

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1172

(Ano XV)

(14/10/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1172



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1172 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 297 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Pode o Estado cobrar IPVA de veículo apreendido, ou seja, sob a guarda do Estado?

Valdinei Cordeiro Coimbra, 08.

ARTIGOS

Juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro: previsão legal, especificidades e constitucionalidade

David Ferreira Santana, 13.

A Defensoria Pública e a concretização do acesso substancial à Justiça: Uma Abordagem Histórica

Larissa Nunes de Carvalho, 34.

A aceitação e legalização da eutanásia no Brasil

Fabiano Pedro de Oliveira, 44.

Aspectos jurídicos da municipalização do trânsito em Paço do Lumiar/MA e seus impactos socioespaciais

Anderson Boas Viana, 59.

A alienação parental e suas consequências psicológicas

Natália Tavares Fernandes Coelho, 80.

Antígona e seu julgamento

Guilherme Abramovitch May, 87.

Teoria das obrigações no âmbito tributário

Waldomiro Gomes Neto e Gustavo Grana Pereira de Menezes, 94.

O direito e os processos de gestão de pessoas no serviço público

Bruno da Silva Amorim, 103.

A inserção do novo crime de perseguição no código penal

Vanessa França Valero, 108.

Violência obstétrica e a necessidade de regulamentação e punição no ordenamento jurídico brasileiro

Igor Nascimento Costa, 118.

Responsabilidade civil do Estado por omissão no sistema penitenciário

Karla Cristina Maneta Ferreira, 135.

Primeiras linhas sobre o Juiz de Garantias, na ótica do Supremo Tribunal Federal

Paula Naves Brigagão, 157.

Medida provisória em matéria tributária

Yasmin Da Silva Bitencourt, 172.

Desafios à emancipação feminina num contexto de vulnerabilidades sociais

Marcelo Dias Silva de Souza, 210.

Efetivação do direito fundamental à educação no ensino infantil: desafios e perspectivas

Raphaela Da Silva Nascimento, 230.

Uma análise dos impactos da Covid-19 na repartição de competências da federação brasileira

Maria do Socorro Moreira de Resende, 237.

Coleta de amostras para exames genéticos (DNA – ácido desoxirribonucleico) no protocolo nacional de investigação e perícias nos crimes de feminicídio do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP)

Elder Bezerra Tavares da Silva, 257.

A anulação do negócio jurídico de transmissão imobiliária e o ITBI

Liana Costa Pádua, 274.

PODE O ESTADO COBRAR IPVA DE VEÍCULO APREENDIDO, OU SEJA, SOB A GUARDA DO ESTADO?

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) é uma obrigação tributária de natureza anual, incumbida ao proprietário do veículo. Entretanto, um cenário controverso se apresenta quando o veículo se encontra apreendido e sob custódia estatal. Surge, então, o questionamento: é lícito o Estado cobrar o IPVA de um bem que o proprietário não tem disponibilidade de uso?

1. A Natureza do IPVA

O IPVA é um tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, destinado a incidir sobre a propriedade de veículos automotores. Seu fato gerador é a propriedade do veículo, independentemente de seu uso. No entanto, uma análise mais aprofundada sobre a lógica do imposto nos leva a questionar se essa cobrança seria justa em todos os contextos.

No Distrito Federal, a Lei nº 6.466, de 27/12/19, indica como fato gerador do IPVA, "a propriedade, o domínio útil ou a posse legítima do veículo automotor." (art. 1º, § 5º)

2. A Apreensão do Veículo e a Indisponibilidade de Uso

A apreensão de um veículo e sua consequente guarda pelo Estado retira do proprietário a disponibilidade de uso, gozo e disposição da coisa. Se considerarmos que o

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

IPVA, embora tenha como fato gerador a propriedade, é influenciado pela potencial utilização do bem nas vias públicas, essa cobrança torna-se contraditória quando o bem está indisponível ao proprietário por ação estatal.

3. O Princípio da Capacidade Contributiva*

Quando um veículo é apreendido e mantido sob a guarda do Estado, o proprietário não apenas perde a capacidade de uso do bem, como também pode enfrentar prejuízos econômicos decorrentes dessa apreensão. Nesse contexto, cobrar o IPVA pode ofender o princípio constitucional da capacidade contributiva, previsto na Constituição Federal, segundo o qual, determina que os tributos devem ser cobrados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

4. Jurisprudência e Posicionamentos Atuais*

Diversos tribunais têm se posicionado sobre a matéria, e uma tendência observada é a de que a cobrança de IPVA de veículos apreendidos fere o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. O entendimento é que, sem a efetiva possibilidade de uso do veículo, a cobrança do imposto torna-se indevida.

No Distrito Federal, o § 10 do art. 1º da Lei nº 6.466, de 27/12/19, prevê que:

§ 10. Desde que o fato seja objeto de ocorrência policial, o IPVA não incide sobre a propriedade de veículo roubado, furtado ou sinistrado e prevalece, nos casos de roubo e furto, até o momento em que o veículo for recuperado, observado o disposto no § 16'

A lei é omissa quando o veículo é apreendido pelo Estado envolvidos algum tipo de infração penal, como por exemplo o tráfico de drogas. Da mesma forma nada fala quando há a perda judicial do veículo, como efeito de condenação. Neste contexto, noticiaremos dois casos para melhor compreensão do tema.

Caso 1 – ocorrido no Distrito Federal.

No TJDF, citamos o caso decidido na 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do DF (processo n. 0713936-02.2021.8.07.0016) que manteve a sentença que declarou inexistente os débitos do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA de veículo que foi devolvido ao autor quase três anos depois de ter sido recuperado administrativamente. O carro havia sido furtado. O Colegiado destacou que **a cobrança do imposto durante o período em que esteve sob a guarda da administração pública é indevida.**

Segundo consta do pedido do autor, o veículo foi furtado em 25 de fevereiro de 2016, e que o carro só lhe foi devolvido em maio de 2019 - 3 anos após o furto. Apesar disso, conta que, **no período em que esteve sem o veículo, o Distrito Federal realizou cobranças referentes ao IPVA**. Assim, requereu que os débitos e tributos referentes ao período do furto e da recuperação sejam declarados inexistentes.

Em primeira instância, o juiz do 3º Juizado Especial da Fazenda Pública do DF observou que **o fato gerador do IPVA ocorre em 1ª de janeiro de cada ano** e que, no caso, o imposto não deve ser cobrado a partir de 2017. O magistrado declarou a inexistência dos débitos do imposto de 2017 a 2019.

O Distrito Federal recorreu sob o argumento de que **a não incidência do IPVA deve ser aplicada somente durante o período que perdurou o roubo** - de 25 de fevereiro a 27 de julho de 2016 - e asseverou que **o lançamento dos tributos devidos foi feito logo após a recuperação administrativa do veículo**. Pediu a reforma da sentença para que fosse reconhecida a incidência tributária proporcional no exercício de 2016, a partir da data da recuperação do veículo, e integral nos três anos seguintes.

Ao analisar o recurso, a Turma explicou que a Lei federal 7.431/85 prevê que, “desde que o fato seja objeto de ocorrência policial, **o IPVA não incide sobre a propriedade de veículo roubado, furtado ou sinistrado** e prevalece até o momento em que o veículo for recuperado ou reparado”. No caso, segundo o Colegiado, as provas dos autos mostraram que o carro só foi restituído ao proprietário em 2019 e que não há provas de que o autor tenha sido comunicado anteriormente da apreensão administrativa.

“Verifica-se que o autor não contribuiu para a demora na restituição do bem. Dessa forma, a parte requerente **faz jus à isenção tributária durante o período em que a administração pública se manteve na posse do bem** e inerte quanto à comunicação da apreensão do veículo”, pontuou o relator.

Dessa forma, a Turma negou provimento ao recurso do Distrito Federal e **manteve a sentença** que julgou procedente o pedido inicial para declarar inexistência dos débitos de IPVA de 2017 a 2019 do veículo de propriedade do autor. A decisão foi unânime.

Caso 2 – Ocorrido em São Paulo.

Em São Paulo, mais precisamente na cidade de Piracicaba, o juiz de Direito Wander Pereira Rossette Júnior, da 2ª vara da Fazenda Pública decidiu que o Estado não pode cobrar o pagamento de IPVA de dono de carro que ficou apreendido em pátio de Delegacia, pois no seu entendimento, o recolhimento do veículo descaracteriza a posse e domínio, inviabilizando a sua circulação.

Na referida ação (Processo: 1003891-85.2021.8.26.0451) o motorista requereu a suspensão da exigibilidade do IPVA e inscrição no Cadin referente ao período em que seu carro ficou apreendido em pátio por falta de licenciamento.

O magistrado observou que restou comprovado que o proprietário do veículo perdeu a sua posse quando houve a apreensão, tornando inexigível o tributo, referente ao IPVA, a partir deste momento, nos termos da lei 13.296/08, art. 14, parágrafo 2º:

Artigo 14 - Fica dispensado o pagamento do imposto, a partir do mês da ocorrência do evento, na hipótese de privação dos direitos de propriedade do veículo por furto ou roubo, quando ocorrido no território do Estado de São Paulo, na seguinte conformidade:

I - o imposto pago será restituído proporcionalmente ao período, incluído o mês da ocorrência em que ficar comprovada a privação da propriedade do veículo;

II - a restituição ou compensação será efetuada a partir do exercício subsequente ao da ocorrência.

§ 1º - A dispensa prevista neste artigo não desonera o contribuinte do pagamento do imposto incidente sobre fato gerador ocorrido anteriormente ao evento, ainda que no mesmo exercício.

§ 2º - O Poder Executivo poderá dispensar o pagamento do imposto incidente a partir do exercício seguinte ao da data da ocorrência do evento nas hipóteses de perda total do veículo por furto ou roubo ocorridos fora do território paulista, por sinistro ou por outros motivos, previstos em regulamento, que descaracterizem o domínio ou a posse.

Neste sentido, segundo a sentença, o recolhimento do veículo descaracteriza a posse e domínio, pois inviabiliza sua circulação, impedindo conseqüentemente a cobrança do IPVA, cujo fato gerador é a propriedade, no entanto, ressaltou que tal entendimento não se aplica em relação ao licenciamento obrigatório, pois é perfeitamente exigível do proprietário do bem, independente da perda da posse.

No caso concreto, concluiu que: "Assim, considerando a ausência da posse do veículo a partir de julho de 2017, de rigor afastar a incidência apenas do IPVA, referente aos exercícios 2018 e seguintes", deferindo a tutela de urgência para determinar que o Estado de São Paulo suspendesse a cobrança do IPVA referente ao período de 2018 a 2021.

Conclusão

A cobrança de IPVA de veículos apreendidos e sob custódia estatal levanta questionamentos importantes sobre a equidade e justiça fiscal. À luz dos princípios constitucionais e da lógica que permeia a instituição desse imposto, torna-se imperativo reavaliar essa prática, visando a uma tributação mais justa e alinhada com os direitos e deveres do contribuinte.

JUIZ DE GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PREVISÃO LEGAL, ESPECIFICIDADES E CONSTITUCIONALIDADE

DAVID FERREIRA SANTANA: Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Assessor de juiz. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense².

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a análise do instituto jurídico denominado “Juiz das Garantias”, instituído no ordenamento jurídico pátrio a partir da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 e em vigor desde 23 de abril de 2020, tanto no que diz respeito à sua concepção, consolidação e efeitos na fase persecutória, quanto no que concerne à sua constitucionalidade e compatibilidade com os tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil faz parte. Nesta abordagem serão não só expostas as normas jurídicas que disciplinam o instituto, como também serão colacionados os principais julgados no assunto, sem prejuízo da citação dos comentários doutrinários que se coadunam na perspectiva constitucional em que caminha o Direito Processual Penal, tudo com a devida abordagem crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz de Garantias. Lei nº 13.964/19. Pacote Anticrime. Imparcialidade do juiz. Sistema acusatório. ADI nº 6289. ADI nº 6300. ADI nº 6299. ADI nº 6305.

SUMMARY: The purpose of this study is to analyze the legal institute called “Juiz das Garantias”, instituted in the national legal system as from Law No. 13,964 of December 24, 2019 and in force since April 23, 2020, both with regard to its conception, consolidation and effects in the persecutory phase, as regards its constitutionality and compatibility with the international treaties of which the Federative Republic of Brazil is a party. In this approach, not only the legal norms that discipline the institute will be exposed, but also precedents on the subject will be collected, likewise to the citation of the doctrinal comments that are consistent with the constitutional perspective in which the Criminal Procedural Law goes, all with the appropriate approach criticism.

1. Introdução

O Direito regula as relações sociais. Com efeito, pode-se compreender o Direito como complexo de normas (regras ou princípios) que disciplinam a vida em sociedade. No âmbito processual penal, o Direito tem por objetivo regular o exercício do direito

² Email: dfsantana0812@hotmail.com

subjetivo atribuído ao Estado-Juiz de punir aquele que comete fato típico, ilícito e culpável, ofendendo bens jurídicos protegidos pelo ordenamento.

Esse exercício de punir é efetivado com limites. Os limites derivam não só dos direitos fundamentais consagrados na CFRB/88 e nos tratados internacionais que o Brasil integra, mas igualmente por regulamentações específicas contidas nos diplomas que regulam os procedimentos e a fase investigativa.

A Lei nº 13.964/19 introduziu a figura do Juiz das Garantias no Direito Processual Penal brasileiro, alterando substancialmente a disciplina jurídica na fase de investigação, instituindo um modelo de juiz responsável pelo controle da legalidade da investigação e pela prática de atos restritivos à liberdade do investigado.

Dessa forma, é inafastável avaliar quais alterações foram consolidadas e qual é o tratamento jurídico que tem sido dispensado a elas pela doutrina e pelos tribunais superiores, a fim de avaliar a conveniência, a constitucionalidade e a convencionalidade do instituto, sem prejuízo de uma abordagem histórica inaugural.

2. Origem do Juiz das garantias

2.1 História, influência principiológica e internacional

Diversos comentários têm sido lançados a respeito da introdução do Juiz das Garantias na disciplina processual penal brasileira. Se por um lado já se sabe que a regulamentação decorreu da Lei nº 13.964/19, denominada pelo Ex-Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro de “Pacote Anticrime” por ocasião de sua concepção, merece aprofundamento a análise a respeito das raízes históricas e notadamente internacionais que culminaram na introdução de um juiz controlador das investigações no Brasil.

Em um período histórico pouco anterior à Revolução Francesa e antes da consolidação de um sistema normativo protetor dos direitos fundamentais de primeira geração na Europa (notadamente a partir do século XIX), era comum haver concentração entre as funções de acusar, defender e julgar. Essa concentração integrava o chamado “sistema inquisitorial” processual.

No Direito Canônico a partir do século XIII, vigorou o sistema inquisitorial. Não havia direito a contraditar a atitude do julgador, tampouco de nomear defensor. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 46),

“No processo inquisitório, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado.

A gestão das provas estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse”.

Diferentemente, o “sistema acusatório”, prevalecente na Antiguidade Grega e Romana, em queda na Idade Média e Moderna e resgatada com o declínio do antigo regime monárquico europeu, é fundado na separação entre as funções de acusar, julgar e defender, sendo também marcas do sistema na realidade atual a oralidade, a concentração das provas e a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Pela simples leitura da Constituição Federal de 1988, já se pode concluir que um sistema inquisitivo é incompatível com os direitos e garantidas fundamentais processuais do Direito Objetivo Brasileiro.

Sabidamente, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova sistemática de abordagem jurídica das relações sociais. Nesse sentido, se num passo não tão remoto o Direito Objetivo era visto como um conjunto de regras destinado essencialmente a garantir a paz social, a moralidade pública e impedir lesões a interesses alheios, a partir da Carta Cidadã a perspectiva predominante é visualizar as normas como instrumentos de garantia, aperfeiçoamento e desenvolvimento de direitos fundamentais. Nesse sentido, a própria ideia de ordem pública é considerada como consequência lógica do direito à segurança.

Essa ideia é dotada de cogência e se extrai de todo o texto constitucional e da legislação posterior ao texto. Ou seja, a Constituição impõe ao legislador infraconstitucional a obrigação de consolidar atos normativos (comando que muitas vezes é feito sob a reserva legal absoluta, excluindo de qualquer outra autoridade, pública ou privada, a competência para proteger por intermédio de ato normativo algum direito consagrado) com o objetivo de garantir direitos fundamentais. Pode-se dizer que esse é o “espírito das leis” na realidade atual.

E é com essa mentalidade que foram sendo inauguradas diversas reformas no Código de Processo Penal. Cite-se, por exemplo, a Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008 que, conferido maior segurança jurídica na instauração da ação penal, incluiu os incisos I a IV no art. 397 do referido diploma adjetivo, possibilitando a absolvição sumária, ou seja, independentemente de instrução, dos réus, desde que presentes causas que fulminam a existência do crime ou a possibilidade de sua punição.

No âmbito da legislação extravagante, a Lei nº 9.096/95 foi promulgada para promover maior celeridade nos procedimentos judiciais de menor potencial ofensivo e garantir o acesso da vítima a institutos reparadores (vide a autocomposição civil dos

danos e a transação penal), efetivando seu direito à restauração do dano sofrido (art 5º, V, parte final da CFRB/88).

O Juiz das Garantias, visando garantir a imparcialidade do juiz, afinal separa as figuras do juiz que atua controlando a fase investigativa (com íntima relação com os elementos investigativos) daquele que profere sentença, introduziu no sistema processual um magistrado com funções de zelar pela legalidade das investigações, deferir medidas cautelares e afilivas e preparar o processo para o exercício da Ação Penal.

Fabiano Augusto Martins Silveira discorre sobre a imparcialidade nos seguintes termos

“É fácil acompanhar o raciocínio. Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entre no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. Não leva consigo o passivo da fase pré-processual. Não tem compromisso pessoal com o que se passou. Não colaborou na identificação das fontes de prova. Não manteve o flagrante nem decretou a preventiva.”

A Constituição Federal preleciona que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII). Esse comando é denominado “princípio do juiz natural”, que ordena que a todo aquele a quem for imputado um ilícito cível ou penal seja assegurado um julgamento por um juiz competente, segundo o ordenamento jurídico já vigente. Destaca-se que parte da doutrina considera o princípio do juiz natural como implícito.

Decorre também do princípio do juiz natural a necessidade de haver um juiz imparcial. Ora, não basta haver um juiz competente. É imperioso que ele não tenha qualquer vínculo subjetivo com o crime em apuração.

Como influências internacionais do projeto, destaca-se o *“juge des libertés et de la détention”*, criado pela lei de 15 de junho de 2000 da República Francesa. Nesse Estado europeu, o juiz possui competências relacionadas à prisão preventiva e controle de sua legalidade (*détention provisoire*) e autoriza procedimentos invasivos cuja autorização está submetida à reserva jurisdicional, como escutas telefônicas (*écoutes téléphoniques*) e perseguições (*perquisitions nocturnes*).

Na Alemanha, o juiz de garantias surgiu na década de 1970. O *“Ermittlungsrichter”* tem competência para determinar busca e apreensão e interceptação telefônica, além de prisões.

No Brasil, é nítida a influência de tais diplomas. Com efeito, a redação nova do Art. 3º-A e do caput do art. 3º-B do Código de Processo Penal tem a seguinte estrutura:

“Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)”.

Portanto, nota-se que o Juiz de Garantias não é um instituto absolutamente novo, sendo necessário traçar comentários acerca das especificidades desse projeto no Brasil.

2.2 Trâmite legislativo

Em relação ao trâmite legislativo alguns pontos marcantes se destacam.

Primeiramente, ressalta-se que a iniciativa do projeto de Lei nº 882/2019, mais tarde com ingresso no mundo jurídico sob o nº 13.964/19, foi de iniciativa do Poder Executivo, o então presidente Jair Messias Bolsonaro.

Embora seu conteúdo não trate de matéria a que a lei reserva a iniciativa como privativa do Poder Executivo (art. 61, §1º da CRFB/88), em se tratando de um projeto que envolve Direito Penal e Direito Processual Penal, não poderia o Presidente editar medida provisória (art. 62, §1º, I, “b” da CRFB/88), restando a iniciativa de lei (no caso, ordinária) o único instrumento constitucionalmente adequado.

Ocorre que o projeto inicial não integrava em seu bojo a instituição do juiz das garantias. Isso porque derivou de um plano legislativo idealizado pelo Ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro com a finalidade de reduzir índices de corrupção e crimes praticados por organizações criminosas; assim, o projeto inicial era essencialmente vocacionado a tratar de organizações criminosas (Lei nº 13.850/13), captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos (Lei nº 9296/96) e critérios e requisitos diferenciados para a progressão de regime (Lei nº 7.210/84), dentre outras alterações. Diante dessas concepções, não é distante imaginar que o rascunho da lei não circundava em torno de garantias relacionadas aos investigados.

Importante ressaltar que, além das propostas de Moro, o projeto também apresentava em seu texto diversas sugestões derivadas da Comissão de Juristas instalada pelo presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia (Democratas, Rio de Janeiro)

em 17 de outubro de 2017. Participaram da comissão, dentre outros, o residente do Conselho de Política Criminal e Penitenciária, desembargador Cesar Mecchi Morales; o procurador-geral de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Gianpaolo Poggio Smanio; o subprocurador-geral da República, José Bonifacio Borges de Andrada. O texto final foi entregue pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes aos presidentes da Câmara dos Deputados e Senado Federal em 08 de maio de 2018, sendo transformado no Projeto de Lei nº 10.372/18.

Ocorre que em nenhuma das sugestões havia a inclusão do Juiz das Garantias.

De fato, o ministro Sérgio Moro, em pronunciamento à mídia em geral, questionou o Juiz de Garantias. Em rede social, duvidou do projeto em 28 de dezembro de 2019 nos seguintes termos:

“Leio na lei de criação do juiz de garantias que nas comarcas com um juiz apenas (40% do total) será feito um ‘rodízio de magistrados’ para resolver a necessidade de outro juiz. Para mim, é um mistério o que esse ‘rodízio’ significa. Tenho dúvidas se alguém sabe a resposta”.

Para parcela da sociedade política e jurídica, o suposto desgosto de Sérgio Moro com o projeto advinha justamente do medo de se implantar um sistema de imparcialidade. Essa mesma parcela criticava o idealizador do projeto Moro por quebra de imparcialidade em alguns procedimentos na Operação Lava Jato, quando notoriamente o então ministro participou como Juiz Federal.

