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que diz o seguinte: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988, *online*). E, ainda, em seu inciso LXXIV que alega que o Estado deve prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. De um modo conceitual, Mauro Cappelletti aduz:

> A expressão "acesso a justiça" [...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado: Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI, 1988 *apud* RUIZ, 2018, *online*).

Uma das maiores, se não a maior apuração de todos os tempos, sempre foi como assegurar a todos, uma oportunidade de se instalar perante o Judiciário e sempre que desejasse, requerer seus direitos. Desde o século XVIII ocorreram muitas mudanças até o dia de hoje, o que permitiu que o país caminhasse em largos passos e obtivesse um

expressivo avanço em busca pelo acesso a justiça. No país, a implantação de direitos como próprio acesso a justiça (inafastabilidade da jurisdição) e a mediana duração do processo no escalão de direitos que são fundamentais vindo da Constituição, foi algo que decidiu o quão importante seria essa garantia básica (RODRIGUES; BOLESINA, 2014, p. 02).

Tal tema possui uma alta relevância em face da fundamentalidade da garantia ao acesso à justiça, que de certa forma, é um direito essencial à uma efetiva proteção de cada indivíduo brasileiro e à execução completa do que realmente é esse direito. O direito ao acesso à justiça é uma postulação básica à proteção jurídica. Levando isso em consideração, de nada adiantaria fixar a dignidade da pessoa humana como base estrutural de uma ordenação jurídica se, na realidade, não existisse um mecanismo suficiente que zelasse pela sua concretização (BLANCO, 2012, p. 04).

Em um Estado Democrático de Direito é normal que seja atribuído a todos os indivíduos devidos direitos. O Estado como é defensor da força e da incumbência, com o objetivo de manter a paz social, atribui a si a função de realização *in concreto* do Direito e, com isso, é necessário que, de fato, sejam estabelecidas garantias e normas que determinem tal atuação estatal (BLANCO, 2012, p. 04). Deste modo, o acesso à justiça garante a realização de um determinado direito, uma inalteração da paz social e, também, a proteção do ser humano. Como esse direito possui um importante papel à proteção do ser humano e, ainda, a efetivação da ordem jurídica, o direito além de ser positivado em âmbito jurídico, ainda é positivado em uma esfera internacional (BLANCO, 2012, p. 05).

Quando analisado com cautela, mesmo com embasamentos constitucionais, a justiça ainda apresenta certas obstruções, na qual está ligada diretamente à própria estrutura judiciária do Brasil que, infelizmente, ainda não abarca toda a população em sua real totalidade e que, precisa da intervenção estatal para assegurar alguns direitos e resolver conflitos (SANTANA, 2015).O Estado Democrático de Direito tem buscado atender tal

princípio criando juizados especiais, procedimentos administrativos e privados, visando cumprir a letra constitucional e viabilizar de forma efetiva, a pacificação de conflitos sociais (MARTINS, 2006, p. 01).

O Poder Judiciário do Espírito Santo (PJES) está se dedicando para que seja contínua as atribuições de suas atividades. "(...) Neste ano, em se tratando apenas da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, a mesma, tem julgado em média, 100 processos a cada uma das alas virtuais e, ao todo, 1.128 processos já foram sentenciados no plantão judiciário pelos membros da mesma" (TJES, 2020, *online*). O gradativo número de julgamento certifica que, os desembargadores da Segunda Câmara Criminal não medem esforços para que seja entregue a cada um dos cidadãos uma prestação jurisdicional vertiginosa (TJES, 2020, *online*), cumprindo, desta forma, o que a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXVIII alega: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios de que garantam a celeridade da sua tramitação" (BRASIL, 1988). Contudo, percebe-se no gráfico abaixo que, o Estado ainda apresenta violações ao acesso à justiça e, isso ano após ano cresce gradativamente:

**Figura 1:** Série histórica da taxa de congestionamento e do índice de atendimento à demanda.

**Fonte:** Justiça em números, 2020, p. 114

Dessa forma, compreende-se o que seria acesso à justiça, e assim, pode-se dizer que, há violação desse direito fundamental quando o Estado afasta de certo grupo, os órgãos do Poder Judiciário que são responsáveis por trazer esse acesso à justiça. Vê-se na Resolução nº 37 de 04 de junho de 2020 do TJEES (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo) em seu art. 1º que "ficam integradas as Comarcas de São José do Calçado, Bom Jesus do Norte e Apiacá, sendo a sede localizada na Comarca de São José do Calçado, todas integrantes da 6ª Região Judiciária" (SOUSA, 2020, *online*).