Nos Autos do Habeas Corpus nº 163.943/PR, por exemplo, o Ministro Ricardo Levandowski criticou o Juiz Federal por determinar o levantamento do sigilo dos depoimentos prestados por Antônio Palocci às vésperas das eleições presidenciais de 2018, cuja concorrência envolvia Jair Bolsonaro (que veio a nomeá-lo Ministro de Justiça) e Luiz Inácio Lula da Silva (condenado por Sérgio Moro na Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR). Foram suas palavras:

“Às vésperas do 1º turno da eleição presidencial, ocorrido em 7 de outubro de 2018, e após o encerramento da instrução processual nos autos da Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000/PR, o então juiz federal Sérgio Moro proferiu decisão, determinando, de ofício, o levantamento do sigilo e o traslado de parte dos depoimentos prestados por Antônio Palocci Filho, em acordo de colaboração premiada, para os autos da referida ação penal”.

Conrado Gontijo, doutor em direito penal pela Universidade de São Paulo, em entrevista à revista *Veja*, em 2018, salientou que “As conversas vazadas consolidam a

suspeita de que o Ministério Público e o juiz atuavam em comunhão, como se fossem uma única pessoa”.

Assim, o instituto, de fato sem a participação de Sérgio Moro, foi incluído no processo legislativo por uma emenda de iniciativa do Deputado Federal do Partido Socialismo e Liberdade (Rio de Janeiro) Marcelo Freixo. Com a emenda, o projeto foi aprovado por 408 deputados em 04 de dezembro de 2019, sendo encaminhado ao Senado Federal em obediência ao comando constitucional estampado no artigo 65 da Carta Magna.

Em rede social (twitter), Marcelo Freixo, em 25 de dezembro de 2019, comentou inclusive que

“O juiz de garantias será responsável por acompanhar todo o andamento do processo, mas não pelo julgamento. Trata-se de um aprimoramento da Justiça, por fortalecer a imparcialidade e proteger os direitos dos cidadãos contra abusos, como os praticados pelo ex-juiz Moro”.

Em seguida à aprovação no Senado Federal em 11 de dezembro de 2019, foi à sanção do Presidente Jair Bolsonaro.

Não obstante tenha havido alguns dispositivos vetados (e alguns dispositivos cujo veto foi superado pelo Congresso Nacional), no tocante ao Juiz de Garantias, sofreu veto de Jair Bolsonaro apenas o incluso art. 3º-B, §1º do CPP, que prelecionava a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia após prisão em flagrante ou por prisão provisória, vedando-se o emprego de videoconferência. O veto, superado pelo Congresso Nacional, fundamentou-se no fato da parte final do parágrafo em questão dificultar a celeridade processual.

3. Atribuições e estrutura

3.1 Introdução

O Juiz de garantias está previsto do Código de Processo Penal entre os artigos 3º-A e 3º-F. Ou seja, situado no Título I (disposições preliminares) do Livro I (do processo em geral). Para uma exposição sem deficiências analíticas, cumpre separar as referidas atribuições de maneira organizada.

É certo que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido

reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (Art. 3º-B do CPP), dentre outras atribuições (inciso XVIII).

Como limitação à sua atribuição, o código prevê duas espécies. A primeira é de natureza temporal: cessa com o oferecimento (e não recebimento, conforme será visto adiante) da denúncia ou queixa, a partir do qual terá início a fase instrutória. A segunda é de natureza material: não abrange as infrações penais de menor potencial ofensivo e, segundo entendimento do STF, os procedimentos da Lei nº 11.340/06 (violência doméstica e familiar contra a mulher) e da Lei nº 8.038/90 (ações penais originárias dos tribunais), bem como os procedimentos de crimes dolosos contra a vida, submetidos ao Tribunal do Júri.

3.2 Atribuições decisórias

Dentre suas atribuições distribuídas pelos diversos incisos do art. 3º-B, cinco deles (V, VII, XI, XIV e XVII) preveem a competência decisória do Juiz em relação a algumas matérias da persecução penal. Isso não significa que as demais atribuições sejam efetivadas por mero despacho (despido da necessidade de fundamentação). Essa separação é efetuada para fins organizacionais e está relacionada meramente com o fato de o legislador ter utilizado o verbo “decidir” no momento de prever a competência.

O inciso V estabelece o poder de decidir sobre o requerimento de prisão provisória, ou outras cautelares.

No Título IX (da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória) do Livro I do CPP, título esse que recebeu nova configuração após a Lei nº 12.403/11, há a previsão das diversas medidas cautelares que podem ser aplicadas ao réu (ou investigado) no curso da persecução penal (dentre elas, a prisão), desde que estejam presentes o *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*, no caso da prisão) e o *fumus comissi delicti*, ou seja, o perigo de risco a outros bens jurídicos da sociedade em razão do estado de liberdade do acusado e a aparência do cometimento do delito (conforme ensinamento de parcela da doutrina, a certeza da materialidade e o indício de autoria).

Nesse sentido, além das diversas cautelares elencadas no art. 319, o juiz de garantias pode determinar a prisão provisória (preventiva, se presentes os requisitos do art. 313 e 312, e temporária, se presentes os requisitos dos incisos I e III ou II e III do art. 1º da Lei nº 7.960/89). Como consectário lógico, o juiz também poderá prorrogar essas medidas (inciso VI), desde que, no caso de prisão preventiva assegure o contraditório em audiência pública e oral.

Imperioso ressaltar que esse inciso está em consonância com o art. 5º, LVII da CFRB/88, que estabelece a presunção de inocência, afinal aqui está sendo tratada a

cautelar fundamentada no perigo de demora, e não na culpa do acusado, não havendo falar em antecipação de pena. Está também em consonância com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade de nº 43, 44 e 54, que decidiu pela inconstitucionalidade da prisão como pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois, repita-se, não se trata de antecipação de pena, mas de proteção de bens jurídicos extra-individuais contra perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado.

Observa-se que não pode haver decretação de prisão preventiva de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), pois a própria Lei nº 13.964/19 alterou o CPP para dar nova redação ao art. 311 e conferir ao Ministério Público, querelante ou assistente, ou ainda a autoridade policial, a legitimidade para requerer a prisão. Em suma, o juiz não pode prender sem provocação.

Decide também o juiz das liberdades sobre o requerimento de produção antecipada de provas.

A produção antecipada de provas é cabível quando, no decorrer da investigação ou antes do momento da instrução processual, há sério risco de perecimento da prova que se busca.

O art. 225, parte final, prevê a tomada antecipada de depoimento testemunhal.

“Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.”

Esse artigo merece ser compatibilizado com a nova sistemática trazida pelo Juiz das Garantias. Na hipótese de depoimento testemunhal, o Juiz das Garantias deve aguardar a iniciativa do órgão acusatório, afinal é vedada “a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

A produção antecipada de provas aqui tratada não tem relação com aquela do art. 366 do CPP, que ocorre quando o réu não é encontrado para ser citado e o juiz, para evitar o perecimento do direito, determina a produção antecipada de provas (Vide Súmula nº 455 do STJ). Isso porque a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia ou queixa (art. 3º-C do CPP, conforme interpretação dada pelo STF), não sendo atribuído a ele poderes para determinar a citação por quaisquer das modalidades previstas no CPP.

No inciso XI o legislador conferiu ao juiz da investigação o poder de decidir sobre medidas investigatórias invasivas, delicadas, afliesivas, conforme se extrai:

“XI - decidir sobre os requerimentos de:

- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
- c) busca e apreensão domiciliar;
- d) acesso a informações sigilosas;
- e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado”.

Nesse sentido, qualquer meio de prova que restrinja em demasia direitos fundamentais do investigado (privacidade, intimidade, segurança, direito de reunião, etc) deve ser cancelado pelo Juiz das Garantias.

Já o inciso XIV do artigo em tela estabelece que o juiz de garantias receberá ou não a denúncia ou queixa, enviando o processo ao juiz de instrução com a decisão do art. 395 já preclusa. Evidentemente que a denúncia deve estar instruída com justa causa suficiente para o exercício da ação penal. Porém, o STF na ADI 6305 estabeleceu que a competência do juiz de garantias cessa com o oferecimento da denúncia ou queixa, consoante será comentado, de forma que este artigo foi declarado inconstitucional.

O último inciso sobre atribuições decisórias é o XVII. Nele, o juiz das garantias homologa ou não o acordo de não persecução penal ou colaboração premiada, o primeiro como um instituto que encerra a persecução penal com base em um acordo entre a acusação e a defesa (art. 28-A do CPP, e o segundo como técnica especial de obtenção de prova regulada pelos arts. 3^a-A a 7^a da Lei nº 12.850/13).

3.3 Informação sobre instauração de inquérito, prorrogação e trancamento

É clássica a lição segundo o qual o inquérito policial tem como uma de suas características a temporalidade. Como instrumento destinado a apurar a infração penal, nasce com a instauração e morre, via de regra, com o relatório final ou o arquivamento.

O juiz das garantias deve ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal (não só o Inquérito Policial, mas também as investigações promovidas por comissões parlamentares de inquérito e, com a Lei nº 13.432/17, as investigações instauradas por detetive particular).

Quanto ao término, o art. 10 do Código de Processo Penal prevê que o inquérito deve terminar em 10 dias, se o indiciado estiver preso, e 30 dias, se solto. Não havendo dispositivo no referido artigo sobre a prorrogação do prazo, a lição doutrinária anterior à Lei nº 13964/19 era de que o inquérito era improrrogável (na Lei nº 10.343/06, a Lei de Tóxicos, poderia haver prorrogação por mais 30 dias, dispositivo aplicável somente aos crimes previstos na referida lei extravagante).

A sistemática mudou. A lei prevê que o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada (inciso VIII e §2º).

Porém, o STF, no julgamento da ADI 6305, decidiu que:

“a) o juiz pode decidir de forma fundamentada, reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação; e b) a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram, nos termos da ADI nº 6.581”.

O enunciado não contraria a Resolução nº 063/2009 do Conselho da Justiça Federal que determina a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público Federal e os órgãos investigativos, pois o parágrafo em análise trata somente das situações em que o investigado se encontra preso.

Mas há também a possibilidade do inquérito ser “trancado” antes do prazo. Isso ocorrerá, segundo lição doutrinária, quanto faltar algum pressuposto para o exercício da ação penal. Na prática, a hipótese mais comum de trancamento do inquérito policial é aquela que ocorre por intermédio de um habeas corpus em que se busca o encerramento da investigação por ausência de justa causa (art. 648, I do CPP). Nesse sentido, o competente para determinar o trancamento é justamente o juiz de garantias (inciso IX).

Não por outra razão, todo habeas corpus impetrado antes do recebimento da denúncia deve ser julgado pelo juiz de garantias (inciso XII).

3.4 Recebimento da comunicação da prisão em flagrante e observância dos direitos do preso

O juiz das garantias é competente para receber imediatamente a comunicação da prisão em flagrante e o auto de prisão em flagrante (inciso I). O objetivo é assegurar a legalidade da prisão (ainda inciso I) e a observância dos direitos do preso (I).

O art. 306 do CPP já estabelecia desde 2011 que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados ao juiz competente. Pela Lei nº 13.964/19, esse juiz deve ser justamente o das garantias.

O controle de legalidade é feito em diversos sentidos. Primeiro, deve ser observado se o indivíduo se encontrava em algumas das situações previstas no art. 302 do CPP. Segundo, deve ser verificado se foi assegurado ao réu de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Por último, deve ser observado se foram respeitados demais direitos do preso, como o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX da CF/88), o conhecimento dos responsáveis pela prisão (art. 5º, LXIV da CF/88) e o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII).

Um outro direito imprescindível à dignidade e ao contraditório é a prerrogativa conferida ao advogado de examinar em qualquer repartição responsável por investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e investigações (art. 7º, XIV da Lei nº 8.906/94). Idêntica prerrogativa é conferida aos defensores públicos (art. 44, VIII da Lei Complementar nº 80/1994).

Para enrijecer a força normativa do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 14 nos seguintes moldes:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Assim, caso seja necessário que se assegure prontamente esse direito, o Juiz das Garantias tem atribuição para determinar o seu cumprimento (inciso XV), não somente em relação aos presos, mas quanto a todos os investigados.

Por fim, mencione-se que este artigo foi declarado constitucional pelo STF, conforme será visto.

3.5 Fiscalização da investigação

O inciso X cria um poder fiscalizatório ao Juiz das Garantias, afinal poderá ele requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação. Evidentemente que essa requisição tem a finalidade de verificar a observância da legalidade da investigação.

3.6 Admissão de assistente técnico

Por último, salienta-se que é o juiz das garantias quem defere pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia (inciso XVI). Nota-se que a lei fala em acompanhar a produção da prova pericial, ou seja, não se trata apenas de atuar após a conclusão dos exames (art. 159, §4º do CPP), mas de acompanhar toda a parte da produção da prova, desde o reconhecimento e o isolamento até o descarte (art. 158-B do CPP)

4. Inconstitucionalidade do Juiz das Garantias

A respeito da inconstitucionalidade do Juiz de Garantias, há divergências doutrinárias. No plano jurisprudencial, já há julgamento definitivo do STF.

No aspecto doutrinário, segundo parcela da doutrina (inclusive a Associação dos Magistrados do Brasil e a Associação dos Juizes Federais), a iniciativa de lei sobre tais institutos é privativa dos tribunais (art. 96, II, "d"). Também argumenta parte da doutrina no sentido de violação ao princípio do juiz natural, pois cria a figura de dois magistrados no julgamento em primeira instância. Há vozes no sentido de que não devia ser aplicada nos procedimentos de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 10.340/06), conforme já citado, tampouco nas ações penais originárias dos tribunais (regulamentado pela Lei nº 8.038/90).

No controle concentrado, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.

A ADI nº 6.298, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), atacou os artigos 3º-A a 3º-F do CPP, ou seja, a totalidade da previsão do juiz das garantias.

A ADI nº 6.300 foi ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL). Impugnou os mesmos dispositivos.

A ADI nº 6.299, desta vez formulada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, investiu contra os mesmos dispositivos supracitados e acrescentou na impugnação o artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal.

A ADI nº 6.305 foi formulada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugnou os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal.

Em 22 de janeiro de 2020 e no bojo da Ação de nº 6.299, ajuizada pelo Partido Trabalhista Nacional, entre outros, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux suspendeu a eficácia dos arts. 3^a-A a 3^a-F do CPP sob o fundamento de causar impacto orçamentário profundo e tratar de organização e divisão judiciária. São as palavras do ministro:

“O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3^o-A a 3^o-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição)

O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas.”

Além de tais argumentos, questiona-se também nas referidas Ações Diretas a inconstitucionalidade formal orgânica por tratar de procedimentos processuais, invadindo a competência legislativa concorrente dos Estados e Distrito Federal (art. 24, XI e §1^o da CFRB/88); a inconstitucionalidade material por ofensiva ao princípio da duração razoável do processo (art. 5^o, LXXVIII); e a inconstitucionalidade material por Inconstitucionalidade material em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela lei, nos termos do artigo 169, §1^o.

Para Lênio Luiz Streck, o Juiz das Garantias é imposição lógica de um sistema acusatório. Citando o §2^o do art. 5^o da CFRB/88, argumenta que:

“É sabido que a Constituição institucionalizou o sistema acusatório. Mais: no plano da convencionalidade e dos tratados, o juiz das garantias é uma realidade. Uma imposição de democracia. Logo, basta um raciocínio lógico: a um, em que o juiz das garantias contraria algum dispositivo constitucional? A dois, não seria o parágrafo em questão o receptáculo perfeito para uma garantia como essa? Aliás, interessante o fato de o Ministério Público ser contra o juiz das garantias, se este implementa o sistema acusatório e se é exatamente o sistema acusatório que sustenta as garantias que foram dadas a ele — MP —, semelhantes ao da magistratura? Estaria o MP indo contra si mesmo, sem saber? Até por

sobrevivência institucional, o MP deveria ser o primeiro a defender o juiz das garantias.”

Na visão de Vlândia Maria de Moura Soares e Marcos Faleiros da Silva,

“O teor da Lei nº 13.964/19, na sua essência, apenas reafirma de direitos fundamentais, não havendo qualquer inconstitucionalidade por vício de iniciativa, ao contrário do que defende a Associação dos Magistrados Brasileiros. Juiz de Garantias refere se ao direito das pessoas de serem julgadas por um órgão imparcial dentro do devido processo legal, direito previsto na Constituição e Tratados Internacionais, não sendo mera norma de organização judiciária, como tem se argumentado. Normas de direitos fundamentais podem ter iniciativa no Poder Legislativo”.

Segundo Vamário Soares Wanderley de Souza,

“Aliás, sobre o viés da imparcialidade do julgador na resposta da tutela jurisdicional, fato é que a implementação do juiz das garantias visa justamente resolver o problema da contaminação do magistrado na fase investigativa, trazendo assim um processo penal mais imparcial, com observância a diversos princípios constitucionais, tais como o juiz natural e a paridade das armas”.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs mencionadas, em julgamento realizado no dia 24 de agosto de 2023, proferiu decisão definitiva sobre a constitucionalidade em parte do juiz de garantias, atribuindo interpretação conforme a constituição em diversos dispositivos. Neste sentido, os comentários sobre o dispositivo serão divididos em partes.

Primeiramente, restringiu a sua aplicação e sedimentou que o instituto não se aplica aos processos de competência originária dos tribunais, aos processos de competência do tribunal do júri; aos casos de violência doméstica e familiar e às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Em seguida, foi atribuída interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para concluir que “o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”. Ou seja, entendeu o tribunal que a realização de diligências suplementares para suprir dúvida não ofende o sistema acusatório, pois não implica em tendência do juiz em julgar contra ou a favor do acusado.

Em complemento, o STF fixou o prazo de 12 meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas todas as medidas, sejam administrativas ou legislativas, para a implantação e efetivo funcionamento do juiz de garantias em todo o território nacional, não se excluindo nenhuma área. Concedeu que o prazo poderia ser prorrogado por mais 12 meses, em caso de fundada justificativa apresentada em procedimento realizado junto ao Conselho Nacional de Justiça. Por consequência ou arrastamento, o prazo de 30 dias para a implementação do art. 20 da Lei nº 13.964/19 foi declarado inconstitucional.

Esta última discussão era um dos pontos mais abordados pelos magistrados e desembargadores, que viam com temor caso a implementação fosse determinada de imediato. De fato, embora a imparcialidade seja um direito fundamental de aplicabilidade imediata, a existência de uma lei orçamentária anual impede a realização de investimentos de grande monta em determinado ano; daí a fixação do prazo anual.

No tocante ao arquivamento do inquérito policial ou de procedimentos investigativos sem a anuência ou controle judicial, o STF adotou uma postura mais conservadora e cautelosa. Neste sentido, decidiu por:

“atribuir interpretação conforme aos incisos IV, VIII e IX do art. 3º-B do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964/2019, para que todos os atos praticados pelo Ministério Público como condutor de investigação penal se submetam ao controle judicial (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello) e fixar o prazo de até 90 (noventa) dias, contados da publicação da ata do julgamento, para os representantes do Ministério Público encaminharem, sob pena de nulidade, todos os PIC e outros procedimentos de investigação criminal, mesmo que tenham outra denominação, ao respectivo juiz natural, independentemente de o juiz das garantias já ter sido implementado na respectiva jurisdição”. (Grifo no texto original).

Com relação à obrigatoriedade de que o acusado seja submetido à presença de um juiz no caso de prorrogação de medida cautelares penais, bem como a impossibilidade de realização por videoconferência, o STF atribuiu interpretação conforme e estabeleceu que, neste caso, o exercício será feito preferencialmente em audiência pública oral. O argumento principal é justamente a dificuldade de alguns estados federativos em se estruturar em áreas remotas, de modo que a previsão poderia engessar a atividade judiciária.

Pelo mesmo motivo, no caso de produção antecipada de provas, não prevaleceu o dispositivo legal que estabeleceu obrigatoriamente de que, previamente à decisão, haveria contraditório em audiência pública e oral (art. 3º-B, VI). Neste caso, “o juiz pode deixar de realizar a audiência quando houver risco para o processo, ou diferi-la em caso

de necessidade”. Esse risco pode ser evidenciado, por exemplo, nos casos em que o grave estado de uma testemunha impede a postergação do ato.

Ainda em idêntico sentido, no ponto “8”, o STF permitiu o emprego de videoconferência nas audiências de custódia “mediante decisão da autoridade judiciária competente, desde que este meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos”

As críticas mais contundentes a este entendimento afirmam que, com este entendimento, houve uma desidratação quase que completa do instituto; a lógica de haver um juiz da instrução era que a denúncia não viesse acompanhada dos autos de inquérito e que todo o contato com a fase investigativa estivesse longe do juiz da instrução e julgamento.

Essa posição é acertada. Mais correto seria que o inquérito ficasse acautelado no cartório onde atua o juiz de garantias, conforme expressamente consta na redação legal, e que o recebimento da denúncia fosse realizado por este juiz.

Ao admitir o contato com a investigação, ficará o juiz da instrução “contaminado” pelos elementos de informação colhidos, com suas linhas investigatórias, que era justamente o que a nova lei pretendia repelir.

Uma outra crítica merece ser realizada à própria legitimidade do STF, sob o aspecto da teoria da separação dos poderes, em realizar essa devida alteração semântica. Evidentemente que é conhecido o entendimento de que o STF pode declarar inconstitucional apenas uma palavra de uma norma. Porém, neste caso a utilização de interpretação conforme e de outras técnicas de sentenças manipulativas acabaram por desnaturar a lei e a transformar em outra inteiramente distinta; ou seja, há um “contrabando judiciário” do próprio sentido da lei, em que a norma é transformada em outra distinta pela utilização de sentenças manipulativas.

A respeito do prazo de duração do inquérito policial, previsto no art. 3º, §2º do CPP, decidiu que o juiz pode deferir novas prorrogações do inquérito diante da complexidade da investigação; complementou que “a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram”.

Decidiu o STF restringir a hipótese de impedimento prevista no art. 3º-D, declarando este artigo integralmente inconstitucional. Quando ao caput, sob o fundamento de que a prática de um ato na fase de investigação não afeta a

imparcialidade do juiz; quanto ao parágrafo único, há inconstitucionalidade formal por violação à iniciativa privativa do STF para propor normas sobre organização judiciária.

Pelo mesmo motivo, o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível poderá proferir a sentença ou acórdão, pois este conhecimento não ofenda automaticamente sua imparcialidade. Por isso, foi declarado inconstitucional o § 5º do art. 157 do CPP.

Foi declarada a constitucionalidade do *caput* do art. 3º-F do CPP, prevalecendo o argumento de que assegurar a intimidade e a honra do preso se inclui entre as atribuições do juiz. Neste sentido, decidiu por

“atribuir interpretação conforme ao parágrafo único do art. 3º-F do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que a divulgação de informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso pelas autoridades policiais, ministério público e magistratura deve assegurar a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão”.

A discussão sobre se o juiz teria ou não competência para discordar do arquivamento do inquérito policial ganhou os seguintes contornos, pois o STF decidiu:

“atribuir interpretação conforme ao *caput* do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses”.

Ou seja, prevaleceu o argumento de que o sistema acusatório não confere ao Ministério Público a prerrogativa de arquivar o inquérito policial sem o controle judicial. Neste caso, também a autoridade judicial poderá remeter os autos à instância de revisão ministerial, mas apenas caso “verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento”.

Em seguida, não prevaleceram os argumentos de que a previsão, como condição do ANPP, de prestação de serviços à comunidade ou pagamento de prestação pecuniária violava o devido processo legal e configurava imposição de pena antecipada, pois neste

caso trata-se de acordo para cumprimento de medidas alternativas, que o acusado poderá recusar. Também não prevaleceu o argumento de que o juiz não poderia devolver os autos ao Ministério Público para reformulação do acordo (pretensa ofensa ao sistema acusatório). Assim, declarou a constitucionalidade dos arts. 28-A, *caput*, incisos III, IV e §§ 5º, 7º e 8º do CPP.

Por fim, assentou a seguinte regra de transição: quanto às ações penais já instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. A contrário senso, haverá alteração em relação aos inquéritos em curso no momento da implementação.

Pelo visto, o julgado teve por objetivo conceder aos tribunais tempo para a implementação das infraestruturas necessárias para a consolidação do juiz de garantias, bem como frear determinada interpretação de garantias judiciais do investigado que pudessem causar embaraço à atividade judiciária (tal como a obrigatoriedade de audiência no caso de prorrogação de prisão provisória).

Repita-se, por fim, que a crítica mais contundente ao julgado é justamente a permissão para que o juiz de instrução acesse os autos de competência do juiz de garantias, que, na visão da doutrina, era a maior consolidação do princípio da imparcialidade já prevista no ordenamento brasileiro.

4. Conclusão

O Juiz das Garantias trouxe fundamentais alterações na disciplina infraconstitucional da imparcialidade e do controle da investigação, inserindo dispositivos do Código de Processo Penal que engrandeceram a complexidade do direito adjetivo codificado e possibilitou discussões acerca da sua eficácia, constitucionalidade e forma de aplicação.

Dessa forma, resta inferir que o fenômeno jurídico em comento tem influências internacionais e históricas, foi incluído no Brasil por intermédio de uma emenda a um projeto que tinha por objetivo essencialmente alterar dispositivos sobre a investigação de organizações criminosas, teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, situação na qual se declarou parcialmente constitucional o instituto, e ainda gera intensos debates sobre os novos rumos da interpretação constitucional do processo penal.

Para o futuro, o que se vê é um fortalecimento do sistema acusatório, mas um fortalecimento longe do ideal, considerando que o principal dispositivo (exclusão física

do inquérito e impossibilidade de acesso pelo juiz da instrução) foi declarado inconstitucional. Porém, a análise desse fortalecimento ainda exigirá o estudo de como o instituto será regulamentado pelos tribunais, que poderão tanto envidar esforços para a consolidação da garantia, quanto criar entraves estruturais para a flexibilização do direito, a depender de qual será a vontade política.

5. Bibliografia

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Proposta de comissão de juristas reforça o combate ao crime organizado e às milícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/538638-proposta-de-comissao-de-juristas-reforca-o-combate-ao-crime-organizado-e-as-milicias/>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

_____ ; Câmara instala comissão de juristas para rever penas contra o crime organizado. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/525376-camara-instala-comissao-de-juristas-para-rever-penas-contr-o-crime-organizado/>>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

ARRUDA, Élcio. História do Direito Penal: origem e aplicação das penas na Antiguidade (3500 a.C. – 476 d.C). 1ª Edição: Rio de Janeiro, 2016

BRACONNAY, Nicolas. La justice et les institutions juridictionnelles. Disponível em: <<https://www.vie-publique.fr/fiches/38261-juge-des-libertes-et-de-la-detention-jld-lois-de-2000-et->>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 882/2019. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

GIOVANAZ, Daniel. O que é o juiz das garantias, que dividiu Moro e Bolsonaro no pacote "anticrime". Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/12/26/o-que-e-o-juiz-de-garantias-que-dividiu-moro-e-bolsonaro-no-pacote-anticrime>>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

JORNAL NACIONAL. Entenda o pacote anticrime aprovado na Câmara dos Deputados. Disponível em <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/12/05/entenda-o-pacote-anticrime-aprovado-na-camara-dos-deputados.ghtml>>. Acesso em: 26 de set de 2020.

JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral. vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Método, 2017.

MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.html>>. Acesso em: 26 de set de 2020.

SENADO FEDERAL. Senado aprova pacote anticrime que vai para sanção presidencial. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/senado-aprova-pacote-anticrime-que-vai-para-sancao-presidencial>>. Acesso em: 26 de set de 2020.

SOARES, Vlândia Maria de Moura. SILVA, Marcos Faleiros da. Reflexões sobre o Juiz das Garantias. Disponível em: <<https://pontonacurva.com.br/opiniaio/reflexoes-sobre-o-juiz-de-garantias/11532>>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

SOUZA, Segundo Vamário Soares Wanderley. A imparcialidade do julgador na figura do juiz das garantias fundamentais. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/317977/a-imparcialidade-do-julgador-na-figura-do-juiz-das-garantias-fundamentais#:~:text=Ali%C3%A1s%2C%20sobre%20o%20vi%C3%A9s%20da,com%20observ%C3%A2ncia%20%20diversos%20princ%C3%ADpios>>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso em: 26 de set de 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Curso de Direito Processual Penal. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

A DEFENSORIA PÚBLICA E A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO SUBSTANCIAL À JUSTIÇA: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

LARISSA NUNES DE CARVALHO:
bacharel em Direito pela
Universidade Tiradentes (UNIT) e
advogada³

RESUMO: O presente estudo tem por escopo delinear os contornos históricos em torno da evolução do conceito de acesso à justiça e da instituição da Defensoria Pública enquanto órgão essencial à Administração da Justiça. Para tanto, perpassa-se pela linha evolutiva das ondas renovatórias idealizadas por Mauro Capelleti e Brayan Gath à nova roupagem conferida a aludida metáfora em razão da modificação jurídica e social da noção de justiça e de todos os seus entraves. Outrossim, destaca-se os modelos de prestação de assistência gratuita e a evolução normativa da Defensoria Pública no ordenamento jurídico brasileiro tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional, evidenciando a sua natureza de instrumento-garantia do direito material à uma ordem jurídica justa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao acesso à justiça; Modelos de prestação de assistência gratuita e Defensoria Pública.

ABSTRACT: The purpose of this study is to outline the historical contours surrounding the evolution of the concept of access to justice and the institution of the Public Defender's Office as an essential body for the Administration of Justice. To this end, we go through the evolutionary line of the renewal waves idealized by Mauro Capelleti and Brayan Gath to the new guise given to the aforementioned metaphor due to the legal and social modification of the notion of justice and all its obstacles. Furthermore, the models for providing free assistance and the normative evolution of the Public Defender's Office in the Brazilian legal system stand out from both a constitutional and infra-constitutional perspective, highlighting its nature as an instrument guaranteeing the substantive right to a fair legal order.

KEYWORDS: Right to access to justice; Models for providing free assistance and Public Defender's Office.

I. INTRODUÇÃO

O termo justiça provém do latim "*justitia*", o qual exprime a noção de "direito, equidade e administração da lei" e encontra raiz no *justus* (correto e justo), base fundamental para construção dogmática da teoria do direito.

³ E-mail: larissanunesdc13@gmail.com

Valendo-se da metáfora, Capelleti e Garth classificaram as três evoluções do acesso à justiça, constantes no projeto Florença, em ondas, as quais foram denominadas de ondas renovatórias de acesso à justiça.

De uma maneira geral, na sinuosidade e avanço das ondas, parte-se, primeiramente, da assistência jurídica aos mais pobres. Posteriormente, adota-se, como segunda onda, a tutela coletiva. E, por fim, a terceira onda, a criação dos juizados.

Nessa linha intelectual, ressaltou-se a quarta e quinta ondas de acesso à justiça, idealizadas por autores brasileiros e associadas à dimensão ética da justiça e a formação profissional dos operadores do sistema de justiça.

Ademais, promove-se um destaque do entrelaçamento entre o desenvolvimento normativo da Defensoria Pública na ordem jurídica brasileira e a asseguarção do acesso substancial à justiça aos assistidos, assim como acentua-se os modelos de prestação de assistência jurídica existente na ordem global e o adotado em âmbito doméstico.

Desta forma, o estudo tem por escopo demonstrar a evolução normativa do acesso à justiça tanto sob a vertente material quanto instrumental, materializada na evolução do quadro normativo e do fortalecimento da Defensoria Pública enquanto instituição vocacionada à tutela dos direitos dos hipossuficientes tanto sob o viés econômico quanto jurídico, sendo traçados todos os delineamentos pertinentes à matéria.

2 ACESSO À JUSTIÇA

2.1 Ondas Renovatórias de acesso à justiça

O acesso à justiça, em virtude de sua relevância dentro do sistema jurídico, sempre foi objeto de estudo pelos juristas. No entanto, em meados de 1979, fora publicado, no cenário jurídico internacional, o Projeto Florença de Acesso à Justiça, denominado de “ondas renovatórias de acesso à justiça”, obra composta de quatro volumes e realizada por diversos estudiosos, para além dos operadores do direito, como sociólogos, economistas e antropólogos.

A referida obra, idealizada por Mauro Capelleti e Brayan Gath, teve duas finalidades.

A primeira, verificar todos os óbices de acesso à ordem jurídica justa – e não apenas o jurídico – tais como os obstáculos econômicos, sociais, culturais e psicológicos, de maneira a compreendê-los e equalizá-los o máximo possível, a fim de possibilitar que todos pudessem se amparar no manto da justiça.

A segunda, buscou-se angariar, em alguns países, dados sobre a adoção de medidas para suplantar ou diminuir os aludidos entraves, assim como verificar existência de estudos relativo à temática em outras localidades, com o fito de realizar uma aferição crítica e construtiva sobre a questão.

Tem-se, como primeira onda, a assistência jurídica aos mais pobres.

No aspecto, busca-se afastar os empecilhos econômicos de acesso à justiça e isso ocorre, necessariamente, com o oferecimento de um profissional devidamente qualificado para tutelar o interesse da parte, menos afortunada, em juízo.

De fato, é indissociável a noção de direito e justiça; ora, se existe a violação de um direito e a pessoa não dispõe de recursos financeiros para custear os honorários advocatícios e as despesas processuais, o direito, em si, será negado e, conseqüentemente, a própria justiça.

Nessa mesma diretriz, reconhecendo uma dupla dimensão do direito ao acesso à justiça, assevera DIOGO ESTEVES:

“A efetividade do direito de acesso igualitário à justiça possui como pressuposto não apenas a proibição de qualquer mecanismo ou barreira que impeça o exercício do direito de ação, mas também apresenta uma dimensão positiva, que se traduz exatamente na obrigação imposta ao Estado de assegurar que todos tenham condições efetivas de postular e de defender seus direitos perante o sistema de justiça, independentemente de sua condição de fortuna.”

Desta forma, percebe-se que a barreira econômica é suplantada, sob o prisma do ingresso no sistema de justiça, através da gratuidade de justiça e da assistência jurídica gratuita, dois grandes instrumentos que permitem que carentes de recursos financeiros possam fazer parte, de maneira efetiva e igualitária, da ordem jurídica.

Por sua vez, a segunda onda renovatória pautou-se na representação dos direitos coletivos *lato sensu* em juízo, sobrelevando a necessidade de resguardá-los, de maneira prioritária, com o fito de se evitar a multiplicidade de demandas individuais, promovendo, a um só tempo, ganho de eficiência, celeridade e isonomia.

Já a terceira onda renovatória buscou afastar a morosidade do sistema judicial. Para tanto, firmou a necessidade de se simplificar os procedimentos judiciais, com a adoção de ritos céleres, firmados na oralidade, concentração dos atos processuais e redução dos custos do processo.

Diante desse cenário, surgem órgãos jurisdicionais autônomos destinados a resolver causas de menor complexidade de maneira gratuita: *os juizados especiais*.

Nessa diretriz, ainda cumpre acentuar a adoção de métodos alternativos à resolução das contendas judiciais, tais como a arbitragem, conciliação e mediação, foi erigido como meio indispensável para se combater a morosidade processual, tão nefasta quanto a negativa de acesso à justiça.

Outrossim, impede acentuar que, após a publicação do Projeto Florença, e difusão das três ondas renovatórias de acesso à justiça, destinadas a suplantar os obstáculos de acesso à justiça de matriz econômica, metaindividual e procedimental, surgiu a quarta onda, engendradas por Kim Economides, um dos integrantes da coordenação do projeto de acesso à justiça de florença, juntamente com Capelleti.

Com efeito, a quarta onda renovatória expõe uma dimensão ética e política da administração da justiça.

A perspectiva analítica considera que a essência do problema não se limita apenas ao acesso dos cidadãos à justiça, mas também ao acesso dos próprios advogados (operadores) a ela.

Sob outro prisma, há de se considerar, ainda, os aspectos metodológicos utilizados na formação dos operadores do direito, com o objetivo de auferir a sua legitimidade para, conforme o caso concreto, julgar pessoas carentes ou litígios coletivos.

Por fim, a quinta onda versa sobre a proteção internacional do cidadão em face do estado, com base nos direitos humanos. No ponto, há uma preocupação com a força cogente das decisões tomadas no âmbito das Cortes Internacionais e Tribunal Penal Internacional, bem como se os atos internos estão em compasso com as convenções internacionais de direitos humanos, circunstâncias evidenciadas através do controle de convencionalidade.

3. DEFENSORIA PÚBLICA

3.1 Evolução histórica da prestação de assistência jurídica no Brasil

Quanto à origem da assistência jurídica no Brasil, há dissenso na doutrina. Para uns, o instituto teve nascedouro com as Ordenações Afonsinas, dado a previsão de isenção de custas para interposição de agravo. Outros, contudo, entendem que sua origem remonta às Ordenações Filipinas, em 1603, que, virtude do beneplácito regio, previa isenção de custas para os presos pobres, condenados, e para interposição de agravo.

Ressalte-se que foi no Brasil Império, segundos alguns doutrinadores, como CLÉBER FRANCISCO ALVES, que surgiu o “primeiro defensor público no Brasil”, chamado de “advogado dos pobres”, figura criada pela Câmara Municipal da Corte e remunerada pelos cofres públicos, cuja função era promover, em feitos criminais, a defesa dos réus pobres:

“[...] há notícia de que ainda durante o período imperial teria ocorrido a primeira manifestação do poder público no sentido de chamar a si o encargo de manter, à custa do erário, um agente investido do ‘munus’ específico para a defesa dos miseráveis. Trata-se de uma iniciativa da Câmara Municipal da Corte, que criou o cargo de ‘Advogado dos Pobres’, remunerado pelos cofres públicos, com atribuição oficial de defender os réus miseráveis nos processos criminais. Esse teria sido o primeiro Defensor Público da história do Brasil. Porém o cargo foi extinto em 1884. ” (pag. 285. Cleber Francisco Alves A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça TESE DE DOUTORADO VOLUME I DEPARTAMENTO DE DIREITO Programa de Pós-Graduação em Direito Rio de Janeiro Dezembro de 2005. <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>)

Após a proclamação da República, em 1889, adveio a Constituição de 1891, a qual foi silente em relação à assistência jurídica gratuita.

Embora ausente disposição constitucional expressa, em 1897, surgiu, via decreto do Presidente, no Rio de Janeiro, capital do Brasil à época, o primeiro órgão de assistência judiciária em terreno brasileiro.

Entretanto, somente com a constituição de 1934 é que restou positivado, constitucionalmente, o direito à assistência judiciária dos necessitados, sendo estipulado, ainda, a criação de órgãos especiais para essa finalidade, sem, nada obstante, nominá-los.

Com o advento da Constituição de 1946 e o retorno à democracia, o direito à assistência judiciária retornou a ter guarida constitucional expressa. Todavia, diferentemente da constituição de 1934, não trouxe a criação de órgãos estatais específicos para exercer esse *munus* em prol dos mais carentes economicamente, de forma que alguns Estados passaram a instituí-los a fim de que assistissem, dentro de seu âmbito, aos necessitados.

Em 1950, foi editada a Lei 1.060, instrumento normativo que regulamentou, a um só tempo, o direito à gratuidade de justiça e à assistência jurídica gratuita, consignando, em seu artigo 1º, o modelo misto, adotado no país quanto à forma de prestação de assistência jurídica.

A constituição de 1967/69, conquanto tenha estampado o direito à assistência judiciária aos necessitados, o fez sob o manto da eficácia limitada.

Somente com a Constituição da República de 1988 é que surge a assistência jurídica – termo mais amplo que o vocábulo “judiciária”, pois abrange a esfera extrajudicial, não se restringindo a esfera judicial – indicando que essa será prestada pela Defensoria Pública.

Depois, houve a edição da Lei Complementar 80/94, lei orgânica da defensoria pública, que rege as defensorias estaduais e da união e do DF.

Em 2004, a Emenda Constitucional de 45 teve a relevância de assegurar a autonomia funcional e administrativa às defensorias Estaduais, legitimando-as a iniciar sua proposta orçamentária, encaminhando-a, na data aprezada, ao Chefe do Executivo.

Uma novidade importante, na seara das ações coletivas, deu-se com a publicação da Lei 11.448/2007, responsável por alargar o rol, insculpido no art, 5, II, da lei 7347/85, de legitimados para propositura da Ação Civil Pública, atribuindo legitimidade à Defensoria Pública para atuar na defesa de direitos metaindividuais.

Além disso, muitas disposições constantes na LC 80/94 foram objeto de mudanças sensíveis promovidas pela Lei complementar 132/2009, responsável por criar o ouvidor geral e consolidar a função precípua de promover a assistência jurídica (abrange o viés extrajudicial) e não apenas judiciária (endoprocessual).

Já a EC 69/2012 transferiu da União ao governo do Distrito Federal a organização e a manutenção de sua própria Defensoria Pública, assegurando-lhes, implicitamente, a autonomia administrativa, funcional e a iniciativa para proposta orçamentária.

Corrigindo uma falha legislativa restritiva, presente na EC 45/2004, a Emenda Constitucional 74 de 2013 atribuiu, de maneira expressa, a autonomia financeira, funcional e administrativa à Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios.

Outrossim, a EC 80/2014 foi responsável por promover um relevante aprimoramento nas funções da Instituição. Isso porque reformulou o texto do artigo 134,

caput, da Constituição, elencando a Defensoria como “*instrumento e expressão do regime democrático, incumbindo-lhe, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em âmbito judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados*”, e inseriu o §4 ao dispositivo, estatuidando expressamente os princípios constitucionais a ela aplicados.

Insta salientar ainda, que, no plano infraconstitucional, a Defensoria Pública foi objeto de destaque.

Nessa esteira, o Código de Processo Civil lhe destinou título próprio, nos artigos 185 a 187, trazendo prazo em dobro para se manifestar, prerrogativa de intimação pessoal e sua responsabilidade civil, prestigiando, contudo, ao longo do texto normativo, a sua atuação, sobretudo, como guardião dos vulneráveis (art. 554) e curadora especial (art. 72).

Por derradeiro, a lei do Mandado de Injunção Individual e Coletivo, Lei 13.300 de 2016, elencou, em seu artigo 12, IV, a Defensoria Pública como legitimada atividade para propositura de MI coletivo, especialmente quanto a tutela coletiva for relevante para promoção dos direitos humanos e defesa individual e coletiva dos necessitados.

3.2 Modelos de prestação de assistência jurídica

A despeito dos modelos de prestação de assistência jurídica, insta salientar que existem três modelos, reconhecidamente em nível mundial: i) modelo *pro bono*, caritativo ou honorífico (liberal, universitário e associativo), ii) modelo *judicare* (direto e indireto) e, por fim, iii) modelo *salariated staff model* ou público (direto e indireto).

Com efeito, o modelo *pro bono*, também denominado caritativo, consiste no exercício da advocacia de maneira altruística, totalmente gratuita. É dizer: os advogados prestam os serviços advocatícios sem exigir nenhuma contraprestação da outra parte ou sem perceber qualquer recurso público para tanto, baseando-se, tão somente, no espírito da solidariedade.

Além do mais, é importante frisar que o modelo *pro bono* é subdividido em outras três espécies: a) *pro bono* liberal, b) *pro bono* universitário e c) *pro bono* associativo.

O modelo *pro bono* liberal trata-se da visão clássica do paradigma caritativo, e é assim chamado por ser pautado, único e exclusivamente, no caráter humanitário. Noutras palavras, em tais casos o advogado, por benevolência, resolve prestar os serviços jurídicos sem cobrar nenhuma pecúnia ou vantagem econômica do cliente.

Já o modelo *pro bono* universitário é aquele realizado no âmbito das instituições de ensino superior, geralmente, através de escritórios modelos destinados ao atendimento das pessoas mais necessitadas, sendo a universidade remunerada apenas pelas mensalidades dos alunos.

Por seu turno, o modelo pro bono associativo nada mais é senão a reunião, em associações, de advogados particulares para prestar assistência jurídica aos menos afortunados.

De outro lado, a assistência jurídica prestada no modelo *judicare* ocorre quando os advogados particulares prestam serviços jurídicos, de maneira casuística, e são remunerados pelos cofres públicos, como, por exemplo, acontece com o labor jurídico desempenhado pelo advogado dativo.