Constata-se, assim, que a decisão dessa unificação das comarcas vizinhas, retiraria de dois municípios o órgão do Poder Judiciário, e com isso dificultaria o acesso de cidadãos

menos favorecidos à justiça. Isto é, uma decisão do Estado que dificulta o acesso à justiça a todos, indo contra ao direito fundamental assegurado pela Carta Magna de 1988.

## 7 REVISÃO DE LITERATURA

O "acesso à justiça" é afamado por conta de sua complexidade, embora ele seja determinado por duas finalidades no sistema jurídico – um sistema a qual indivíduos podem e devem reivindicar seus direitos e, ainda, podem resolver seus litígios sob a segurança do Estado. Basicamente, o direito ao acesso à tutela jurisdicional, externa o direito formal do sujeito em contestar uma ação, porque a teoria dizia que os direitos naturais não necessitavam, especificamente, de uma ação do Estado, pois é um direito que é preservado para que não fosse permitido uma violação por outros (GOMES, 2020, *online*).

Naquela época, a inépcia que alguns indivíduos tinham em aplicar a justiça e suas instituições, de certa forma não era uma responsabilidade do Estado, tendo em vista o fato do acesso formal a justiça se referir apenas à igualdade formal e não efetiva. A começar do instante em que as ações passaram a revelar relações de caráter coletivo e deixaram de se tornar individuais, as sociedades modernas deixaram para trás a perspectiva individualista que por ora, tinham sobre os direitos, isto posto, o acesso à justiça pode ser encarado como uma exigência fundamental dos direitos humanos, nutrindo o sistema jurídico como uma função principal a garantia desses direitos (GOMES, 2020, *online*).

Desta forma, Cappelletti galga sobre alguns obstáculos do acesso à justiça, que, para ele, são problemas especiais dos interesses que são difusos e coletivos que será sondado no decorrer deste estudo:

> Os efeitos desta delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20).

A primeira onda de acesso à justiça, é direcionada a prestação de assistência judiciária aos menos "privilegiados", tendo em vista o fato de que o preço exorbitante dos honorários advocatícios e, ainda, a pouca elucidação sobre o que é de fato o Direito, faz com que seja quase impossível o acesso à justiça à sociedade menos favorecida (NEVES; SILVA; RANGEL, 2016, *online*). Desta forma, a situação onerosa e, também, o exacerbado formalismo nas relações jurídicas do Poder Judiciário, segue sendo algo que ergueu bloqueios aos membros da sociedade economicamente necessitados (PIZZETA; PIZETTA; RANGEL, 2014 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016).

O art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, diz que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (BRASIL, 1988). De acordo com Cappelletti e Garth (1988), um procurador é fundamental para que haja um desenvolvimento hábil à formalização de um pedido. Desta forma, em sua obra, debruça:

> Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 03).

Nesta sequência, Cappelletti e Garth aduzem sobre três relevantes modelos jurídicos apontados à assistência judiciária aos pobres, denominando-o "sistema judicare"

(CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016), que salientam sobre a contratação de advogados particulares, pelo próprio Estado, para que seja prestado assistência judiciária aos cidadãos hipossuficientes. A intenção desse método é, em resumo, ofertar uma justiça que seja de fato equilibrada, ou melhor, a mesma prontidão jurídica ao litigante menos favorecido daquele que possui uma boa condição financeira e que pode custear os serviços de um advogado privado. "O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota dos honorários: o Estado, mas não cliente, é quem recebe" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Os autores das ondas do acesso à justiça ainda aduzem: "(...) Não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.14). Isto é, os autores, ainda, notam uma falha neste sistema, pois alegam que o acesso à justiça remedia o problema que é referente às custas, entretanto, não dá uma direção aos pobres a reconhecer seus direitos e causas de pedir.