Ademais, no modelo público, também conhecido como *salaried staff model*, os advogados integram uma carreira pública (não são profissionais liberais), recebendo uma remuneração fixa independentemente da quantidade de serviços jurídicos realizados a pessoas diversas.

Verifica-se que, nesse modelo público, a exemplo do *judicare*, há gasto público. No entanto, o pagamento não é realizado para cada caso concreto, mas por meio de subsídio, fixado em parcela única.

Importante destacar que os advogados são designados para atuar com espreque em critérios objetivos, inexistindo liberdade de escolha para a pessoa necessitada.

Observa-se, também, submodalidades do *salaried staff model*: a) direto, b) indireto e c) universitário.

No modelo *salaried staff model* direto, o poder público cria organismos estatais destinados à prestação de assistência jurídica aos necessitados. A título de exemplo, tem-se a Defensoria Pública brasileira e o ministério público de la Defensa argentino;

Sob outra via, na modalidade indireta, o poder público não cria diretamente órgãos, mas, sim, financia entidades para que prestem assistência jurídica.

Por derradeiro, há o modelo misto ou híbrido, o qual reúne, as características dos modelos *judicare* e *salaried staff model*. É dizer: a um só tempo, tem-se um órgão público, estruturado em carreira pública e voltado à prestação da assistência jurídica gratuita aos indivíduos mais necessitados, e advogados privados designados para atuar casuisticamente em determinadas causas.

No Brasil, prevalece o entendimento, inclusive com respaldo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que vigora o sistema misto ou híbrido.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça se insere como requisito primordial de um sistema jurídico justo e isonômico e uma *cond sine qua non* para o exercício pleno dos direitos previstos tanto na Constituição Federal e quanto no plano infraconstitucional.

E isso se manifesta no plano material de concretização do acesso à justiça através da atuação da Defensoria Pública no exercício de sua função institucional. Na ausência da estruturação da instituição, permite-se efetivação do acesso à ordem jurídica justa ao advogado dativo.

Isso porque, conquanto a Carta Magna de 1988 tenha estabelecido a Defensoria Pública como único órgão estatal vocacionado ao exercício da assistência jurídica gratuita, em algumas circunstâncias que não for possível a atuação defensorial (ausência de pessoal, por exemplo), é legítima a nomeação de defensor dativo, na linha do modelo *judicare*.

Portanto, considerando-se a relevância do papel social desempenhado pela Defensoria Pública na luta pela asseguaração dos direitos população mais vulnerável, certo é que, com o fortalecimento de suas garantias e funções e o consequente empoderamento dessa parcela da sociedade e a redução da pobreza, superaremos a forte crise no sistema democrático contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 23/04/2021.

BRASIL. Lei Complementar 80/94, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em 23/04/2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23/04/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Constitucionalidade da EC 74/2013, que conferiu autonomia à DPU e à DPDF*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0266e33d3f546cb5436a10798e657d97>>. Acesso em: 21/10/2021

DELGADO, Robson da Silva. LIMA, Rafael Alves. *Etimologia jurídica*. JusCom.br. 2015. Acesso em 20/06/2021.

XIV CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versaoreduzida.pdf>. Acesso em: 08/08/2021.

A ACEITAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA NO BRASIL

FABIANO PEDRO DE OLIVEIRA:

Graduação em Direito pelo Centro
Universitário de Jales (Unijales)⁴.

ERICA MOLINA RUBIN

(orientadora)

RESUMO: A eutanásia é provocar de forma intencional a uma pessoa uma morte sem dor para aliviar todo sofrimento causado por doenças incuráveis ou dolorosas. Normalmente a eutanásia é feita por profissionais da saúde após um pedido expresso da pessoa doente. É uma prática que envolve muitos debates e opiniões, sendo legalizada em poucos países. O presente estudo tem como finalidade apresentar a eutanásia, suas formas corretas e qual é o tratamento legislativo aplicado no Brasil. No Brasil, existe um grande conflito entre os direitos fundamentais, quando relacionado ao respeito do direito a vida e a dignidade humana, bem como, em relação as dificuldades éticas para os profissionais da saúde ao enfrentarem a possibilidade de legalização da eutanásia. Pretende-se demonstrar a possível legalização do tema segundo análises fornecidas do ordenamento jurídico e entendimento de nossa Corte Suprema sobre o tema vida viável. O estudo apresentará a possibilidade da eutanásia, baseando em princípios como da dignidade da pessoa humana, além de posicionamentos do STF quanto ao tema, demonstrando também que dentro do sistema jurídico nacional possuem diversas formas indiretas de eutanásia. O trabalho conta com pesquisa bibliográfica e documental face a utilização de livros, artigos científicos, dissertações, teses e sites especializados que completem o tema em pauta, bem como documentos oficiais pertinentes.

Palavras-chave: Eutanásia. Brasil, Legalização. Morte.

ABSTRACT: Euthanasia is intentionally causing a person a painless death to alleviate all suffering caused by incurable or painful illnesses. Usually euthanasia is performed by health professionals after an express request from the sick person. It is a practice that involves many debates and opinions, being legalized in few countries. The present study aims to present euthanasia, its correct forms and what is the legislative treatment applied in Brazil. In Brazil, there is a great conflict between fundamental rights, when related to respect for the right to life and human dignity, as well as in relation to ethical difficulties for health professionals when facing the possibility of legalizing euthanasia. It is intended to demonstrate the possible legalization of the subject according to analyzes provided by the legal system and understanding of our Supreme Court on the subject viable life. The study

⁴ E-mail: fabanopedrooliveira4@gmail.com.

will present the possibility of euthanasia, based on principles such as the dignity of the human person, in addition to the positions of our STF on the subject, also demonstrating that within our national legal system we already have several indirect forms of euthanasia. The work relies on bibliographical and documentary research in the face of the use of books, scientific articles, dissertations, theses and specialized websites that complete the topic in question, as well as relevant official documents.

Keywords: Domestic. Euthanasia. Brazil, Legalization. Death.

1 INTRODUÇÃO

Infelizmente, muitas pessoas sofrem por enfermidades incuráveis que podem lhes causar um sofrimento imensurável, seja por dor física, incapacidade permanente ou debilitante, fazendo com que o indivíduo chegue ao extremo de desejar sua própria morte, pensando ser a única solução para dar basta a este sofrimento. Em razão da limitação para cometer suicídio e assim executar este último ato sozinho, os enfermos pedem ajuda aos profissionais da saúde, o que configura a eutanásia.

Entretanto, o sistema normativo penal brasileiro ainda não possui nenhuma legislação específica no que tange ao assunto eutanásia. Com essa carência, a execução da eutanásia pode ser julgada como auxílio ao suicídio, ou seja, homicídio praticado por pena ou até mesmo como omissão de socorro, mesmo que até pareça um ato de misericórdia, acreditando ser uma morte mais tranquila e com menos sofrimento, será visto como homicídio.

O debate que se cria em relação ao tema, não é novo, pois é um tópico que percorre os debates em bioética e biodireito, circulando em torno da seguinte pergunta: É cabível a uma pessoa tirar a vida de outra para atender seu pedido e por dó?

Existem países como a Holanda e a Bélgica, que já regulamentaram expressamente ou através de interpretação do texto legal a eutanásia e o suicídio assistido que consiste no paciente tomar uma substância preparada pelo médico. Porém, no Brasil e em vários outros países do mundo, as discussões continuam com argumentos fortes, tanto prós quanto contra, ligados a valores culturais, sociais, religiosos, éticos e morais.

Justifica-se o presente artigo pela grande necessidade de discussões e esclarecimentos que a eutanásia enseja, tanto na seara médica e jurídica quanto na sociedade em geral. Assim, pretende-se com este artigo, apresentar a eutanásia, identificando as suas formas corretas e o tratamento legislativo que recebe no Brasil e em grande parte do mundo.

2 EUTANÁSIA: CONCEITO E FORMAS CORRELACIONADAS

No século XVII, o filósofo inglês Francis Bacon criou a palavra EUTANÁSIA quando indicou, em sua obra "Historia vitae et mortis", sendo o tratamento mais eficaz para as doenças incuráveis (SILVA, 2000). O verdadeiro significado da palavra, é na verdade, de origem de duas palavras gregas: EU, que significa bem ou boa, e THANASIA, que significa a morte. Literalmente, a "eutanasia" significa "Boa Morte", a morte lenta, sem dores, calma e piedosa.

Logo, Lana (2003, p.2) define em sua monografia "Eutanásia - Ritos e Controversas Médico-Legais", a eutanásia como uma morte bela, sendo uma forma boa de morrer e por fim, define como "ajuda para morrer".

Outrossim, o renomado professor espanhol Asúa (2003), descreve em sua obra "Liberdade de Amar e Direito de Morrer", a eutanásia como a "morte que alguém proporciona a uma pessoa que padece de uma enfermidade incurável ou muito penoso, e a que tende a extinguir a agonia demasiadamente cruel ou prolongada". O ilustre doutrinador espanhol frisa que esse é o verdadeiro sentido da eutanásia, compatível com o móvel e a finalidade altruística da mesma.

Ademais, não se pode deixar despercebida a opinião do estudioso paraense Bittencourt (1995), que alega a eutanásia somente como a morte boa, humanitária, que por pena e compaixão se proporciona a quem está doente e prefere mil vezes morrer, a viver um eterno sofrimento, com incertezas e desprezo.

Assim, fica perceptível que a eutanásia passou a ser reconhecida como a morte causada a uma pessoa que sofre enfermidade incurável ou muito dolorosa, para suprir a agonia e a dor do paciente que se encontra em fase terminal. O seu sentido ampliou-se e passou a abranger o suicídio, a ajuda a bem morrer, o homicídio piedoso, a exemplo do CP Uruguaio (CARNEIRO, 1998).

Neste sentido, tem-se o conceito da eutanásia sob a ótica de vários doutrinadores. Para Hubert Lepargneur (1999, p43), por exemplo, a eutanásia:

É o emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo de extremos sofrimentos que ao assaltam ou em razão de outro motivo de ordem ética.

Por seu turno, Claus Roxin entende eutanásia como:

A ajuda que se presta a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ao menos levando em conta sua vontade presumida, no

sentido de proporcionar-lhe uma morte em consonância com a sua noção de dignidade humana (ROXIN, 2006, p. 189)

Dessa forma, resta demonstrado que o sentido da palavra eutanásia evoluiu durante o decorrer dos anos e exigiu nome específico para designar condutas diferentes, centralizando seu significado apenas para a morte causada por conduta do médico sobre a situação de paciente incurável e terrível sofrimento.

As discussões sobre a eutanásia passaram por diversos períodos históricos. Passou pelos povos celtas, pela Índia, por Cleópatra VII (69 a.c.-30 a.c.); teve grandes participações de Lutero, Thomas Morus (Utopia), David Hume (On suicide), Karl Marx (Medical Euthanasia) e Schopenhauer (GOLDIM).

A tese criada pelos defensores da eutanásia reforça o fato de que este método serviria como uma espécie de "último ato de misericórdia" em favor de um enfermo, com o intuito de colocar fim ao sofrimento do paciente que se encontra em estado terminal, não qual foi atingido por uma enfermidade irreversível, onde a continuidade da sua vida serviria apenas para lhe causar maior padecimento.

É certo que a hipótese de aplicação da eutanásia acaba gerando uma grande discussão no meio social, uma vez que o "ato de misericórdia" acaba esbarrando não apenas em normas legais, mas também em princípios e direitos básicos do ser humano, como o direito à vida, à liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, o âmbito religioso também é responsável pela repulsa à eutanásia, já que segundo seus ensinamentos, não cabe ao homem tirar a vida de seu semelhante.

Na clássica doutrina, a eutanásia pode ser classificada quanto ao tipo de ação empregada pelo "executor", segundo Neukamp (1937), da seguinte forma:

- a) Eutanásia ativa, aquela que é normalmente, isto é feito **por meio de injeções de sedativos em excesso**. Este é o tipo de eutanásia que mais desperta discussões, já que envolve a ação da equipe médica no sentido de causar a morte do paciente. e;
- b) Eutanásia passiva, a morte do paciente ocorre, dentro de uma situação de terminalidade, ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento.

Entretanto, há, ainda, uma segunda forma de classificação do procedimento, agora em relação ao consentimento do paciente, consistente em três espécies:

- a) Eutanásia voluntária, quando se atende a vontade expressa do paciente, podendo ser enquadrado também, como “suicídio assistido”;
- b) Eutanásia involuntária, quando a morte é induzida contra a vontade do enfermo, caracterizando assim espécie de “homicídio” e;
- c) Eutanásia não voluntária, que é quando a morte acontece sem o paciente poder manifestar sua vontade quanto a ela (MARTIN, 1998).

Buscando o mesmo resultado final, que é de tirar a vida de um paciente enfermo, que não existe cura, encontram-se presentes, no mesmo campo da eutanásia, outras duas práticas: a distanásia e a ortotanásia. Entretanto, apesar de terem o mesmo resultado, as duas espécies possuem distinções quanto ao modo em que são executadas.

A autora Maria Helena Diniz (2001), ao falar sobre a distanásia, afirma que este meio não se trata de prolongar a vida, mas sim o processo de morte. Em outras palavras, a distanásia é o procedimento médico pelo qual se busca o prolongamento ao máximo do tempo de vida restante do paciente, fazendo uso de todos os recursos e procedimentos necessários para que isso seja possível, o que, conseqüentemente, acaba por prorrogar também o sofrimento do enfermo. Tal ato pode ser entendido também como “obstinação terapêutica” (SELLI; ALVES, 2009).

A ortotanásia, por sua vez, conforme explica Tereza Rodrigues Vieira (1999), prioriza a qualidade da vida que ainda resta ao paciente, deixando que a morte ocorra naturalmente. Neste procedimento, não se tem tratamentos agressivos que não tem capacidade de reverter o quadro clínico, dando lugar apenas aos cuidados paliativos, relacionados ao bem estar da pessoa. Assim, neste caso, não mais se luta contra algo que é inevitável – a morte. Com isso, fica o questionamento de que talvez seja a ortotanásia a forma mais “correta” ou “digna” de se morrer, uma vez que se dá prioridade à qualidade da vida remanescente do enfermo, sem prolongar a sua dor por mais tempo do que o necessário.

2.1 Ponto de Vista Médico

Tendo em vista que a questão da eutanásia, regra geral, envolve profissionais da saúde, necessário se faz analisar o Código de Ética Médica e sua regulamentação a respeito de casos em que o paciente se encontra em estado terminal.

Conforme o artigo 41, da Resolução CFM nº 1931/2009, é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, mesmo que seja a pedido do mesmo ou de seu representante

legal. No entanto, consta disposto no parágrafo único que mesmo oferecendo todos os cuidados paliativos disponíveis, o médico não é obrigado a empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas.

Este dispositivo é o que atribui legalidade ao médico em praticar a “ortotanásia”, caracterizado pelo homicídio piedoso omissivo, gerando a morte no tempo certo, sem prolongar a vida do paciente artificialmente, desde que o mesmo esteja desenganado pela medicina, em estado terminal e com doença incurável. Em suma, seria deixar de ministrar remédios, operações ou intervenções que façam com que o paciente permaneça vivo, porém de forma completamente artificial.

Em que pese haver previsão no Código de Ética Médica e ser considerada decisão socialmente adequada e, portanto, fato atípico, a prática da ortotanásia é discussão polêmica e pode em alguns casos ser entendida como homicídio privilegiado, com diminuição da pena de 1/6 a 1/3 em virtude do relevante valor moral empreendido da atuação médica.

2.2 Ponto de Vista Religioso

Faz-se necessário o apontamento do posicionamento das principais religiões sobre a eutanásia, uma vez que a influência da maioria faz com que o assunto seja visto pelo lado negativo.

2.2.1 Budismo

De acordo com Monica Silveira Vieira (2009, p 159) “os budistas entendem que a vida é transitória, e a morte, inevitável, devendo ambas seguir seu curso natural.”

Conforme ensina Leo Pessini (1999, p. 85):

Tal crença procura levar em consideração todos os aspectos do sofrimento, equilibrando o desejo do indivíduo por uma morte suave com o dever do médico de não causar dano e o desejo da sociedade de preservar a vida. [...] O budismo reconheceu há tempos o direito de as pessoas determinarem quando deveriam passar desta experiência para a seguinte, sendo que o importante não é a vida ou a morte do corpo, mas se a mente pode permanecer em paz e harmonia consigo mesma [...] embora a vida seja preciosa, não é considerada divina, pois não existe a crença em um ser supremo ou deus criador. No capítulo dos valores básicos do budismo, além da sabedoria e preocupação moral, que

andam juntas, existe o valor básico da vida, que diz respeito não somente aos seres humanos, como é o comum nas outras religiões mundiais, mas inclui também a vida animal e até mesmo os insetos.

Dessa forma, infere-se que o budismo enfatiza o estado de consciência e paz no momento da morte e assim não se opoñdo à eutanásia.

2.2.2 Islamismo

No dia 19 de setembro de 1981, o Secretário-Geral do Conselho Islâmico para a Europa proclamou a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, baseada no Corão e na Suna (documento que reúne a tradição dos ditos e ações de Maomé), elaborada por juristas e grandes representantes do pensamento mulçumano (VIEIRA, 2009).

De acordo com Leo Pessini (2009, p. 89)

para tal declaração a vida humana é sagrada e inviolável, devendo ser empenhados todos os recursos para que seja protegida, não se podendo expor qualquer pessoa a lesões ou à morte, a não ser por forçada lei; além disso, o caráter sagrado do corpo é inviolável, quer durante a vida, quer após a morte, devendo os muçulmanos cuidar para que o corpo do falecido seja devidamente tratado.

Para essa religião, todos os direitos humanos provêm de Alá, sendo revelados no Corão, motivo pelo qual Alá concedeu ao homem razão e a capacidade de pensar e dirigir suas ações; assim, proíbe não só o homicídio, mas também o suicídio (VIEIRA, 2009, p.160).

2.2.3 Cristianismo

Ao tratar do cristianismo, o Hurtado Oliver pud Vieira (2009, p.153) ensina:

Para os cristãos, a vida é sagrada, uma dádiva de Deus que não pode ser exterminada a não ser por Ele próprio, sendo o homicídio, assim como o suicídio, um pecado gravíssimo. Ainda assim, costuma-se aceitar, em certas condições, a supressão de recursos médicos ministrados ao paciente desacreditado, quando o processo de morte se mostra irreversível e as consequências do prolongamento da vida do doente causam a ele, à família e à comunidade mais danos que benefícios.

Basicamente, todas as religiões cristãs creem que a vida é um bem superior de Deus e qualquer forma de abreviá-la é proibido, entretanto concordam que é desnecessário prolongar a vida no processo de morte iminente e inevitável.

A Igreja Católica é uma das religiões que mais se expressou sobre o assunto eutanásia, mostrando expressamente a sua posição contrária do método, através dos mandamentos e regimes católicos além das declarações feitas pelos Papas; assim, o Papa Pio XII apud Pessini (2004, p. 84):

Toda forma de eutanásia directa, isto é, a administração de narcóticos para provocarem ou causarem a morte, é ilícita porque se pretende dispor directamente da vida. Um dos princípios fundamentais da moral natural e cristã é que o homem não é senhor e proprietário, mas apenas usufrutuário de disposição directa que visa à abreviação da vida como fim e como meio. Nas hipóteses que vou considerar, trata-se unicamente de evitar ao paciente dores insuportáveis, por exemplo, no caso de câncer inoperável ou doenças semelhantes. Se entre o narcótico e a abreviação da vida não existe nenhum nexo causal directo, e se ao contrário a administração de narcóticos ocasiona dois efeitos distintos: de um lado aliviando as dores e de outro abreviando a vida, serão lícitos. Precisamos, porém, verificar se entre os dois efeitos há uma proporção razoável, e se as vantagens de um compensam as desvantagens do outro. Precisamos, também, primeiramente verificar se o estado actual da ciência não permite obter o mesmo resultado com o uso de outros meios, não podendo ultrapassar, no uso dos narcóticos, os limites do que for estritamente necessário.

Em todas as religiões a vida é vista como sagrada, inviolável, intangível e com o dom de Deus (este último, exceto no budismo). Existe, portanto, um enfático sim pela afirmação, preservação, e o cultivo da vida humana que na sua essência nega aquilo que hoje se entende por eutanásia ativa (exceto o budismo, que tem posição mais branda).

Portanto, a maior parte das religiões possui o entendimento de que a prática da eutanásia é inaceitável e que deve ser condenado quem a deseja ou a pratica. Há algumas exceções, como o budismo, em que a prática não é totalmente aceitável, mas pode receber perdão conforme os motivos para a ocorrência da eutanásia.

O maior motivo para a condenação da eutanásia no âmbito religioso é de que a vida é o bem maior do ser humano e apenas o ser superior pode tirá-la, ou seja, o homem

não deve interferir nesse “destino” ao qual deve ser vivido de acordo com os preceitos da religião.

Após discorrer sobre como as religiões tratam sobre a eutanásia, veremos como ela é tratada em outros países, bem como no Brasil.

3 A EUTANÁSIA NO MUNDO

Diante de um assunto complexo e que divide muitas opiniões, poucos lugares do mundo atualmente permitem a prática da eutanásia, e a maior parte dos países que toleram esse procedimento estão situados no Continente Europeu.

3.1 Uruguai

O Uruguai se destaca quando se trata de eutanásia, que mesmo não legalizando expressamente a prática, foi o primeiro país a tolerar. Desde o ano de 1934, a legislação Uruguaia, por meio do artigo 37 do Código Penal, prevê que os juízes têm a faculdade de isentar de pena quem comete o denominado “homicídio piedoso”, desde que preenchidos três requisitos básicos (GOLDIM, 1997):

1. O autor da ação deve ter “antecedentes honráveis”;
2. O ato deve ter sido motivado por piedade; e
3. Mediante reiteradas súplicas da vítima (no caso, do paciente).

3.2 Bélgica

Após longos debates, em 20 de maio de 2002, a Bélgica se juntou com a Holanda, e assim o Parlamento aprovou a lei sobre a eutanásia, regulamentando-a “como o ato, realizado por terceiros, que faz cessar intencionalmente a vida de uma pessoa a pedido desta” (PESSINI, 2007).

Consoante como Mônica Silveira Vieira (2009, p. 135-136) descreve a lei:

[...] No artigo terceiro, para que a prática do ato do médico seja legal, exige que o profissional tenha se assegurado de que o paciente, adulto ou menor emancipado, tenha plena capacidade e consciência, no momento da realização do pedido; que este seja ponderado e reiterado, não decorrendo de qualquer pressão externa; que a condição do paciente seja irreversível, caracterizando-se sofrimento físico ou mental constante e insuportável; que tenham sido atendidos todos os procedimentos estabelecidos na lei; que o paciente saiba sobre o seu estado de

saúde e sua expectativa de vida, discutindo as terapêuticas possíveis e o pedido de prática da eutanásia; um outro médico seja consultado, independente do paciente e do profissional encarregado do tratamento, para que avalie a gravidade e a incurabilidade da doença; ainda, exige-se pelo menos um mês entre o pedido de que seja aplicada a eutanásia e a efetiva prática desta sendo o pedido por escrito, datado e assinado pelo paciente, ou por um adulto escolhido por ele, se sua condição inviabilizar que o faça pessoalmente, não podendo esse representante ser alguém que vá se beneficiar financeiramente da morte do doente; o direito de cancelamento da eutanásia poderá a qualquer momento [...] Criou-se a Comissão Federal de Controle e Avaliação, composta de dezesseis membros, sendo oito médicos, dentre os quais pelo menos quatro professores de uma universidade belga; quatro membros deverão ser advogados ou professores de Direito e os outros quatro serão selecionados em ambientes profissionais nas quais se lide com problemas de pacientes portadores de doenças incuráveis. Tal comissão deve elaborar um documento registrando toda vez que realizarem uma eutanásia com os dados do paciente, o momento e local da morte, o mal que afetava o paciente, a descrição do sofrimento incurável, o registro dos fatos que confirmaram a voluntariedade do pedido, informação sobre a existência de declaração antecipada, a descrição do procedimento adotado pelo médico. Ressalta-se que o pedido e a declaração antecipada da eutanásia não obrigam os médicos a sua prática., sendo transferindo os registros médicos a outro profissional. Ainda, a morte decorrente da prática da eutanásia será considerada morte natural, no que diz respeito à execução de contratos privados de seguro de que o falecido era parte.

Numa entrevista a um jornal francês em 2016, a atleta belga paraolímpica Marieke Vervoort disse que já havia assinado os documentos necessários para a eutanásia, pois sofre de uma doença degenerativa na coluna cervical desde os quatorze anos e que por isso, passou a ter dores insuportáveis e a dormir dez minutos por noite (CASTANHEIRA, 2016). Em janeiro de 2017, Marieke passou dois dias em coma, conforme sua página na rede social Facebook, acometida por uma infecção (SPORZA, 2017).

3.3 Holanda

Considerada um país de referência da eutanásia, a diferentemente do Uruguai, que não editou lei específica sobre o assunto, foi a primeira nação a efetivamente legalizar e regulamentar a prática da eutanásia, tendo isso ocorrido em 2001.

As discussões acerca do assunto acontecem desde o ano de 1973 no território holandês, como o chamado caso Postma. Nesta ocasião, a médica Geertruida Postma foi julgada e condenada pela prática de eutanásia contra a própria mãe, uma senhora muito doente que pedia reiteradamente para a filha lhe tirar a vida.

Após o fato, a causa foi ganhando apoio público e a jurisprudência do país foi se abrandando, até que foi por fim legalizada. Pesquisas realizadas à época indicaram que cerca de 90% dos holandeses apoiavam a nova lei. Conforme explica Goldim (2003), a eutanásia na Holanda é permitida somente nas seguintes condições, definidas pela lei aprovada em 11 de abril de 2001:

1. O paciente deve ser portador de uma doença incurável e estar com dores insuportáveis;
2. O paciente deve ter pedido, voluntariamente, para morrer e;
3. Somente após um segundo médico ter emitido sua opinião sobre o caso.

Além disso, com a nova lei, é permitido inclusive a realização da eutanásia em menores de idade, a partir dos 12 anos, sendo que para as crianças entre 12 e 16 anos é imprescindível a autorização dos pais ou responsáveis.

4 A EUTANÁSIA NO BRASIL

No Brasil, a eutanásia é prevista como homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal. No entanto, no caso da eutanásia, é levado em consideração o relevante valor social ou moral, diminuindo-se a pena em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Art 121 – Matar alguém: Pena – reclusão de seis a vinte anos.

§ 1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

A eutanásia, no dizer de Heleno Cláudio Fragoso (1988), são os motivos nobres ou altruístas; sendo tratada no Código Penal como homicídio cometido por motivo relevante valor moral.

Segundo Mirabete (2007):

O valor moral em questão, expresso no primeiro parágrafo do artigo, diz respeito aos sentimentos particulares do agente, como a piedade e a compaixão, a legislação brasileira não reconhece a impunidade da eutanásia, nem mesmo com autorização do paciente, mas em razão da ação ser cometida por relevante valor moral, permite a minoração da pena.

É importante mencionar que tramita no Congresso Nacional o projeto nº 126/96, cujo texto propõe que a eutanásia seria permitida, desde que um grupo de cinco médicos atestasse a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do doente. O próprio paciente teria que requisitar a eutanásia e caso não estivesse consciente, a decisão caberia a seus parentes próximos.

Porém, o assunto volta a ser discutido no Projeto de Lei (PLS 236/2012) do novo Código Penal que traz a eutanásia (morte piedosa) passando a ser crime específico, com pena entre dois a quatro anos de prisão e assim, comete o crime quem matar por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave (art. 122) (BRASIL, 2012). Todavia, segundo o texto, poderá haver casos em que o juiz deixará de aplicar a pena (perdão judicial), em face das circunstâncias do caso, bem como do parentesco e dos laços de afeição entre o autor e a vítima (§1º, art. 122). A prática da ortanásia (morte digna) passa a ser legalmente válida (exclusão de ilicitude). Dessa forma,

não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão (§ 2º, art. 122). (PRUDENTE, 2017).

Em sentença dada em junho de 2013 pelo juiz Alexandre Coelho, na época titular da 2ª Vara Cível do Fórum João Mendes, em São Paulo autorizou a advogada Rosana Chiavassa a ter “morte digna”, o que, nesse caso, significa não ter de passar por tratamento desnecessário caso desenvolva, no futuro, doença irreversível que comprometa a capacidade física e a consciência (OLIVEIRA, 2017).

Além disso, a religiosidade da sociedade brasileira se impõe como outro grande obstáculo no caminho à regulamentação do procedimento, sendo que grande parte da população condena tal prática médica baseada em convicções religiosas.

Ademais, não há como ser considerada digna a vida de um enfermo que se encontra totalmente intermediada aos fios que o ligam a um aparelho de hospital, sem mais nenhuma possibilidade de reversão do quadro clínico, apenas prorrogando o padecimento físico e psicológico pela espera do fim iminente.

5 APLICABILIDADE DA EUTANÁSIA NO BRASIL DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE

O Brasil protege a vida humana, como um direito fundamental, desde a concepção até a morte, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Entretanto, não se pode ater-se ao direito à vida de forma isolada, dado que na CF se encontram presentes vários princípios, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição de tratamento desumano ou degradante e a proibição de privação de direito por motivo de crença religiosa (BRASIL, 1998).

A Constituição também prevê a dignidade a indisponibilidade da vida humana, mas até que ponto pode ser considerada digna, a vida de um enfermo em estado terminal, onde os tratamentos médicos empregados servem apenas para prolongar o sofrimento e a angústia da espera pela morte certa? É notório o conflito de direitos fundamentais.

No Brasil, a prática da eutanásia está tipificada no artigo 121 do Código Penal, ou seja, homicídio privilegiado, considerando-se crime em qualquer hipótese. Ademais, conforme o caso, a conduta do agente pode tipificar o crime de participação em suicídio, segundo o artigo 122 da lei penal (GUERRA FILHO, 2005).

É importante ressaltar que tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 126/96, cujo texto propõe que a eutanásia seja permitida, contanto que uma junta de médicos ateste a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do paciente.

No mês de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.805/06 a qual dispõe o seguinte: Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhes os cuidados necessários para aliviar os sintomas que o levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

A Ordem dos Advogados do Brasil já se posicionou sobre a referida deliberação, afirmando ser “contrária ao Código Penal e que em determinados casos o médico poderia ser acusado por omissão de socorro”, ou até mesmo por participação em suicídio ou homicídio.

Além disso, a aflorada religiosidade da sociedade brasileira se impõe como grande obstáculo no caminho à regulamentação do procedimento, sendo que grande parte da população condene tal prática médica, baseada em convicções religiosas.

Outrossim, não há como ser considerada digna, a vida de um enfermo que se encontra totalmente restrito aos fios que o ligam a um aparelho de hospital, sem mais nenhuma possibilidade de reversão do quadro clínico, apenas prorrogando o padecimento físico e psicológico pela espera de um fim iminente.

6 CONCLUSÃO

A eutanásia não é novidade nos tempos atuais, uma vez que se tem registros de sua prática nas mais longínquas civilizações, entretanto até hoje, é um assunto polêmico. É certo que em épocas remotas, a eutanásia era vista como uma boa morte.

Como visto, a possibilidade de um paciente em estado terminal deliberar se deseja ou não que coloquem um fim na sua vida, por mais sofrida que esteja no momento, não é um tema que permita uma abordagem leviana.

Atualmente, alguns países como Holanda, Bélgica, Suíça e outros, aprovam a prática da eutanásia em casos de doenças incuráveis ou em estado terminal que haja sofrimento constante, porém no Brasil, ainda é interpretada como crime, incluída no Código Penal como homicídio privilegiado ou mesmo como auxílio ao suicídio.

Porém, atentando para as notícias do dia a dia, a incorrência é que a eutanásia já é praticada aqui no Brasil. É só perceber a falta de acesso da população a hospitais, a médicos e notar o descaso com as pessoas que necessitam de tratamentos e não conseguem, ou seja, a mistanásia é uma realidade brasileira.

É importante ressaltar também, que o Código Penal Brasileiro não pode ser interpretado de forma isolada, mas sim em sintonia com a Constituição. Assim, o consentimento do ofendido na eutanásia (no caso, o enfermo) deveria ser tomada pelos juristas como uma possibilidade de exclusão da ilicitude do ato, uma vez que, consoante se infere do texto constitucional, o princípio da inviolabilidade da vida não é superior aos demais; muito pelo contrário, tem-se como princípio norteador da Lei Maior o da dignidade da pessoa humana. Desse modo, há um impasse de princípios constitucionais que deveriam ser sopesados quando da execução da tutela penal.

REFERÊNCIAS

ABRITTA, Helena. **Legislação internacional sobre eutanásia**. Disponível em: <<https://habritta.jusbrasil.com.br/artigos/339122086/legislacao-internacional-sobre-eutanasia>>.

BENITO. Emílio de. **“Fico indignado em ter de morrer clandestinamente”: o caminho de um doente terminal até a morte digna**. El País. 6 abr. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/05/ciencia/1491414684_118351.html>.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALVES, Rubem. **Eutanásia**. Folha de São Paulo, São Paulo, jan. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0801200804.htm>>.

G1. **Ao menos 5 países permitem suicídio assistido ou eutanásia; veja quais são**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/11/ao-menos-5-paises-permitem-suicidio-assistido-ou-eutanasia-veja-quais-sao.html>>.

GOLDIN. José Roberto. **Eutanásia** – Colômbia. UFRGS. Rio Grande do Sul. 1998. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutacol.htm>>.

G1. **Canadá aprova lei que regulamenta eutanásia no país**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/canada-aprova-lei-que-regulamenta-eutanasia-no-pais.html>>.

GUERRA FILHO, Fernando. **Eutanásia: Direito à “boa” morte e despenalização da piedade médico homicida consentida**. DireitoNet, 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2342/Eutanasia-Direito-a-boa-morte-e-despenalizacao-dapiedade-medico-homicida-consentida>

KASPER, Dennis et al. **Medicina Interna Harrison**. 19. ed. São Paulo: Artmeed, 2017.

LIMA NETO, Luiz Inácio. **A legalização da eutanásia no Brasil**. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/legaliza%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-brasil>.

SELLI, Lucilda; ALVES, Joseane de Souza. **Distanásia: percepção dos profissionais da enfermagem**. Revista Latino-Americana de Enfermagem. 2009, 17: 1-6.

ASPECTOS JURÍDICOS DA MUNICIPALIZAÇÃO DO TRÂNSITO EM PAÇO DO LUMIAR/MA E SEUS IMPACTOS SOCIOESPACIAIS

ANDERSON BOAS VIANA:

Doutorando em Desenvolvimento Regional. Universidade Federal do Tocantins ⁵

RESUMO: Municipalizar o trânsito é quanto o Poder Público Municipal assume as responsabilidades legais definidas pelo Código de Trânsito Brasileiro. Portanto, a municipalização do trânsito se trata do processo de integração do município ao Sistema Nacional de Trânsito. Este processo de integração, além de imposição legal, denota a preocupação com a segurança viária e preservação da vida, a partir de um planejamento adequado ao desenvolvimento urbano com base no conceito de cidade sustentável, dando valor à qualidade de vida e à garantia constitucional do direito de ir e vir em segurança da população. Com base nesses pressupostos é que discorre-se este artigo, objetivando apresentar os aspectos jurídicos da integração do município de Paço do Lumiar, situado na região metropolitana de São Luís no Maranhão, destacando as mudanças socioespaciais dessa municipalização. Município com mais de 120 mil habitantes e com uma frota de veículos superior a 28 mil veículos. Para alcance do objetivo proposto, o estudo teve como percurso metodológico a pesquisa bibliográfica e documental, além do olhar crítico de observação do autor.

Palavras-chave: Municipalização de Trânsito. Sistema Nacional de Trânsito. Paço do Lumiar. Aspectos legais. Impactos socioespaciais.

ABSTRACT: Municipalizing traffic is the Municipal Public Power taking on the legal responsibilities defined by the Brazilian Traffic Code. Municipalizing it is the process of integrating the municipality into the National Traffic System, assuming the management of local traffic, concerned with road safety and preserving life, based on an adequate planning for urban development based on the concept of sustainable city, giving value to the quality of life and the constitutional guarantee of the right to come and go safely for the population. Based on these assumptions, all this monographic work is discussed, aiming to present the legal aspects of the integration of the Municipality of Paço do Lumiar, located in the metropolitan region of São Luís in Maranhão, highlighting the social impacts

⁵ E-mail: andboaes@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0839-6015>

of this municipalization. Municipality with more than 120 thousand inhabitants and with a vehicle fleet exceeding 28 thousand vehicles. In order to achieve the proposed objective, the study had as methodological path bibliographic and documentary, in addition to the critical observation of this author.

Keywords: Municipalization of Transit. National Traffic System. Paço do Lumiar. Legal Aspects. Socio-spatial impacts.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente percebo que os problemas relacionados ao trânsito e à mobilidade urbana vem sendo bastante discutidos, inclusive em campanhas educativas e publicitárias. Antes, o que se restringia à Semana Nacional de Trânsito, realizada anualmente em setembro, alargou-se e ações são vistas durante todo o ano, afinal os números da violência no trânsito a cada dia são ainda mais assustadores. De acordo com dados da Organização Mundial da Saúde (2019) somente no ano de 2018 foram mais de 1 milhão e 300 mil mortes no trânsito em todo o mundo, sendo que no Brasil foram mais de 40 mil mortes e segundo dados do antigo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) que foi elevado à categoria de Secretaria Nacional de Trânsito (SENATRAN), o ano de 2018 apresentou o dado alarmante de mais 400 mil pessoas sequeladas por algum tipo de sinistro de trânsito. São números para serem recordados diariamente e devem fazer parte das nossas discussões cotidianas. Nos últimos anos, além do endurecimento da legislação e das fiscalizações de trânsito, muito tem se desenvolvido campanhas educativas numa busca de conscientizar e sensibilizar toda a população, tanto condutores quanto os demais usuários das vias. Temas como “Minha escolha faz a diferença”; “No trânsito o sentido é a vida”; “Perceba o risco, proteja a vida”; “Acidente não acontece, acidente é provocado”; têm sido trabalhados por diversos segmentos, pois hoje temos a noção clara da letalidade da violência no trânsito e como o professor Julyver Modesto bem coloca em seu CTB digital, o “princípio da universalidade do direito ao trânsito seguro deve ser um direito aplicado a todos indistintamente”. Infelizmente essas ações ainda não surtiram o efeito esperado na redução desses números, mas acredito que os primeiros passos estão sendo dados. Várias são as causas dos problemas relacionados ao trânsito, cito negligência, imprudência, imperícia, intolerância, desumanização, desrespeito, fiscalização ineficaz, problemas de infraestrutura viária, além desses, vários outros, inclusive nas cidades os problemas estão ligados diretamente aos processos de urbanização desordenado e omissão da gestão pública.

Dando destaque a esse último fator citado, surge o papel do Poder Público com o fim de garantir qualidade de vida à população, mobilidade urbana e acessibilidade (inclusão social). Porém, muitos gestores ainda não assumiram esse papel.

O Brasil é uma República Federativa organizada politicamente e administrativamente por meio da União, dos seus 26 Estados, do Distrito Federal e de todos os seus municípios. É importante ressaltar que a própria Constituição Federal prevê autonomia relativa aos assuntos locais a cada um desses entes, com governo próprio. É o chamado pacto federativo (BRASIL, 1988, art. 18, CF).

A Constituição Federal também tem por responsabilidade definir as competências dos entes federados e reserva privativamente à União a competência para legislar sobre o trânsito e o transporte (BRASIL, 1988, art. 22, XI, CF). Porém, o artigo 30 apresenta as competências dos municípios, que entre tantas competências, está “legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo; além de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo” (BRASIL, 1988, art. 30, CF).

Já o Código de Trânsito Brasileiro traz as competências dos municípios para a organização e gerenciamento do trânsito local. A legislação de trânsito é bastante ampla; além do CTB, há normas complementares, manuais de sinalização e fiscalização, resoluções, deliberações, portarias, etc. É importante dizer que o trânsito é um espaço democrático, ao mesmo tempo um espaço compulsório, onde todos têm direitos e deveres.

Após este preâmbulo, é necessário destacar o objetivo geral deste artigo: apresentar os aspectos jurídicos da integração do município de Paço do Lumiar, situado na região metropolitana de São Luís do Maranhão, ao Sistema Nacional de Trânsito, destacando as mudanças socioespaciais decorridas dessa municipalização.

Recorrendo ao manual de metodologia científica de Vergara (2004), a metodologia deste estudo quanto aos fins terá um caráter descritivo, pois descreverá o processo de municipalização em Paço do Lumiar, além de ser exploratória. E quanto aos meios, o estudo se dará por pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e observação. Porém, superando os conceitos metodológicos manualizados, é importante deixar claro que a metodologia deste artigo perpassa por diversos momentos de observação in loco. Destaca-se que o campo de estudo desta monografia é o município de Paço do Lumiar, porém o objeto de pesquisa é a relação entre a municipalização do trânsito, seus aspectos jurídicos e os impactos socioespaciais.

Diversas foram as leituras para construção deste artigo; alguns autores foram fundamentais para esse arcabouço teórico: Gleydson Mendes, Leandro Macedo, Julyver Modesto, Arnaldo Rizzardo, Natália Bavoso, entre outros. Além dos teóricos, vários instrumentos legislativos foram investigados para esta análise.

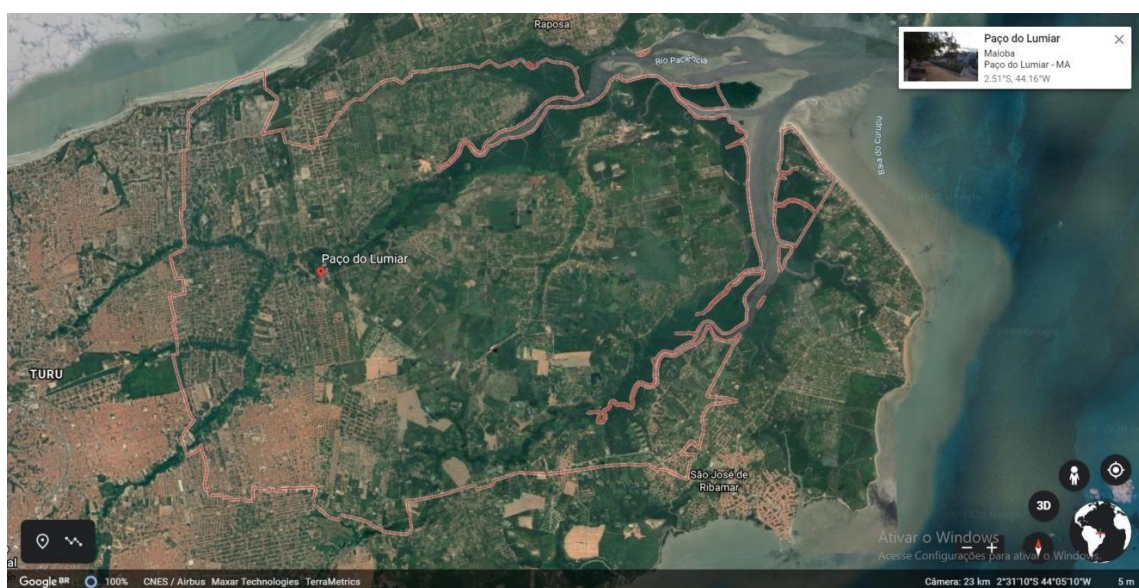
2 MUNICIPALIZAÇÃO DO TRÂNSITO EM PAÇO DO LUMIAR MA

2.1 O Município de Paço do Lumiar

Município amplo com características urbanas e rurais, que está distante pouco mais de 20 km do Centro de São Luís e a 15 km do Centro de São José de Ribamar. O acesso se dá pelas principais rodovias da região metropolitana, rodovia MA201 (conhecida popularmente como estrada de Ribamar) e Rodovia MA202 (conhecida popularmente como estrada da Maioba). O município possui mais de 160 comunidades distribuídas em conjuntos residenciais, vilas, bairros e loteamentos, sendo o Maiobão seu maior e principal bairro, embora a sua sede fique cerca de 10 km distante.