Em contrapartida, o *judicare* olha o menos favorecido como o sujeito de direito que é, embora não exista amplitude ao rol de direitos garantidos, assim, fica, por vezes, apenas às causas de família ou de defesa criminal, não se estendendo a novos direitos como os de consumidores, inquilinos, etc. (NEVES; SILVA; RANGEL, 2016, *online*). Com isso, torna-se crucial os preceitos de Mello:

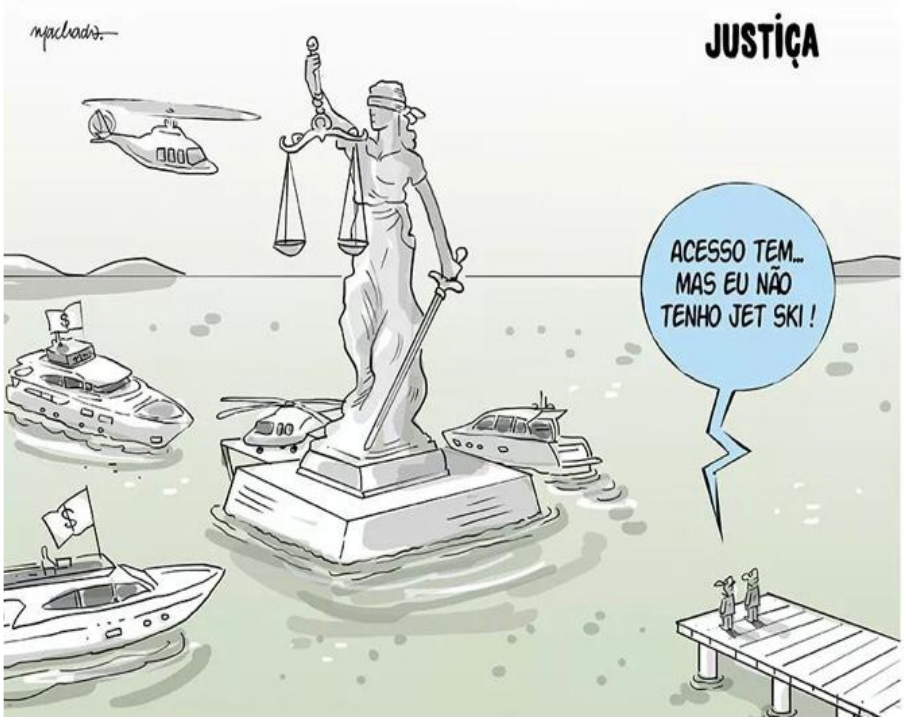
> Outra crítica dirigida ao sistema é que ele se volta para a defesa eminentemente individual do assistido, desconsiderando a importância do enfoque de classe na conquista de mais direitos. Alem disso, não há a preocupação com a formação de uma consciência dos direitos cabíveis às pessoas, que ficam prejudicadas por sequer saber identificá-los (MELLO, 2010, p. 21).

De acordo com Boaventura de Souza Santos (1989 *apud* GASTALDI, 2016, *online*), os dados estatísticos apontam que os brasileiros que são menos favorecidos economicamente, mesmo quando acreditam possuir direito a algo, mostram-se duvidosos e vacilantes. Em resultado, acabam não procurando uma assistência jurídica gratuita adequada e não ajuízam uma ação cabível legal (SANTOS, 1989, p. 48-49 *apud* GASTALDI, 2016, *online*). Afirmou o citado escritor:

> (...) dois fatores parecem explicar esta desconfiança ou esta resignação: por um lado, experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reação compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande diferença de qualidade entre outros serviços advocatícios prestados às classes de menores recursos), por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais (SANTOS, 1989, p. 48-49).