O Município possui uma área territorial de mais de 127,193 Km² e cerca de 145.643 habitantes segundo dados do último Censo do IBGE (2022). Na área rural do município, ainda é possível encontrar grandes extensões de terras verdes não ocupadas; é possível encontrar portos (Mocajituba, Pindoba, Iguaíba, Mojó, Sede, Pau Deitado, Timbuba), áreas de manguezais, rios e um grande centro urbano localizado no seu principal bairro – Maiobão. Emancipado de São José de Ribamar desde 1959, é facilmente perceptível que o desenvolvimento econômico na região está em desenvolvimento, assim como seu processo de urbanização continua crescendo de forma acelerada. É possível perceber a construção de vários novos loteamentos, condomínios de casas e apartamentos em toda a região. Entretanto, ainda é possível encontrar muitas atividades ligadas à pesca e à agricultura familiar, portanto um município muito grande e muito diversificado.

Figura 01 – Mapa de Paço do Lumiar



Fonte: Google earth 2022

Com relação ao processo de municipalização do trânsito em Paço do Lumiar, é algo relativamente novo, porém é importante destacar que para esse processo foi fundamental a participação da sociedade civil, assim como alguns instrumentos legais já existentes no município. O processo de municipalização do trânsito em Paço do Lumiar iniciou efetivamente no ano de 2015. O município já possuía os seguintes instrumentos de gestão voltados para mobilidade urbana: Lei orgânica municipal datada de 1990 e o Plano Diretor - PD (Lei nº 335/2006). O PD de Paço do Lumiar já estabelecia as diretrizes sobre o uso e ocupação do solo, a política de zoneamento, a função social da propriedade urbana e rural, a política de saneamento, a política de preservação ambiental, a política de limpeza pública, a política de habitação, a política de desenvolvimento econômico, a definição do macrozoneamento e a política de mobilidade urbana. Esses instrumentos foram fundamentais para o direcionamento das ações de implementação da política de trânsito no município, além da pressão dos Centros de Formação de Condutores - CFCs e dos populares, devido ao crescimento do comércio, urbanização acelerada, crescimento populacional, grandes obras de construção civil, polos geradores de tráfego, falta de estacionamentos, trânsito desordenado, baixo quantitativo de paradas de ônibus, transporte público ineficaz e falta de sinalização e fiscalização.

Art. 2º – O Plano Diretor tem por objetivo maior ordenar o crescimento da cidade, estimular seu desenvolvimento econômico de forma sistemática, harmônica e contínua, assegurando o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana e rural, na busca do bem-estar e da melhoria da qualidade de vida dos habitantes de Paço do Lumiar.

Parágrafo Único – O objetivo maior do Plano Diretor será atingido através:

- I– Da ordenação do crescimento das diferentes áreas territoriais da cidade, de forma compatível com a oferta de moradias, com o saneamento básico, o sistema viário e de transportes coletivos e demais equipamentos urbanos e sociais;
- II– Da implantação de um processo permanente de planejamento territorial urbano e rural, com um processo contínuo de monitoramento e avaliação do plano Diretor da Cidade;
- III– Da promoção de políticas setoriais, compatibilizando o desenvolvimento urbano e rural com a proteção do meio ambiente natural e edificado, voltado à conservação e recuperação patrimonial;

- IV– Da busca da compatibilização do desenvolvimento local com o dos municípios vizinhos, visando uma efetiva integração regional, em particular da Região Metropolitana da Grande São Luís;
- V– Da garantia de implantação de mecanismos de participação da população no planejamento da cidade e na fiscalização da execução deste planejamento. (PAÇO DO LUMIAR, 2006).

O capítulo IV do título III do referido Plano Diretor prevê a política de mobilidade urbana do município e garante o deslocamento e acessibilidade a todos os moradores indistintamente, tanto nas áreas rurais quanto urbanas, através de um pleno funcionamento do sistema viário, tendo como base o planejamento, a educação para o trânsito e a fiscalização, garantindo o direito de ir e vir dos cidadãos com ampla segurança (PAÇO DO LUMIAR, 2006).

Art. 21 – São considerados objetivos da Política de Mobilidade Urbana:

- I– garantir as condições necessárias à circulação e à locomoção, facilitando os deslocamentos e o acesso a qualquer parte do Município;
- II– promover a acessibilidade universal da população, facilitando seu deslocamento por meio de uma rede integrada de vias, ciclovias e percursos para pedestres, com segurança, autonomia e conforto, em particular aos que apresentam dificuldades de locomoção, em conformidade com legislação específica e, na ausência desta, com os parâmetros da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) que dispõe sobre a acessibilidade às edificações, ao mobiliário e aos espaços e equipamentos urbanos;
- III– garantir a fluidez do transporte em todos os modais de competência do Município, visando o desenvolvimento econômico;
- IV– priorizar o transporte coletivo sobre o individual;
- V– compatibilizar o uso do solo urbano ao sistema viário;
- VI – implantar a municipalização do trânsito.

Art. 22 – São ações prioritárias no desenvolvimento da Política de Mobilidade Urbana:

- I– a definição de hierarquia viária e respectivos recuos mínimos para as edificações;
- II– a implantação de abrigos e sinalização horizontal, vertical e toponímica e, quando tecnicamente justificado, a utilização da

- sinalização semafórica, inclusive com a instalação de semáforos para pedestres;
- III– a instituição e implementação do plano de Mobilidade Urbana, promovendo o acesso, com fluidez e segurança, a todas as áreas urbanas e rurais do território municipal;
- IV– eliminar as barreiras arquitetônicas, promovendo o livre acesso dos pedestres nas calçadas e disciplinar, em lei específica, a padronização dos passeios públicos.
- V– regulamentar o número mínimo de vagas para estacionamento no interior dos imóveis comerciais, conforme a demanda gerada pelo uso.
- VI– regulamentar os horários para operações de cargas e descargas dentro do perímetro urbano. (PAÇO DO LUMIAR, 2006).

O PD de Paço do Lumiar é um instrumento importantíssimo para gestão municipal, pois é um instrumento básico de gestão e para o ordenamento do território e desenvolvimento urbano do município. Porém, o Plano Diretor é uma obrigação constitucional aos municípios com mais de 20 mil habitantes e o PD de Paço do Lumiar foi sancionado em 2006. Ocorre que o Estatuto da Cidade, instrumento normativo federal, prevê que todo PD deve ser revisado a cada 10 anos, pois considera-se razoável o período de uma década, uma vez que nesse espaço de tempo podem ocorrer diferentes transformações em torno do município, tanto em características ambientais, políticas quanto socioculturais. Devido a não revisão do PD de Paço do Lumiar, o MP impetrou mandado de injunção e em fevereiro de 2019, o juízo da Vara de Direitos Difusos e Coletivos determinou a obrigação de revisão do PD; e, o processo de revisão deveria ser iniciado no prazo de 06 meses a contar da decisão, com prazo de 01 ano para conclusão após seu início. (MARANHÃO, 2019, MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - 0812802-14.2018.8.10.0001). Atualmente o PD encontra-se em fase de revisão por uma comissão criada pelo Decreto municipal 3301/2019.

2.2 O Processo de Municipalização e a Gestão do Trânsito em Paço do Lumiar

As audiências públicas foram fundamentais para o processo de Municipalização do trânsito em Paço do Lumiar, com a participação da sociedade civil, dos CFCs credenciados ao Detran, dos profissionais do setor de transporte, em especial dos motoristas de transportes alternativos, dos estudantes e de alguns representantes do legislativo municipal. É importante ainda destacar a atuação da Promotoria de Justiça da Comarca de Paço do Lumiar que sempre gerenciou as audiências públicas, a partir da campanha institucional: “MP na via da segurança – municipalização do trânsito em defesa da vida”, de iniciativa da Corregedoria Geral do MP do Maranhão.

No ano de 2015 foram realizadas duas audiências públicas no município. Ainda neste mesmo ano, especificamente no mês de novembro, ainda na gestão 2013/2016 “Um passo para o futuro”, houve o passo inicial para a municipalização do trânsito, quando foi firmado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

No referido TAC ficou decidido que em 12 meses, a contar da integração do município ao Sistema Nacional de Trânsito, deveria ser realizado concurso público para agentes de trânsito. Ficou decidido ainda que no período de até 90 dias a contar da assinatura do TAC, a administração deveria implementar política de educação para a segurança no trânsito e, no prazo de 36 meses, mediante convênio ou dentro da sua estrutura organizacional implementar a Escola Pública de Trânsito, conforme prevê o CTB. Além da regulamentação dos mototaxis, ficou ainda firmado que a administração municipal se comprometeria a encaminhar à Câmara de Vereadores, no prazo de 30 dias, projeto de lei para a criação de cargos de provimento efetivo de agentes de trânsito.

Então já em dezembro de 2015, após a definição da política de trânsito do município foi promulgada a Lei municipal nº 670, de 14 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a definição da Coordenação de Trânsito como órgão municipal de trânsito e dá outras providências. Esta coordenação a princípio foi vinculada à Secretaria Municipal de Infraestrutura, Urbanismo, Transporte e Trânsito.

Art. 1º. Fica alterado na estrutura administrativa do Município de Paço do Lumiar, Estado do Maranhão, vinculado à Secretaria Municipal de Infraestrutura, Urbanismo, Transporte e Trânsito, a Coordenação de Trânsito, como órgão executivo de trânsito municipal. **Art. 2º.** A Coordenação de Trânsito tem por finalidade promover e implementar as políticas municipais de trânsito, competindo-lhe: **I** - assessorar o Chefe do Poder Executivo Municipal, na formulação e execução das políticas relacionadas com a Administração dos Sistemas de Trânsito; **II** – cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições; **III** – planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, pedestres e animais, e promover o desenvolvimento da circulação e segurança de ciclistas; **IV** – implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e equipamentos de controle viário; **V** – coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas; **VI** – executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis por infração de circulação, estacionamentos e paradas, previstas no Código de Trânsito Brasileiro, no exercício regular do Poder de Polícia de

Trânsito; **VII** – aplicar as penalidades de advertência por escrito, autuar e multar por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas no Código de Trânsito Brasileiro, notificando os infratores e arrecadando as multas aplicadas; **VIII** – fiscalizar, autuar e aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas às infrações por excesso de peso, dimensão e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas aplicadas; **IX** – fiscalizar o cumprimento do disposto no art. 95, da Lei Federal nº 9.503, de 23/09/1997, aplicando as penalidades e arrecadando as multas previstas; **X** – implantar, manter, operar e fiscalizar, quando terceirizado, o sistema de estacionamento rotativo pago nas vias; **XI** – arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas; **XII** – credenciar os serviços de escoltas, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos escoltas, e transportes de carga indivisível; **XIII** – integrar-se a outros órgãos e entidades do sistema nacional de trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e a celeridade das transferências de veículos e de proprietários dos condutores, de uma para outra unidade da federação; **XIV** – implantar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito; **XV** – promover e participar de projetos e programas de Educação e Segurança de Trânsito, de acordo com as diretrizes estabelecida pelo CONTRAN; **XVI** – planejar e implantar medidas para a redução da circulação de veículos e reorientação do tráfego, com objetivo de diminuir a emissão global de poluentes; **XVII** – registrar e licenciar, na forma da legislação, ciclomotores, veículos de tração e propulsão humana e tração animal, fiscalizando, atuando, aplicando penalidades e arrecadando as multas decorrentes de infrações; **XVIII** – articular-se com os demais órgãos do Sistema Nacional de Trânsito no Estado, sob coordenação do respectivo CETRAN/MA; **XIX** – coordenar e fiscalizar os trabalhos na área de Educação de Trânsito no Município; **XX** – executar, fiscalizar e manter em perfeitas condições de uso a sinalização semafórica; **XXI** – realizar estatística no que tange a todas

as peculiaridades dos sistemas de trânsito. **XXII** – estabelecer, em conjunto com órgãos de política de trânsito, as diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito; **XXIII** - Conceder autorização para conduzir veículos de propulsão humana e tração animal; **XXIV** - Fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruídos produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art.66, da Lei Federal nº 9.503/97, além de dar apoio às específicas de órgão ambiental, quando solicitado; **XXV** - Vistoriar veículos que necessitem de autorização especial por transitar e estabelecer os requisitos técnicos a serem observados para sua circulação; (PAÇO DO LUMIAR, 2015).

Nesse mesmo instrumento legal, ficou instituída a Junta Administrativa de Recursos de Infrações.

Art. 9º. A Junta Administrativa de Recursos de Infrações - JARI será composta pelos seguintes membros: **I** - 01 (um) representante da Coordenação de Trânsito; **II** - 01 (um) representante de entidade representativa da sociedade ligada à área de Trânsito; **III** - 01 (um) integrante com conhecimento na área de trânsito, com, no mínimo nível médio. (PAÇO DO LUMIAR, 2015).

A JARI começou de fato a funcionar e 06 de agosto de 2020 quando fora realizada a primeira reunião colegiada na sede da SEMUR. É importante frisar que os agentes de trânsito ainda não foram nomeados em sua totalidade e o convênio recíproco com o DETRAN e Polícia Militar foi assinado recentemente (Convênio 15/2019 assinado em 31 de dezembro 2019 com vigência de 24 meses); pelo convênio 15/2019, ficou estabelecido que as infrações de competência estadual e municipal serão fiscalizadas tanto pelos agentes municipais de trânsito quanto pela Polícia Militar (MARANHÃO, 2019).

O cargo efetivo de agente de trânsito, foi criado pela Lei 670/2015, sendo de regime estatutário, com carga horária de 40 horas/semanais, assim como a definição dos requisitos para investidura no cargo por meio de concurso público. A princípio foram criadas 05 vagas efetivas.

Infelizmente, após a promulgação da referida lei, o município entrou num período de hiato no processo de municipalização do trânsito. Porém, com o término do período eleitoral em 2016, assume uma nova gestão em Paço do Lumiar e o processo de municipalização do trânsito foi reiniciado. A princípio, ainda na Coordenação de Trânsito, foi formada uma equipe técnica, composta por um consultor de trânsito, um advogado,

um engenheiro de tráfego e um arquiteto, que foram responsáveis pela execução do projeto. Além disso, assumiu a Secretaria de Infraestrutura o gestor Pádua Nazareno, que foi responsável pela municipalização do trânsito em São Luís e já havia sido diretor operacional do DETRAN/MA. Retomado o projeto, em julho de 2017 foi publicado o decreto nº 3.113, aprovando o Regimento Interno da Junta Administrativa de Recursos de Infrações. Logo em seguida foram nomeados os membros da JARI, através da Portaria nº 1.112, de 22 de novembro de 2017.

Com isso, algumas etapas do processo de municipalização haviam sido alcançadas: Escolha da estrutura administrativa do órgão de trânsito; Criação do órgão executivo de trânsito; Criação da Junta Administrativa de Recursos de Infração e aprovação do seu regimento; Nomeação da autoridade de trânsito; e Nomeação dos membros da JARI. Concomitante a essas etapas, foi elaborado o projeto de sinalização, iniciada a sua execução nas vias com a primeira etapa da sinalização vertical e horizontal das principais vias do município. O projeto foi juntado aos documentos previstos na Resolução do CONTRAN 560/2015 e foi encaminhado via ofício ao Conselho Estadual de Trânsito do Maranhão - CETRAN/MA.

Após análise da documentação, o CETRAN realizou inspeção técnica no município e algumas desconformidades foram verificadas. Com isso, o Conselho notificou o município para as devidas adequações no prazo de 30 dias. Sanadas as desconformidades notificadas, o CETRAN realizou nova inspeção técnica e nesta o município recebeu a aprovação.

Figura 02 – Sinalização Horizontal Maiobão



Fonte: Autor do Estudo (2018)

Com a aprovação do CETRAN, o processo de integração foi encaminhado ao DENATRAN junto com a Certificação de Conformidade do município e no dia 26 de março de 2018 através da Portaria 060 foi homologada a integração. Com certeza um dia que fica marcado na história do município de Paço do Lumiar, estava assim integrado ao SNT.

Logo, com o advento da Lei municipal 738/2018, foi criada a Secretaria de Mobilidade Urbana de Paço do Lumiar (SEMUR) e nomeado como secretário o Sr. Pádua Nazareno, este que deixou a secretária de Infraestrutura. A princípio a Secretaria funcionou na Sede de Paço do Lumiar, porém atualmente localiza-se no bairro Maiobão. À SEMUR compete a coordenação, execução e fiscalização da implantação e manutenção da política de mobilidade urbana e aplicação da legislação de trânsito e possui a seguinte missão: “Planejar, coordenar, fiscalizar, controlar e executar a política de trânsito de Paço do Lumiar”.

Figura 03 – Curso de Formação da Equipe Técnica da SEMUR



Fonte: Autor do Estudo (2018)

Com isso, o desenvolvimento das ações de gestão do trânsito no município teve respaldo legal. Logo em seguida, no mês de novembro de 2018 foi lançado o edital do concurso público visando a nomeação de 25 agentes de trânsito.

Com a integração, várias ações continuaram a ser desenvolvidas pela SEMUR, como palestras pelos orientadores, organização do fluxo viário, instalação de sinalização semafórica, sinalização vertical e horizontal com instalação de placas e pintura de faixa de pedestres em pontos de travessia (a prioridade foram as escolas e os bancos), demarcação de estacionamento e seu disciplinamento na feira localizada às margens da MA 201 e na feira localizada no centro do Maiobão (Rua 101). Com essas ações que passaram a ser corriqueiras, a gestão municipal começou a demonstrar os primeiros passos da gestão do trânsito e planejamento da mobilidade urbana.

Figura 04 – Palestra de Educação para o Trânsito



Fonte: Autor do Estudo (2019)

Para o processo de sinalização viária em Paço do Lumiar, o projeto foi todo desenhado pelo engenheiro de tráfego servidor de carreira do Município, tendo suporte técnico da divisão de engenharia de tráfego do DETRAN/MA. Para o projeto, primeiramente foram identificadas as necessidades, a partir de observações em campo e solicitações dos cidadãos; posteriormente foi atestada a viabilidade técnica das intervenções e do projeto que iniciaria pelo Maiobão, a partir de um relatório técnico. Sendo assim o projeto foi aprovado pela Secretaria de Mobilidade Urbana, pela Secretaria de Administração e Finanças e pelo Prefeito, posteriormente foi licitada a empresa e executado o projeto.

Figura 05 – Faixa de Pedestre (Sinalização Horizontal)



Fonte: Autor do Estudo (2018)

Outras ações foram fundamentais para o início da gestão municipal do trânsito. Posso citar ações constantes de educação para o trânsito com blitz educativa em parceria com o Posto Avançado do Detran de Paço do Lumiar e o Batalhão de Polícia Militar Rodoviária do Maranhão (BPRv); treinamento de professores em parceria com a Secretaria Municipal de Educação de Paço do Lumiar (SEMED), sessões de vídeo, concurso de fotografia e poesia nas escolas municipais; parceria com as rádios locais para divulgação de mensagens educativas; Implantação do setor de estatísticas da SEMUR; organização do fluxo viário nas principais vias do Município; obras de asfaltamento e drenagem; treinamento e reuniões constantes; promoção por dois anos consecutivos da Semana Nacional de Trânsito; continuidade e expansão do projeto de sinalização viária (vertical, horizontal e semafórica); além de ações efetivas pelo corpo de orientadores quando eram necessárias ações para execução de obras em rua pública ou eventos, passeios ciclísticos e desfiles cívicos; reorganização dos postos de táxis e mototáxis; e, criação de binário nas duas principais avenidas do Maiobão, sendo paralelas cada uma opera em sentido contrário (avenidas de mão única), com isso modificou o fluxo em avenidas de grande movimento, garantindo fluidez, retornos de quadra, estacionamento seguro e faixas de pedestres para travessia. Outro setor de destaque da Secretaria de Mobilidade Urbana é a divisão de controle de frota de veículos de aluguel, que vem desempenhando papel de gestor das licenças, assim como a readequação dos pontos de táxis e mototáxis.

Figura 06 – Blitz Educativa



Fonte: Autor do Estudo (2020)

O transporte público coletivo foi pauta viva no primeiro ano de gestão municipal do trânsito em Paço do Lumiar. Um assunto polêmico e que deu muita visibilidade ao município em sua gestão do trânsito, foi a implementação do projeto de legalização dos carros-lotação. Em consulta prévia aos moradores do município, contatou-se que, historicamente, o município teve seu sistema de transporte público precarizado, tanto dos ônibus coletivos que fazem linha Paço do Lumiar - São Luís, quanto dos micro-ônibus (Transporte alternativo gerenciado pela Agência Estadual de Mobilidade Urbana e Serviços Públicos (MOB), autarquia estadual criada pela Lei nº 10.213/2015 que tem a competência de regulamentar os transportes intermunicipais). Com esse problema histórico agregado ao desemprego de grande parte da população luminense, surgiu o transporte alternativo dos carros-lotação, conhecidos popularmente como "carrinhos". Analisando o CTB, em seu artigo 135, os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo Poder Público concedente (BRASIL, 1997, art. 135, CTB). Entretanto, partindo para uma análise social, a gestão municipal por meio da SEMUR, após audiência pública, decidiu no ano de 2018 por regulamentar esse Serviço Compartilhado Opcional de Transporte de Passageiros, através de veículos de categoria particular, a partir do credenciamento de carros-lotação vinculados às cooperativas de transporte do município. Atualmente existem 03 cooperativas de carros-lotação em Paço do Lumiar (COOTRANSC, COOPERTRANS VSJ e COOTRANSTAXI). Porém, este artigo não se prende a este assunto especificamente, visto que se trata de tema polêmico, ainda sem normativo jurídico específico e carente de decisões reiteradas, porém como existem muitas discussões em nível nacional, servirá de tema de trabalhos futuros. Porém, cabe aqui destacar os principais pontos do decreto municipal 3255 publicado em agosto de 2018 que regulamentou o serviço compartilhado opcional de transporte de passageiros.

Art. 1º. O Serviço Compartilhado Opcional de Transporte de Passageiros no Município de Paço do Lumiar, constitui um serviço de natureza privada e de interesse público, a ser prestado através de Cooperativas, com sede em Paço do Lumiar e constituídas na forma da lei, até data da assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público, mediante autorização da Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana, criada pela Lei Municipal nº 738, de 20 de março de 2018, e de acordo com as condições estabelecidas neste Regulamento e legislações pertinentes. Parágrafo único. Compete à Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana de Paço do Lumiar,

conforme define o art. 21-A da Lei Municipal nº 738, de 20 de março de 2018, a regulamentação e normatização dos serviços e do uso de equipamentos de transporte públicos urbanos, bem como o planejamento, organização e fiscalização dos serviços de transporte urbano no Município de Paço do Lumiar. (PAÇO DO LUMIAR, 2018).

Ainda por esse decreto, após estudos e relatórios de viabilidade pela própria SEMUR, ficou definido o quantitativo de carros-lotação na proporção de 01 carro-lotação para cada 800 habitantes do município. Os requisitos para credenciamento foram definidos no decreto. O veículo para credenciamento passa por vistoria pela SEMUR e não pode ter idade superior a 10 anos de fabricação e deverá obrigatoriamente ser licenciado no município de Paço do Lumiar.

Figura 07 – Ação Educativa em Parceria com a Fiscalização do BPRv



Fonte: Autor do Estudo (2019)

Ficou definido ainda que:

Art. 24. Os veículos serão submetidos a vistorias, em local e data fixados pela Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana do Município de Paço do Lumiar, para verificação de segurança, conservação, conforto, higiene, equipamentos e características definidas na legislação federal, estadual, municipal, neste Regulamento e em normas complementares. § 1º. A periodicidade de vistoria dos

veículos será definida considerando o ano de fabricação do Veículo, conforme tabela abaixo. De menos de 5 anos – anual; De 5 a 10 anos – semestral.

Art. 30. A definição das tarifas a serem praticadas por rota é de responsabilidade das Cooperativas, podendo a Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana do Município de Paço do Lumiar, objetivando preservar o interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do serviço, propor reajustes de modo a evitar abusos e ônus desproporcional aos usuários.(PAÇO DO LUMIAR, 2018).

As ações acima descritas fizeram parte de todo o processo de municipalização do trânsito em Paço do Lumiar e as ações continuam, pois a gestão do trânsito deve ser contínua e eficaz, considerando a realidade local e planejando com objetivo na segurança viária e garantia da acessibilidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o processo de municipalização do trânsito em Paço do Lumiar, com a participação da sociedade civil e vários segmentos, assim como as atividades desenvolvidas tanto antes quanto após a integração ao SNT, são perceptíveis mudanças no fluxo viário e na gestão de trânsito no município.

Considerando que, infelizmente, os números da violência no trânsito ainda são assustadores e que municipalizar o trânsito é, de fato, uma ferramenta fundamental para o combate a essa violência; pois, os problemas da segurança viária são de responsabilidade de todos os entes, são problemas públicos de ordem nacional, estadual e municipal, devendo o Sistema Nacional de Trânsito ser entendido como uma engrenagem que para o seu pleno funcionamento, necessita da atuação de todos os entes citados. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2006, p. 29) “o trânsito seguro deve ser organizado e planejado, não apenas no que se refere à defesa da vida e à integridade física, mas também em relação à regularidade do próprio tráfego, de modo a facilitar a condução dos veículos e a locomoção das pessoas”.

Como resultado deste artigo, que teve como campo de estudo município de Paço do Lumiar, e como objeto de investigação a relação a relação entre a municipalização do trânsito, seus aspectos jurídicos e os impactos socioespaciais, foi possível compreender que municipalizar o trânsito é quando o Poder Público Municipal assume a sua obrigação legal de gerenciar o trânsito e a mobilidade urbana, preocupado com a segurança viária e a preservação da vida, garantindo um planejamento adequado ao desenvolvimento sustentável do município.

Com base na responsabilidade da Administração pública em qualquer esfera, o Mestre Julyver Modesto aduz em seu CTB digital que o ente federado é responsável civilmente pelos danos causados aos cidadãos, toda vez que houver uma relação de causalidade entre o prejuízo causado e a ação ou omissão do órgão público, independente de culpa ou dolo (intenção na produção do resultado).

Sobre este aspecto, o processo de municipalização do trânsito segue os princípios da legalidade e tem toda legislação definida para sua implantação, a exemplo deste estudo apresentou todo o percurso da integração de Paço do Lumiar, considerando os percalços e o êxito do processo.

Implantada a política municipal do trânsito em paço do Lumiar, é possível perceber os três pilares fundamentais e indissociáveis (Educação, Esforço Legal e Engenharia de tráfego). A gestão do trânsito deve considerar o trânsito como um fenômeno interdisciplinar e deve considerar e respeitar todos os atores usuários das vias. Focando nesses pilares da gestão do trânsito e cumprindo os requisitos legais para integração, Paço do Lumiar começa a demonstrar que um planejamento articulado, aliado à participação da sociedade civil e a força de vontade política, é possível gerenciar o trânsito, considerando o crescimento urbano do município, buscando um desenvolvimento sustentável da mobilidade urbana, da ocupação ordenada do solo, da acessibilidade e da inclusão social.

Por fim, destaco a educação para o trânsito como pilar de prioridade dos órgãos ou entidades de trânsito, seja em qualquer esfera, pois a educação é libertadora e transformadora dos cidadãos e da realidade, com o sempre defendeu nosso Mestre Paulo Freire. Falando especificamente do trânsito e sua municipalização, o exercício de educação para o trânsito é um dos requisitos fundamentais, tendo como pauta perene a proteção à vida, a partir da busca pela conscientização e sensibilização, proporcionando mudança comportamental de toda a sociedade, seja condutor ou não. É a busca por um trânsito seguro para todos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Julyver Modesto de. **Código de Trânsito Comentado**. Disponível em: <<http://ctbdigital.com.br>>. Acesso em 10 de mar de 2023.

BAVOSO, Natália Couto. **O Sistema Nacional de Trânsito e os municípios de pequeno porte**. Belo Horizonte, 2014. Dissertação (Mestrado em Geotecnia e Transportes) Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2014.

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

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF: 1997.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. Brasília, DF: 2001.

BRASIL. Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Brasília, DF: 2012.

CONTRAN. Resolução nº 560, de 15 de outubro de 2015, do Conselho Nacional de Trânsito. Dispõe sobre a integração dos órgãos e entidades executivos de trânsito e rodoviários municipais ao Sistema Nacional de Trânsito. Brasília, DF, 2015.

DENATRAN. **Estatísticas Gerais sobre Trânsito**. Brasília: DENATRAN, 2019.

IBGE. **Brasil em números: 2022**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2022. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 15 maio 2020.

MARANHÃO. Vara de Interesses Difusos e Coletivos. Mandado de Injunção Coletivo nº 0812802-14.2018.8.10.0001, Juiz Douglas de Melo Martins. DJ 15.02.2019. Sentença determinando o início ao processo de revisão do plano diretor. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em 01 maio 2023.

MENDES, Gleydson. A importância da municipalização do trânsito. **Sala de Trânsito**, 2018. Disponível em: <<http://www.saladetransito.com>>. Acesso em: 10 de mar de 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial sobre a Situação da Segurança no Trânsito 2018**. Genebra: OMS, 2019. (traduzido)

PAÇO DO LUMIAR. Prefeitura Municipal de Paço do Lumiar, Lei Orgânica do Município de Paço do Lumiar de 05/04/1990.

PAÇO DO LUMIAR. Lei nº 335, de 25 de setembro de 2006. Dispõe Sobre o Plano Diretor de Paço do Lumiar e dá Outras Providências. Paço do Lumiar, MA: 2006.

PAÇO DO LUMIAR. Lei nº 670, de 14 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a definição da Coordenação de Trânsito como órgão municipal de trânsito e dá outras providências. Paço do Lumiar, MA: 2015.

PAÇO DO LUMIAR. Decreto Municipal nº 3.113, DE 14 de julho de 2017. Aprova o Regimento Internoda Junta Administrativa de Recursos de Infrações – JARI. Paço do Lumiar, MA: 2017.

PAÇO DO LUMIAR. Portaria nº 1.112, DE 22 de novembro de 2017. Nomeia Membros da JuntaAdministrativa de Recursos e Infrações “JARI”. Paço do Lumiar, MA: 2017.

PAÇO DO LUMIAR. LEI nº 738, de 20 de março de 2018. Criação da Secretaria Municipal deMobilidade Urbana. Paço do Lumiar, MA: 2018.

PAÇO DO LUMIAR. Decreto Municipal nº 3.255, de 31 de agosto de 2018. Aprova o regulamento doserviço compartilhado opcional de transporte de passageiros no Município de Paço do Lumiar. Paço do Lumiar, MA: 2018.

PAÇO DO LUMIAR. Decreto Municipal nº 3.301, de 07 de fevereiro de 2019, que criou a Comissão Municipal de Estudos para a Revisão do Plano Diretor do Município de Paço do Lumiar/MA.Paço do Lumiar, MA: 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 6 ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projeto e relatórios de pesquisa**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS

NATÁLIA TAVARES FERNANDES COELHO:

Universidade Santa Cecília (Pós graduação, Direito da Família e Sucessões do Direito Digital ao Planejamento Sucessório), Santos-SP, Brasil⁶.

PATRÍCIA GORISH

(orientadora)

Resumo: Este estudo foi feito para aprofundar a necessidade de discutir o quanto a alienação parental pode ser prejudicial nos quesitos psicológicos para quem a vive. Sendo a pesquisa feita através da legislação, ressaltando as formas de identificação da prática do ato e do em si, os regimes de guarda que mais potencializam este tipo de comportamento, bem como todas as consequências para a criança ou o adolescente, e o genitor alienado.

Palavras-chave: Alienação parental 1; separação 2; psicológico 3; criança 4; lei 5.

Abstract: The aim of this study is to deepen the need to report how much parental alienation can be harmful in psychological aspects for those who live it.

For this, it is important to emphasize the forms of identification of the practice of the act and the itself, as well as all the consequences for the child or adolescent, and the alienated parent.

Keywords: Parental alienation 1; separation 2; psychological 3; child 4; Law 5.

Introdução

A Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental - SAP

A alienação é um fenômeno extremamente presente entre entidades familiares e é um tema pouco discutido e deveras delicado, sobretudo por ser comum ao decorrer de ações de divórcios litigiosos e guarda.

Considerando os seus efeitos psicológicos e emocionais negativos que geram danos, vezes irreversíveis para estas relações familiares, cumpre-se ressaltar que se trata de uma prática antiga e recorrente, sem devida proteção legal específica, porém, segundo Alexandris Figueiredo, com a atualização do Código Civil de 2002, foi viabilizada a proteção

⁶ E-mail: natares99@gmail.com

através da perda do poder familiar nos casos em que os genitores praticassem atos contrários a moral e aos bons costumes.

Já, o conceito da Síndrome da Alienação Parental - SAP, foi apresentada em 1985 pelo professor de psiquiatria clínica Richard Gardner no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos. Contudo, o termo síndrome, não é adotado pela lei brasileira, tendo em vista sua ausência no rol da Classificação Internacional das Doenças (CID), bem como por se tratar de um conjunto de sintomas provocados a partir do desfavorecimento de um genitor. (MADALENO E MADALENO, 2017, P.50).

Neste sentido, ressalta-se a distinção entre Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental, sendo a primeira uma campanha difamatória executada pelo alienador com o intuito de afastar os filhos do alienado, enquanto que a segunda consiste em problemas comportamentais, emocionais e em toda desordem psicológica que surge na criança ou no adolescente após a desmoralização do genitor alienado.

Objetivos

O presente estudo tem como objetivo aprofundar a necessidade de relatar o quanto a alienação parental pode ser prejudicial nos quesitos psicológicos para quem a vive.

Material e métodos

A pesquisa foi baseada no Instituto da guarda no ordenamento Jurídico Brasileiro. Juridicamente, a Lei nº12.318, que dispõe sobre a Alienação Parental, com o intuito de fixar parâmetros, caracterizar e estabelecer medidas de inibição dessa prática define justamente nos arts. 2º e 3º o que se considera como alienação parental:

‘Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (Grifos acrescidos).’

Ressalta-se que tal manipulação não é restrita apenas aos genitores, podendo ser também praticada pelos avós, tios ou qualquer pessoa que detenha a guarda ou a vigilância da criança e ou adolescente.

Reiteradamente, a síndrome é desencadeada nas disputas judiciais pela guarda dos filhos, em virtude dos sentimentos gerados através do relacionamento das partes como

por exemplo, em caso de traições, rejeições, abandono, “trocas”, dentre outros. Além disso, quando ocorrem distúrbios psíquicos que não sejam administrados corretamente pelos pais ou pelos avós, em âmbito pessoal, podem gerar conflitos interpessoais, como por exemplo, quando a responsabilidade de algo não é suportável em si próprio, passa a ser projetada no outro. Dessa forma, todas as mudanças decorrentes do fim do relacionamento e toda instabilidade emocional são capazes de levar os genitores a utilizarem os seus filhos como “instrumentos” de agressividade e de desejo de vingança direcionada a outra parte.

Segundo Madaleno (2017), trata-se de uma campanha coordenada pelo genitor detentor da guarda, com objetivo de incentivar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa aparente, o outro genitor, interferindo em sua consciência mediante diferentes estratégias de forma a obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião. Tais atitudes ocasionam uma forte relação de dependência e submissão emocional do menor com o genitor alienante. Por fim, com todo esse assédio instaurado, a própria criança acaba contribuindo para a própria alienação.

Outro ponto que vale destaque é que, ainda é gritante a preferência do judiciário pelas mães no momento da alienação, e ressalta-se também que este comportamento ocorre até mesmo quando os pais residem no mesmo local, tendo em vista o ponto de que o alienador possui características diversas, e de difícil conceituação, necessitando de uma forma “ardilosa” e silenciosa de agir.

Dias (2013), relata que uma das maiores consequências estudadas de forma negativa no decorrer deste processo que pode acontecer por conta da alienação é o denominado “efeito boomerang”, que é quando o filho que sofre a alienação, depois de alguns anos, descobre toda a realidade por trás, conhecendo dessa forma, o “outro lado” da história, e constata que durante toda a vida odiou um inocente. Dessa forma, Jordão (2008) completa dizendo que, enfim, o alienado descobre que só foi usado como objeto de vingança nas mãos do alienador e que todo sentimento negativo vivenciado por ele durante por vezes anos, não passou de um equívoco.

Resultados

Na situação apresentada no tópico anterior, o filho vive novamente outro momento difícil, passando por raiva, frustração e até mesmo um sentimento de culpa por ter acreditado fielmente em seu alienador. Alguns casos, infelizmente possuem fins trágicos, causando depressão, depressão profunda e até o suicídio de algum dos envolvidos. Já em outros casos deveras recorrentes, a frustração é tão grande, que aquele que um dia foi o menor alienado, começa a ter sentimentos de repulsa pelo alienador, invertendo totalmente a situação, passando a amar e desejar a convivência vezes perdida do outro genitor, gerando novamente um desequilíbrio na convivência familiar.

Por todo o exposto até então, se faz essencial que o Poder Judiciário tome medidas acerca do fenômeno da alienação parental, fazendo com que sejam apresentadas boas soluções para as partes envolvidas. Pois, ao preservar uma convivência familiar, não será apenas garantido o bem-estar dos genitores, como também haverá um desenvolvimento emocional para os infantes, que são as principais vítimas do fim do relacionamento amoroso dos pais.

Fica sob a responsabilidade da família, sociedade e Estado, garantir à criança e ao adolescente, com prioridade, o direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura, à liberdade, ao respeito, à dignidade, e à convivência familiar e comunitária, e ainda mantê-los protegidos da discriminação, exploração, opressão, crueldade e toda forma de negligência (SCANDELARI, 2013).

Desde o nascimento da crianças, pais ou aqueles que a criam, são responsáveis por transmitir valores, conceitos fundamentais e limites, para tornar a criança ou o adolescente apto para ter um bom convívio em sociedade. A maneira com o que a criança interage com os pais reflete de forma positiva ou negativa nos sentimentos de segurança e fortalecimento de sua autoestima.

Portanto, a tarefa de capacitar e educar os filhos deve ser desenvolvida tanto pelo pai quanto pela mãe, mesmo que ambos estejam separados, ainda tendo em vista as mudanças dos paradigmas familiares brasileiros, que distribui igualmente entre os genitores as responsabilidades para com os filhos, não se peca por insistir que é algo fundamental a participação do pai no processo do desenvolvimento emocional do filho. Porém, para que isso ocorra, é necessário diálogo entre as partes, sendo de grande importância ressaltar que no cenário familiar atual, não há mais espaço para um genitor expectador, que só visita o filho nos finais de semana, ou que somente paga pensão alimentícia, salvo em casos em que tais medidas sejam determinadas de forma a contemplar o melhor interesse da criança, pois cada caso é um caso, mas no geral, independente da separação é necessário que ambas as partes sejam presentes e participem da criação de seus filhos ou até mesmo de seus netos.

No caso de guarda unilateral, é necessário que ocorra uma parentalidade responsável, segundo Ricardo Barroso, a parentalidade é:

“A parentalidade são as ações que pais, avós, cuidadores precisam colocar em prática para educar e ajudar a criança a se desenvolver, desde a alimentação e o vestir, até oferecer estímulos para o desenvolvimento de habilidades.”

Neste cenário, pode-se entender que criar um filho significa também agregar situações no que diz respeito à vida familiar, velando para que tal criança ou adolescente seja um indivíduo sadio e dotado dos direitos da personalidade.

No quesito legislação voltada para o menor, a previsão constitucional dos direitos das crianças e adolescentes, está disposta no capítulo VII da Constituição Federal, com destaque para o art. 227, e tem como base os direitos fundamentais, conforme mencionado anteriormente neste texto.

O Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) complementa os ordenamentos constitucionais em foco na esfera legal, apontando que tanto a criança quanto o adolescente deve desfrutar dos direitos fundamentais particulares do indivíduo, sem qualquer tipo de dano a sua proteção integral, devendo-lhes ser proporcionado, através da lei ou até por outros meios, todas as possibilidades e comodidades, na intenção de desenvolver de forma plena o mental, o físico, o espiritual, moral e social em condições de liberdade e de dignidade.

Em 2008 entrou em vigor a Lei n. 11.698/08, que disciplinou a guarda compartilhada, alterando o Código Civil e deixando muito claro que a preferência é por esse tipo de guarda em oposição à guarda unilateral, e que mesmo quando fosse o caso de ser determinada a última, isso não exime o genitor não-guardião dos seus deveres para com seu filho, nem lhe retira os direitos decorrentes da parentalidade. Assim, visto à época, a lei já dava inequívoca prioridade à guarda compartilhada, utilizada pelo judiciário como ferramenta para combater a alienação parental.

Com a Lei n.13.058/14, novamente alterando o Código Civil quanto à guarda dos filhos, frisou-se que na guarda compartilhada o tempo de cada genitor com o filho seria efetivamente dividido e equilibrado, havendo atenção no tocante à possibilidade de presença de equipe multidisciplinar para orientar a divisão de atribuições entre os pais. A lei de 2014 ainda reforçou que, no caso de guarda unilateral, o genitor não detentor da guarda tem a obrigação e direito a informações e supervisão sobre o filho, mantendo-se integral seu poder familiar, demonstrando assim, a determinação de obediência ao melhor interesse da criança e do adolescente.

A alteração mais recente em tópico, também define sendo considerado o domicílio do menor a cidade que atender melhor aos seus interesses, e não aos interesses dos pais, além de resguardar seu direito de convivência com ambos os genitores ao estabelecer que o descumprimento do tipo de guarda estabelecida pode gerar sanções para quem a violar.

Por fim, a lei define a preferência à guarda compartilhada, conforme mencionado, ao prescrever que, não havendo acordo e estando ambos os pais aptos a exercer a guarda,

ela apenas será unilateral caso um dos genitores expresse ao magistrado que poderá considerar ou não, que não deseja ter a guarda do menor.

Segundo Trindade (2010), o divórcio pode afetar a criança de diferentes formas, nas mais variadas etapas e pode variar entre meninos e meninas. Vários aspectos devem ser considerados ao levar em conta uma separação, principalmente a adaptação da criança ao meio, a idade dela no momento da separação, o grau de conflito dos pais, o tipo de relação da criança com o genitor guardião e o não-guardião, a separação de figuras de apego, a relação residual dos pais, novos relacionamentos e até mesmo os aspectos econômicos. Portanto, a guarda compartilhada pode ser vista como uma das maneiras de reduzir a alienação parental.

Discussão

Deste modo, entende-se que o trabalho dos profissionais de psiquiatria, psicologia e assistência social que fazem parte da equipe multidisciplinar supramencionada, possuem papel fundamental nos casos de alienação parental, pois, estes profissionais estão capacitados para prevenir e diminuir as consequências em potencialidades que o operador do direito desconhece, tornando o sofrimento da criança ou do adolescente reduzido. Pois, ao traçar um perfil psicológico não somente do menor, mas também do alienador, a alienação pode ser de fato provada e em alguns casos descartada.

Conclusões

Através do exposto e discutido neste artigo, conclui-se que no que tange a guarda dos filhos em uma separação matrimonial, o que deve ficar sempre resguardado é o melhor direito da criança e do adolescente. Portanto, mesmo que a guarda venha a ser compartilhada, a indicação geral que gera melhores resultados no combate à alienação parental e quanto a benefícios no desenvolvimento do menor, é necessário que o Poder Judiciário analise caso a caso, pois cada um tem suas peculiaridades e nem sempre a guarda compartilhada será a mais eficiente para fins de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Nota-se, que a alienação parental ocorre de mais de uma maneira, por exemplo, quando ocorre algo reputado como até de alienação parental, ou quando um dos genitores cria na criança falsas imagens do genitor alienado fazendo com que ela ou ele se afaste do genitor, ou até mesmo, quando um genitor denuncia o outro de forma errônea. A lei da alienação parental veio para ajudar a identificar esses casos e também para prever as sanções aplicadas, e a melhor forma de amenizar os danos psicológicos provenientes da alienação parental, ou até mesmo evitar com que estes ocorram seria a presença da equipe multidisciplinar que foi citada neste artigo no momento em que ocorre a separação.

Referências:

DIAS, Maria Pricila Magro. Alienação parental: quando a implantação de falsas memórias decorre do exercício abusivo da guarda. <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-112/alienacao-parental-quando-a-implantacao-de-falsas-memorias-decorre-do-exercicio-abusivo-da-guarda/> Acessado em: 24/08/23.

DUARTE, Marcos. Alienação Parental: a morte inventada por mentes perigosas. 2010. <https://ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/516>. Disponível em: . Acesso em: 24/08/23

SANTOS, Soraya. Projeto de Lei nº 10712/2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1679737&filename=Tramitacao-PL+10712/2018. Acesso em: 24/08/23.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 27/08/23.