A charge feita por Gomes traz um exemplo claro desta primeira onda:

Figura 2: Desigualdade social compromete o acesso à justiça.




**Fonte:** GOMES, 2020, s.p

A segunda onda tem o objetivo de tratar a representação e defesa dos interesses que são difusos. Nesta onda, Cappelletti e Garth ensinam:

> Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. Tem havido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradicionais quanto novos, dos menos privilegiados. Um outro passo, também de importância capital, foi a criação de mecanismos para representar os interesses difusos não apenas dos pobres, mas também dos consumidores, preservacionistas e do público em geral, na reivindicação agressiva de seus novos direitos sociais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67).

No que diz respeito aos efeitos da coisa julgada em sede de ação civil pública, eles estão se mostrando harmônicos com o processo de massa e propiciam o acesso coletivo à justiça. De acordo com o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, o direito transindividual em questão, tem efeito erga omnes ou ultra partes, conforme o julgamento ou com o resultado da prova, visando a beneficiar todas as pessoas ameaçadas ou lesadas em seus direitos por determinado acontecimento, promovendo-se uma verdadeira inclusão jurisdicional (GASTALDI, 2013, *online*).

Em caso de improcedência, no que diz respeito às despesas com o processo, se a parte autora for associação, somente será condenada esta, ao pagamento de honorários advocatícios. Se a parte autora esteve de má fé, custas e despesas processuais, de acordo com o art. 18 da Lei de Ação Civil Pública, que desta forma, auxilia a contornar obstáculos econômicos do acesso à justiça e tem, ainda, o poder de abrir caminhos para uma democracia mais participativa (GASTALDI, 2013, *online*). Tal onda foi criada para que fosse suprida a falha da primeira onda, na intenção de solucionar a representação dos direitos coletivos. De início, atribuía-se ao Ministério Público a tutela de tais direitos, entretanto, muitas vezes, esses direitos vão contra o Estado, fazendo com que se suceda uma pressão para que não haja uma reivindicação (RODRIGUES, 2019, *online*).

A preocupação desta onda, tem como resultado a incapacidade do processo civil tradicional com cunho individualista, servindo para a proteção dos direitos ou interesses difusos ou também chamados de coletivos. Por essa causa, o processo civil é e sempre será visto como um campo de disputa, tendo como propósito maior a solução de controvérsia entre eles a respeito de seus próprios interesses individuais. Michelle Damasceno Marques Mello explica:

> De uma perspectiva equivocada, em que se pensava que se o direito ou interesse pertencia a todos é porque não pertencia a ninguém, percebeu-se que se o direito ou interesses não pertencia a ninguém é porque pertencia a todos, e, a partir desse enfoque, cuidou-se de buscar meios adequados à tutela desses interesses, que não encontravam soluções confortável na esfera do processo civil (...) Tal onda renovatória permitiu a mudança de postura do processo civil, que, de uma visão individualista, funde-se em uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos 'direitos públicos' relativos a interesses difusos. (...) Essa nova concepção do direito pôs em relevo a transformação do papel do juiz, no processo, e de conceitos básicos como a citação e o direito de defesa, na medida em que os titulares de direitos difusos, são podendo comparecer a juízo – por exemplo todos os interessados na manutenção da qualidade do ar em uma determinada região - é preciso que haja um "representante" adequado para agir em benefício da coletividade. A decisão deve, em tais casos, ser efetiva, alcançando todos os membros do grupo, ainda que não tenham participado individualmente do processo (MELLO, 2010, p. 22-23).

Com relação aos efeitos da coisa julgada em sede de ação pública civil, mostram-se condizentes com o processo de massa e tem o poder de propiciar o acesso coletivo à justiça. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 103, prevê que, o direito transindividual em questão, efeitos erga omnes ou ultra partes, de acordo com o resultado da prova ou com o julgamento, com o objetivo de beneficiar todas as pessoas que são ameaçadas ou lesadas em seus direitos por determinados acontecimentos, promovendo-se uma verdadeira inclusão jurisdicional (GASTALDI, 2013, *online*).

Sobretudo, no que diz respeito às despesas com o processo, quando ocorrer improcedência, se a parte autora for associação, somente será condenada ao pagamento de honorários advocatícios, se esteve de má-fé, a custas e despesas processuais, de acordo com a Lei da Ação Civil Pública, o que, de certa forma contribui para o contorno dos

obstáculos econômicos do acesso à justiça, abrindo, assim, caminhos para uma democracia mais participativa (GASTALDI, 2013, *online*).

Em continuidade, quando se trata de Ação Civil Pública, é correto salientar sobre sua previsão na Constituição Cidadã de 1988 como uma ação constitucional, que tem o dever de disciplinar assuntos que são voltados à danos que ocorrem no meio ambiente, a bens e direitos de valor histórico, paisagístico, turístico e ao consumidor. Desta forma, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, entre suas finalidades institucionais, a prestação ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (GABERLLINI, 2011 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL).

Levando em consideração os problemas que por ora estão sendo enfrentados, no que concerne às barreiras sociais, o contexto desse movimento de acesso à justiça refere-se à um experimento de tornar o sistema jurídico cada dia mais efetivo, superando-se por meio de mecanismos e reformas, objetivando não só a resolução de conflitos, mas também, a compreensão de uma garantia dos direitos difusos e coletivos, que serão concretizados em juízo por uma pessoa jurídica, ou física, ou órgãos governamentais, com o escopo de trazer uma tutela que estabilize a dissolução da ameaça ou lesão ao direito, ou interesse de tal coletividade (GOMES, 2020*, online*).

Sabe-se que, em qualquer âmbito do direito tem-se que ter como base a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso LIV, aduz sobre o devido processo legal, que visa proteger e dar um maior contentamento à prestação jurisdicional, para que assim seja postulado a instrumentalidade do processo (LEITÃO, 2010, *online*). A vista disso, a terceira onda tem como objetivo racionalizar e simplificar o sistema processual civil, para que seja possível se obter uma melhor prestação jurisdicional e que seja, principalmente,

"desburocratizada" os atos processuais, elucidando, assim, um rumo que seja mais dinâmico e eficaz para o processo civil brasileiro.

Desta maneira, visa-se alcançar parâmetros que diminua as complicações de seu sistema, objetivando ser mais útil e ágil para que se obtenha, enfim, bons resultados sob a visão jurisdicional, objetivando ainda, a efetividade do processo civil, que é uma parte crucial, para que dessa forma seja mais amplo o acesso à justiça (LEITÃO, 2010, *online*). Nesta fase, Cappelletti ensina que a terceira onda concede um amplo acesso à justiça, em que tende a atingir qualquer indivíduo, e tem como dimensão uma melhora no sistema processual civil.

> O sistema processual vigente é capaz de recepcionar o novo instituto sem grandes modificações legais. As modificações maiores seriam em relação aos recursos humanos e matérias necessárias a sua operacionalização pelo Judiciário, mas não ao ponto de inviabilizá-lo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67).

Tal onda veio para ir muito mais além da primeira e da segunda "onda", pois busca superação no dito "obstáculo processual". Alguma dessas novas possibilidades, é a mudança no processo que traz uma estrutura muito complexa ocasionando a famigerada demora e morosidade no processo, onde é necessário que se desenvolva métodos processuais mais simples, como ocorre em juizados especiais, retomar institutos antigos como mediação, arbitragem e conciliação (RODRIGUES, 2019, *online*).

A reforma dos procedimentos judiciais possui uma alta importância para a modificação e engrenagem judiciária, de modo a adotar procedimentos simplificados para demandas mais simples, e procedimentos complexos para demandas complexas. Ademais, o procedimento deve incluir acompanhamentos de leigos com atividade de auxílio dos

juízes, e não só com a movimentação do processo, mas da própria instrução, que toma a maior parte do tempo do juiz (ALVIM, 2003, *online*).

Os princípios configuradores da *oralidade*, dentre os quais o da *identidade física,* que exige a presença física do juiz no comando das audiências, devem ser repensados para que entrem em cena os servidores "instrutores". A partir daí, poderia cada juízo ter a seu serviço um certo número de servidores especializados na instrução de processos, notadamente na tomada de depoimentos de partes e testemunhas, reservando-se ao juiz o poder de reinquiri-las, caso entenda necessário para o esclarecimento dos fatos (ALVIM, 2003, *online*).

Fora da justiça pública, devem ser também prestigiados os procedimentos alternativos de resolução dos conflitos, estimulando, assim, jurisdicionados a buscar justiça fora dos tribunais públicos, para que se obtenha uma decisão mais rápida e eficaz, como a arbitragem e a mediação. Ademais, muitos países adotam a função de conjugar a justiça pública com a justiça privada, assentindo, a título de exemplo, que o juiz de direito se transforme em árbitro ou, mesmo, num amigável autor (ALVIM, 2003, *online*).

Cappelletti e Garth (1988, p. 30) ainda ensinam que "a idéia básica é a de apenar o autor que não aceita uma proposta de conciliação oferecida à corte pela outra parte, quando, após o julgamento, se comprove ter sido razoável esta proposta", ou seja, um encorajamento econômico proporcionando um descongestionamento nos processos em julgamento (CAPPELLETTI; GARTH, 1988 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016, *online*).

A quarta onda renovatória é sugerida por Kim Economides, um dos integrantes da coordenação do Projeto de Acesso à Justiça de Florença, que em companhia a Mauro Cappelletti, visa elencar aos estudantes e profissionais do Direito, todo um conjunto social de problemáticas que existem no meio social, tornando, assim, necessárias as inovações provisórias de remédios jurídicos para solucionar os tantos litígios e relações humanas. Além

do mais, Mello (2010, p.27) proclama que a demanda "prima pela conscientização dos jovens estudantes sobre a realidade e os problemas sociais, preparando-os de reforma a se tornarem profissionais atentos e sensíveis a toda a estrutura econômico-político-social que os rodeia", logo, a essência desta onda está em procurar mudança em um processo em construção (NEVES; SILVA; RANGEL, 2016, *online)*.

> A proposta surge diante das pesquisas que o autor desenvolveu por quase 20 anos. Primeiramente no sudoeste da Inglaterra, em comunidades rurais, com o objetivo, principalmente, de examinar a distribuição e o trabalho de advogados, nesta empreitada percebeu a importância de olhar o lado da oferta, sem perder o enfoque também da demanda, além da indissociável relação entre eles (TEODORO, s.d, s.p *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016).

Outrossim, o autor Economides afirma que, talvez, o problema não esteja apenas no acesso dos cidadãos à justiça, e sim naqueles que o pleiteiam. Logo, este novo ponto de vista analítica acredita que a essência do problema não está limitada apenas ao acesso dos cidadãos à justiça, mas, insere também o acesso dos próprios advogados. Diante desta afirmação, a presença dos operadores do direito é de indiscutível relevância (ECONOMIDES, 1997, p.62 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016).

Em conformidade com o citado autor, duas áreas necessitam de uma exploração mais aguçada, "a primeira refere-se à natureza do problema do acesso à justiça, incluindo os aspectos metodológicos que cercam os estudos sobre a questão da mobilização da lei pelos cidadãos" (ECONOMIDES, 1997, p.62 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016) e a segunda "relaciona-se com as definições contemporâneas de justiça, ou seja, com o problema epistemológico de definir a que realmente queremos dar acesso aos cidadãos". (ECONOMIDES, 1997, p.63 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016).

> Na quarta onda discutimos a questão epistemológica do direito. Nessa fase, questionamos o profissional do direito, sua formação, sua habilidade etc. Já parou para pensar que tipo de cultura jurídica está sendo formada? Será que o profissional formado hoje em dia está preparado para enfrentar um judiciário lento e cheio de burocracia? Os currículos universitários correspondem a uma boa formação humanística? (SIQUEIRA, s.d, s.p *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016).

A análise das três ondas simultâneas, dão uma maior nitidez às reais causas da dificuldade do acesso à justiça com relação aos servidores jurídicos (ECONOMIDES, 1997, p.64 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016). A primeira diz sobre a natureza da demanda dos serviços jurídicos e "verifica as necessidades jurídicas não atendidas, procurando quantificar em termos objetivos estas ausências" (TEODORO, s.d, s.p *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016). Em conseguinte, a segunda refere-se a natureza da oferta, isto é, tem o dever de averiguado comportamento do público diante das pesquisas sobre opinião e conhecimento da justiça (TEODORO, s.d, p. 08 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016). E, por fim, a terceira dimensão se destaca pela natureza do problema jurídico, "que são aqueles os quais os clientes possam desejar trazer ao fórum da justiça" (ECONOMIDES, 1997, p.64 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016).

No Brasil investiga-se através dos núcleos de prática jurídica, que são inseridos nas universidades, esse contato efetivo com a justiça, como pondera Correia (s.d, p. 06), "os Núcleos de Prática Jurídica inseridos nas Universidades do Brasil exercem um papel relevante na formação do profissional da área, bem como influenciam no acesso à justiça de forma efetiva". A mesma autora, ainda pondera ao dar a importância à consciência ética e humana:

> A consciência ética e humana de um profissional da área jurídica emerge junto com os bancos da Academia, é através dela que o aluno tem visão sistêmica do problema suscitado e tenta solucioná-lo de forma abrangente, ou seja, levando em consideração não só os efeitos jurídicos, mas, sobretudo os efeitos sociais que acarretarão com aquela decisão (CORREIA, s.d., p. 08).

Meditando sobre a ética humana e profissional, Economides vai se encontrar com países com grandemente desenvolvidos intelectualmente, que não confiam na mudança pela cidadania. "Em muitos países da Europa Ocidental — e na Grã-Bretanha, em particular —, nem a principal força motriz por trás das atuais reformas de 'acesso' é um desejo altruístico de valorizar a cidadania, nem tais reformas representam uma reação a uma crise de confiança nos ideais profissionais ou políticos, embora elementos de ambas estejam claramente presentes" (ECONOMIDES, 1997, p.70 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016).

Contudo, debater sobre tal ato de olhar por aqueles necessitados já detentores de direitos, apenas se vê a falta do efetivo uso dos poderes para dissipar essa hipocrisia no uso do modelo constitucional utilizado por aqueles que não analisam a cidadania como meio de melhor inserção na justiça (ECONOMIDES, 1997, p.70 *apud* NEVES; SILVA; RANGEL, 2016).

## 8 METODOLOGIA

### 8.1 Método de Abordagem

A metodologia utilizada, consiste em uma análise a partir do método dedutivo e histórico, buscando compreender/analisar os princípios que regem e protegem os direitos individuais de cada pessoa, a qual estão elencados na Constituição Federal, visa compreender ainda, ondas sobre o Acesso à Justiça onde inúmeros autores renomeados

mundialmente, buscam exemplificar de maneira mais clara para que se obtenha uma possível melhora no sistema judiciário, bem como interpretar Resoluções, jurisprudências, leis e declarações do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

## 8.2 Técnicas de Pesquisa

Em se tratando de técnicas de pesquisa, opta-se pela revisão em formato sistemático. Levando isso em consideração, a pesquisa será de embasada em trabalhos acadêmicos, artigos científicos publicados, dentre outros meios que se fizerem necessários. As informações serão obtidas por meio de pesquisas bibliográficas, possíveis decisões de instâncias superiores, além de comentários de renomados autores e pesquisadores. Destarte, este estudo dispõe de uma noção geral para uma melhor resposta do judiciário a sociedade civil.

## 9 CRONOGRAMA

| ATIVIDADES | AGO | SET | OUT | NOV | FEV | MAR | ABR | MAI |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Escolha do tema e do orientador | | | | | | | | |
| Encontros com o orientador | | | | | | | | |
| Pesquisa bibliográfica preliminar | | | | | | | | |
| Leituras e elaboração de resumos | | | | | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Elaboração do projeto | | | | | | | | |
| Entrega do projeto de pesquisa | | | | | | | | |
| Revisão bibliográfica complementar | | | | | | | | |
| Coleta de dados complementares | | | | | | | | |
| Redação da monografia | | | | | | | | |
| Revisão e entrega oficial do trabalho | | | | | | | | |
| Apresentação do trabalho em banca | | | | | | | | |

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. *In*: **Jus Navigandi,** Teresina, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4078/justica-acesso-e-descesso>. Acesso em 17 out. 2020

AUGUSTO, Víctor. **Ondas de transformação do acesso à justiça**. Disponível em: <https://indexjuridico.com/ondas-de-transformacao-do-acesso-a-justica/>. Acesso em 9 out. 2020

BLANCO, Carolina Souza Torres. **O direito de acesso à justiça nas jurisprudências interamericana e brasileira, uma análise comparativa**. Disponível em: <file:///C:/Users/Viviane/Downloads/241-441-1-SM%20(1).pdf>. Acesso em 25 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988**.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020

CORREIA, Eveline de Castro. **Núcleo de prática jurídica:** Um diálogo entre a teoria e a prática nos cursos de Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63923f49e5241343>. Acesso em 17. out 2020

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Segunda Câmara Criminal do TJES já julgou mais de mil processos durante o plantão extraordinário. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/segunda-camara-criminal-do-tjes-ja-julgou-mais-de-mil-processos-durante-o-plantao-extraordinario/>. Acesso em 01 out. 2020

GASTALDI, Suzana. As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais. *In*: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26143>. Acesso em 13 out. 2020.

GOMES, Damaris Aracélia. **Da segunda onda renovatórias à garantias processuais do acesso à justiça.** Disponível em: <https://amyagssilva.jusbrasil.com.br/artigos/846352088/da-segunda-onda-renovatoria-as-garantias-processuais-do-acesso-a-justica?ref=serp>. Acesso em 10 out. 2020

MARTINS, José Celso. **A importância social do acesso à justiça**. Disponível em: <file:///C:/Users/Viviane/Downloads/507-508-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020

MELLO, Michele Damasceno Marques. **Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no ordenamento jurídico brasileiro**. 43f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização Lato Sensu) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf>. Acesso em 9 out. 2020.

NEVES, Gabriela Angelo; SILVA, Samira Ribeiro; RANGEL, Tauã Lima Verdan. As ondas renovatórias do italiano Mauro Cappelletti como conjunto proposto a efetivar o acesso à justiça dentro do sistema jurídico brasileiro. *In*: **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/as-ondas-renovatorias-do-italiano-mauro-cappelletti-como-conjunto-proposto-a-efetivar-o-acesso-a-justica-dentro-do-sistema-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 10 out. 2020

PINHO, Roberto Monteiro. **Acesso à Justiça ainda é um sonho para a maioria dos brasileiros.** Disponível em: <htpp://www.tribunaldainternet.com.br/acesso-a-justica-ainda-e-um-sonho-para-a-maioria-dos-brasileiros/>. Acesso em 10 out. 2020

RODRIGUES, Thais Brugnera; BOLESINA, Iuri. O direito fundamental ao acesso a justiça e a sua (não) concretização diante da crise de efetividade do Poder Judiciário. *In:* XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, **ANAIS...,** 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Viviane/Downloads/11680-3940-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020

SANTOS, Boaventura Souza. Introdução à sociologia da administração da Justiça. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça**. São Paulo: Ática, 1989.

SOUSA; Ronaldo Gonçalves. **Resolução nº 37, de 10 de junho de 2020**. Disciplina a integração das Comarcas de São José do Calçado, Bom Jesus do Norte e Apiacá. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/corregedoria/2020/06/10/resolucao-no-37-2020-disp-09-06-2020/>. Acesso em 25 set. 2020.