MADALENO, Rolf. Direito de família - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MACHADO, Letícia Carreiro Pires. Alienação Parental. Brasília, 2016. Monografia de conclusão de curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

ANTÍGONA E SEU JULGAMENTO

GUILHERME ABRAMOVITCH MAY:
Graduado em direito na UFRJ e pós-graduado em direito público e privado na EMERJ⁷.

Resumo: O objetivo do trabalho é apresentar a tragédia de Antígona, sob uma perspectiva histórica. Mostrar como a justiça, interpretada à luz de seu tempo, pode ser influenciada por disputas de poder. Nesta peça teatral, o crime é visto sob óticas distintas e submetido a julgamentos: pela lei dos deuses ou pela lei dos homens, o que determina diferentes sentenças e destinos

Palavras-chave: Antígona; julgamento; poder.

Abstract: The aim of this work is to present the tragedy of Antigone, from a historical perspective. Show how justice, interpreted in the light of its time, can be influenced by power struggles. In this play, the crime is seen from different perspectives and subjected to judgment: by the law of the gods or the law of the men, which determines different sentences and fates.

Keywords: Antigone; judgment; power.

Sófocles⁸, no início do século V (430 a.C), escreve a história trágica do personagem *Édipo Rei*. A lenda do rei de Tebas, cujo nome está para sempre relacionado a crimes, causou pavor e repulsa aos gregos na Antiguidade – parricídio e incesto. Esta obra prima dá origem à trilogia *Édipo em Colona* e a *Antígona*.

O destino trágico dos personagens une essas peças teatrais, deixando o legado da desgraça para Édipo e seus quatro filhos: Etéocles, Polinice, Antígona e Ismênia. *Antígona* (442 a.C), encena a tragédia da boa filha, que morre por obedecer aos mandamentos divinos, em contraposição à vontade despótica de um tirano. Sófocles, pensa o homem como o centro do mundo, mas, também, crê na predestinação e no poder dos deuses.

A peça *Antígona* apresenta a ambição de dois irmãos, Etéocles e Polinices, pelo trono de Tebas. Eles se digladiam pelo poder e lutam até a morte um do outro. Com isso,

7 E-mail: guilhermeabramovitch@gmail.com

8 Junto com Ésquilo e Eurípedes, são considerados os principais dramaturgos da Grécia antiga.

assume o reinado Creonte, irmão de Jocasta, que fora a esposa de Édipo⁹. O primeiro édito de Creonte diz respeito aos funerais de seus sobrinhos, Etéocles e Polinices.

Fica decretado que, o corpo de Etéocles receberá o cerimonial devido aos mortos e aos deuses. Já Polinices, terá destino diferente. Seu corpo será largado a esmo, sem direito a sepultamento, deixado às aves de rapina e aos cães para os dilacerarem.

Creonte entende, que este ato serve de exemplo para todo aquele que pretenda intentar contra o governo de Tebas. Isto porque, Polinices quando ataca a cidade para tirar o governo do irmão, interrompe a política de revezamento do poder, previamente acordada entre as partes. Ao saber do édito, Antígona afirma não permitir que o corpo do irmão permaneça sem os ritos sagrados, mesmo que tenha de pagar com a sua própria vida. Assim, mostra sua insubmissão às leis humanas, por estas irem de encontro às leis divinas: “desonra os mortos e despreza as leis divinas”. (SÓFOCLES, 2002, p.85)

No primeiro episódio, Creonte é informado por um guarda, que o corpo de Polinices recebe uma camada de pó; com isso sua palavra é desrespeitada e sua autoridade colocada à prova. Creonte se enfurece ainda mais, e, então, o *coro* interroga e questiona a participação divina no destino dos homens. Então, entra o primeiro estásimo², quando o *coro* exalta a capacidade do homem.

No segundo episódio, o guarda descobre que a rebeldia provém de Antígona, e a conduz até o rei Creonte. Trava-se, em seguida, um duelo entre ideias e ideais: de um lado a ré – em sua defesa, sustenta o cumprimento às leis dos deuses, às quais são mais antigas e, segundo ela, superiores às terrenas.

Do outro lado, o inquisidor mostra que ela incorre em erro, explica os seus motivos e suas razões, mas cada um continua impávido em suas próprias crenças. Creonte manda chamar, nesse momento, a outra irmã da ré – Ismênia –, que mesmo sem concordar com o ato de Antígona, confessa o crime que não cometera. Mesmo assim, não recebe a admiração da irmã, única e real transgressora, e terminam ambas condenadas à morte.

O segundo estásimo reflete sobre as maldições que se acumulam na dinastia dos Labdácidas. O diálogo travado entre Creonte e seu filho Hemon – futuro marido de Antígona –, já no terceiro episódio explicita a honradez do jovem rapaz e a sua submissão às ordens paternas. Contudo, traz argumentos concretos a favor da defesa de sua amada, exalta a contestação do édito pelo povo nas ruas, mostrando o quanto a cidade de Tebas está de acordo e apoia o feito dela.

⁹ Édipo se cega, quando descobre pelo oráculo de Delfos, que Jocasta sua mulher, é também sua mãe.

Nesse ponto, o autor mostra que a vaidade e o poder tomam conta de Creonte, quem acredita ser o único a ordenar e a governar aquele país: “A cidade, acaso, me dirá como devo agir?” (SÓFOCLES, 1999, p.55, linha 734) e “A cidade não pertence a quem governa?” (p. 56, linha 738). O filho tenta trazer o pai à razão, dizendo-lhe que o seu soberano poder está desrespeitando as honras devidas aos deuses. A discussão se acalora, e chega ao auge: Hemon ameaça se matar, caso o pai não revogue a condenação. Creonte entende esta fala do filho como uma intimidação, e com sua tirania decide tornar ainda mais cruel a pena de Antígona – aprisionada numa caverna com poucos alimentos, para ter um lento final de vida.

O quarto episódio mostra as lamentações de Antígona. Percebe-se tentativa de insuflar o povo a se revoltar contra o governo autoritário de Creonte, mas, outrossim, mostra sentimentos de autocomiseração, como as encontradas na seguinte fala:

Eis-me, cidadãos da minha pátria,
a trilhar o derradeiro caminho,
a contemplar os últimos raios de sol.

Este é o fim. A acolhedora
morte me leva viva [...]

Noiva serei de Finados. (SÓFOCLES, p. 62-63, linhas 810-815)

Nesse momento, o *coro*, no quarto estásimo, faz comparações com outros personagens mitológicos, também emparedados.

No quinto episódio, entra em cena Tirésias, adivinho conhecido e respeitado. Adverte Creonte do mal que irá se abater em sua vida, pois devido à sua teimosia os deuses estão furiosos. Mas, ele se mantém irredutível. Após a partida de Tirésias, é, finalmente, convencido pelo *coro* a libertar Antígona e a sepultar Polinices.

Porém, quando Creonte tenta restaurar a ordem na cidade e revogar seus atos, permitindo o enterro de Polinices com as honrarias necessárias, ele se depara com o suicídio de Hemon, ao lado de Antígona, também morta. Após esta nova tragédia, Creonte ainda encontra mais outro suicídio, o de sua mulher, em virtude da morte do filho.

Tese da defesa de Antígona

Para defender a postura de Antígona, deve-se contextualizar a época em que a peça é escrita e encenada. A sociedade na Grécia antiga é machista, portanto, apenas homens participam da vida pública. Desse modo, não é de se estranhar o fato de uma mulher ser desrespeitada e não ouvida, ponto importante para entendimento do caso. Cabe a reflexão: numa civilização machista e patriarcal, em que o papel da mulher se resume a trabalhos domésticos, permite-se ou leva-se a sério uma mulher lutar contra um decreto de um tirano?

Outro ponto a ser entendido são as crenças locais, da época da tragédia. O povo grego é apegado aos seus deuses e os respeitam, os amam e os temem. Antígona se utiliza dos deuses para justificar sua insubordinação ao édito de Creonte. Na linha 519, Sófocles escreve “A lei do Reino dos Mortos é igual para todos”. (1999, p.40) Assim, ela sustenta sua posição de apego às leis dos deuses, em preferência à lei dos homens.

Esse pensamento, remete ao debate sobre os direitos naturais. Pode-se dizer que à época, o direito natural, em quase sua totalidade são constituídos por leis religiosas, consideradas mais importantes e preservadas do que as normas humanas. Os gregos, apegados à mitologia, reverenciam todos os seus 12 deuses. A religião grega só é superada com o surgimento da filosofia, a qual emerge posteriormente à peça. Logo, Antígona está correta ao exigir o cumprimento da lei, que, teoricamente, é anterior e mais importante do que o édito de Creonte.

Além dessas questões, é possível entender que embora haja pequenas manifestações contra o Tirano, ocorrendo em Tebas, como expostas nas linhas 690 à 695 por seu filho Hemon, Creonte segue intimidando o povo, que aceitava calado a suas ordens,

“Tua imagem intimida o homem do povo

que não se atreve a pronunciar palavras

[que não te agradariam.

Eu, no entanto, ouço, às escondidas,

como a cidade lamenta a sorte desta jovem,

de todas as mulheres a que menos merece

morte extremamente aviltante

[por ação inquestionavelmente bela.” (SÓFOCLES, 1999, p.52-53)

Entende-se, pois, que o povo está contra a posição de Creonte, mas por temerem seu poder, não se rebelam. O medo da população é real, em função da brutalidade com a qual Creonte lida com problemas. Uma dessas atitudes despóticas é descrita na linha 325 até a linha 327, quando ameaça, sem provas e levemente, um guarda por aceitar dinheiro para o sepultamento de Polinices: "O que julgo não é da tua conta. Se não me apresentardes os culpados, vereis que o lucro desonesto traz desgraça". (SÓFOCLES, 1999, p.27-28)

Ao olhar às tradições e costumes das sociedades em determinadas épocas, é possível entender e valorizar a atitude de Antígona, bem como de toda a civilização humana. Esta é marcada por atitudes heróicas individuais ou de grupos minoritários, aos quais representam a vontade reprimida do coletivo. Como exemplo dessas atitudes, temos Nelson Mandela, Martin Luther King, Mahatma Gandhi, os movimentos abolicionistas ao redor do mundo durante os séculos XVIII e XIX, os movimentos sociais que combateram as ditaduras na América do Sul e outras centenas de nomes e de grupos, que como Antígona enfrentaram e enfrentam a opressão em busca de valores éticos e por justiça.

No final da peça, Creonte reconhece que seu édito estava equivocado e visa restaurar a ordem em Tebas. Porém, ao voltar atrás e permitir o enterro de Polinices, é tarde demais.

Diante dos fatos apresentados, depreende-se que, Antígona é inocente por ser vítima do machismo, numa sociedade em que a mulher não tem voz, e, também, por defender as leis mais importantes da Grécia antiga, as leis divinas. Antígona é mártir do povo oprimido, obrigado a respeitar à contra gosto, os caprichos e a tirania de seu rei.

Tese da acusação de Antígona

Ao acusar Antígona, deve-se entender os motivos pelos quais Creonte não permite que seu irmão, Polinices, fosse enterrado com as honras devidas. Para isso, é preciso relembrar a narrativa: Édipo sai de Tebas e o reino passa a ser disputado por seus dois filhos, Polinices e Etéocles. Polinices se casa com a filha de Andrastos, rei de Argos, e juntos atacam Tebas na chamada expedição dos "Sete contra Tebas". Esta guerra, "não deu em nada", e os dois irmãos decidem por um combate entre eles, em que ambos morrem.

Com a morte dos irmãos, o trono é herdado por Creonte, tio deles, que faz todas as honras fúnebres para Etéocles e deixa Polinices largado, no local onde morreu, proibindo qualquer um de tocá-lo. Pergunta-se, como pode Creonte ser generoso com um sobrinho e cruel com o outro? Simples a resposta. Polinices, considerado traidor da pátria por se aliar a um povo inimigo, pensa apenas em causa própria e almeja o trono de Tebas. Logo, Antígona não tem razão ao defender o irmão, em atitude movida por sentimentos

fraternais, sem levar em conta a ética e a justiça. Ao burlar o édito de Creonte, Antígona foi de encontro à ordem de Tebas, mantida por decreto do governante.

A argumentação usada por Antígona, baseada nas leis dos deuses, apesar de ser comum à época, não pode ser mais relevante do que as leis de Creonte. O povo delegou os poderes a ele, e assim o tirano pode fazer o que bem lhe provém, pois assim funcionam os sistemas políticos na Grécia antiga, com exceção da democracia ateniense. A ordem da cidade é mantida pelo rei, e ao desacatar um decreto seu, Antígona provoca a desordem unicamente por um desejo pessoal.

Logo, nota-se que Antígona se comporta de maneira egoísta, ao transgredir uma norma estatal, se valendo de princípios metafísicos e de valor menor que as leis elaboradas por quem realmente governa a cidade. Por isso, Antígona é culpada por incitar a desordem pública e desacatar a ordem da autoridade constituída, por pensar, exclusivamente, no que ela julgava ser o certo, sem se importar com o que pensava toda a população de Tebas.

Sentença final do caso

O caso de Antígona continua sendo estudado e debatido, por diversas correntes de pensadores ao longo dos séculos. À polêmica em torno de argumentos favoráveis, tanto da acusação quanto da própria defesa, pode-se chegar à posição de julgá-la inocente.

Os aspectos principais, que faz interpretar sua atitude como correta, são: a perspectiva da época, em que a lei dos deuses deve ser respeitada acima de qualquer outra. Ainda naquela época, o machismo faz com que a heroína seja desrespeitada e desvalorizada. Esses dois pontos, somados à intolerância e ao despotismo de Creonte, vêm corroborar a sua inocência.

Além disso, a tese da acusação quanto Antígona ser egoísta, por insubordinamento ao édito de um tirano, é inválida como premissa verdadeira e universal. Se isso fosse verdade, ninguém poderia se rebelar contra nenhuma lei que não julgasse justa. Por exemplo, seria egoísmo se alguém desrespeitasse às leis nazistas?

Por fim, o fato de Creonte voltar atrás em sua decisão, e decidir enterrar Polinices, trata-se de admissão de erro. Há, entretanto, de se valorizar os argumentos da acusação e conclui-se que as teses apresentadas pela defesa são mais consistentes, precisas e sustentáveis.

Referências bibliográficas

GOYARD-FAVRE, S. *Os Princípios Filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Editora

Martins Fontes, 2002.

SABADEL, A.L. *Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma Leitura Externa do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SÓFOCLES. *Édipo&Antígona*. São Paulo: Editora Martins Claret. Trad. Sir Richard Jebbs, 2002.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donaldo Schüler, Porto Alegre: L&PM Pocket, 1999.

TEORIA DAS OBRIGAÇÕES NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

WALDOMIRO GOMES NETO: Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM)¹⁰

GUSTAVO GRANA PEREIRA DE MENEZES¹¹

(coautor)

RESUMO: Este trabalho objetiva incentivar o debate acadêmico a respeito das obrigações tributárias, e quais características que lhe cabem, e se é válido o chamarmos de “obrigação tributária”, levando em conta a teoria das obrigações da seara civil, apesar da unicidade do direito, e ainda traçar linhas gerais para a conceituação do mesmo advinda da própria seara tributária, pois visa-se desvinculá-lo da teoria obrigacional do direito civil, examinando ainda a doutrina e a legislação em vigor com os respectivos corolários no ordenamento jurídico vigente com a adoção de novas teorias para conceituar aquilo que se chama de obrigação tributária.

Palavras-Chave: Direito tributário. Obrigações tributárias. Teoria das obrigações. Teoria dos interesses. Teoria da cooperação.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva incentivar o debate acadêmico a respeito das obrigações tributárias, e quais características que lhe cabem, e se é válido o chamarmos de “obrigação tributária”, levando em conta a teoria das obrigações da seara civil, apesar da unicidade do direito, e ainda traçar linhas gerais para a conceituação do mesmo advinda da própria seara tributária, pois visa-se desvinculá-lo da teoria obrigacional do direito civil. Examinando ainda a doutrina e a legislação em vigor com os respectivos corolários no ordenamento jurídico vigente com a adoção de novas teorias para conceituar aquilo que se chama de obrigação tributária.

Trata-se de uma matéria extremamente relevante para o direito tributário, a ponto de todos os doutrinadores deste campo de estudos dedicarem um capítulo à parte apenas para tratar da questão em seus respectivos livros.

Vale explicitar ainda que não possui a pretensão de contrariar tantos bons autores que divergem do que será exposto a seguir, afinal quase a unanimidade da doutrina adota

¹⁰ E-mail: netosque99@gmail.com

¹¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). E-mail: gustavogranam@hotmail.com

a teoria das obrigações civis como a correta, a fim de se identificar a natureza deste vínculo jurídico entre o tributador e o tributado.

2 DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

A obrigação tributária é *“a relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, não fazer, ou tolerar algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e o Estado tem o direito de constituir contra o particular o crédito”* (Machado, 2012, p.125).

Vale ainda explicitar que as obrigações de não-pagar (fazer, não fazer ou tolerar algo) são tidas como obrigações acessórias, e as de pagar (ou prestar dinheiro ao Estado) são tidas como obrigações principais, é como preceitua o art. 113 do CTN:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

A doutrina e a jurisprudência nacional usam da teoria das obrigações do direito civil, para conceituar e, assim, determinar as feições das obrigações tributárias, vale dizer: *“o vínculo transitório decorrente de um ato-fato jurídico, que caracteriza credor e devedor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica”* (Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1979. v. IV, p. 8).

Neste diapasão, as obrigações tributárias possuem a característica de serem *ex lege*, isto é, elas não são decorrentes da mera vontade das partes, e sim da lei, afinal, conforme preceitua as próprias doutrinas civilistas, as obrigações são decorrentes de lei (*ex lege*), de contratos, atos ilícitos e abusos de direito, atos unilaterais e títulos de crédito. No caso das obrigações decorrentes de tributos, estas são sempre *ex lege*, as quais são constituídas por meio de um ato-fato jurídico, chamado fato gerador, e a tipificação em lei, chama-se hipótese de incidência do tributo.

“O fato gerador pode ser classificado quanto ao momento de sua ocorrência – critério temporal-, podendo ser considerado instantâneo quando consistir em fato isolado que ocorra num determinado momento plenamente identificável, como a saída do produto industrializado do estabelecimento industrial (IPI). Quando a situação jurídica se perpetuar no tempo, como a propriedade de um imóvel, o fato gerador é considerado continuado. O denominado fato gerador de período é aquele composto por diversos fatos considerados em conjunto, como os rendimentos anuais de pessoa física.” (PAULSEN, 2013, pp. 141, 142).

No entanto, apesar de essa ser a teoria quase unânime nacionalmente, há de se questionar a sua validade e aplicabilidade ao direito tributário, pois neste campo analítico, vê-se que a adoção de tais doutrinas acarretou no ordenamento jurídico vigente, e até na *praxe* laboral da Administração Tributária, um verdadeiro distanciamento da neutralidade que, à *prima facie*, o fisco deveria assumir.

Afinal, o próprio conceito de obrigação no âmbito do direito civil possui diversos pressupostos, como a característica patrimonial das relações, típica da própria seara cível, assim como pressupostos teóricos imersos na dinâmica do direito privado.

3. DAS CRÍTICAS ÀS TEORIAS CIVILISTAS DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

A primeira crítica que se deve fazer a aplicação das doutrinas civilistas ao ramo do direito tributário, destarte a unicidade do direito, é a própria área de atuação, enquanto no âmbito civil há, ao menos, a subjacência do interesse individual, na tributária as condições necessárias para se valer os interesses da coletividade. Em outras palavras, a teoria civilista aponta como pressuposto das obrigações a vontade ou o interesse das partes, enquanto no âmbito tributário, como pretendo argumentar, o lastro obrigacional não está calcado em vontade ou interesse algum.

Em outras palavras, a doutrina trata o direito de cobrança por parte do Estado, como se fosse uma espécie de direito potestativo, isto é, o direito do credor de constranger o devedor a pagar, no entanto não se trata de qualquer volição ou de “interesse” do Estado de agir em cobrar o crédito tributário. Trata-se de dever de tributar como *conditio sine qua non* de existência do próprio Estado, cuja tributação, mesmo não sendo de seu interesse público primário ou secundário, deverá ser instituída.

O segundo aspecto das obrigações do direito civil, a qual não podemos aplicar à seara tributária é o seu pressuposto imaterial/espiritual, a qual se dá pelo binômio do

schuld/haftung, que muitos os traduzem, respectivamente, para o direito tributário, como crédito tributário e responsabilidade em caso de inadimplemento.

Contudo, a paralelidade não se sustenta, pois o referido binômio civil pressupõe o descumprimento do dever jurídico pelo sujeito passivo, é como dispões André Mendes Pereira¹²:

“Reitere-se que a conversão de schuld em haftung pressupõe o descumprimento do dever jurídico pelo sujeito passivo. Já a transformação da obrigação em crédito tributário pressupõe apenas a prática do lançamento – e não o descumprimento da obrigação pelo contribuinte. Portanto, a se pretender uma analogia perfeita com os preceitos clássicos, apenas o descumprimento da obrigação tributária pelo contribuinte faria surgir o crédito tributário, o que, obviamente, não se sustenta diante da legislação nacional. Com efeito, a simples prática do fato tributário é suficiente para fazer surgir o crédito e também a obrigação tributária que, por sua vez, se torna exigível quando transcorrido o vencimento. O que ocorreria a partir do lançamento, portanto, seria apenas a elevação do nível de eficácia do direito da Fazenda Pública, mas não a criação de uma nova figura jurídica – o crédito – que seria diversa da obrigação tributária. O lançamento caracterizaria, assim, mera etapa procedimental a reforçar a exigibilidade do crédito.”

Conforme o próprio referido autor, “surgida a prática do fato gerador, nascem imediatamente o dever jurídico para o contribuinte e o direito subjetivo para o fisco”, veja que, com base na legislação tributária, a posição de credor por parte do Estado é sempre tratada como direito subjetivo, no entanto, o papel do fisco é verificar o *quantum* a ser pago por meio de processo administrativo, assumindo uma posição de imparcialidade perante o contribuinte, orientando-o, com base no ordenamento jurídico positivado vigente, a respeito do que, quando e quanto se deve pagar, e até onde.

Poder-se-ia ainda alegar que o supratranscrito binômio, nas obrigações tributárias, continuam a caracterizá-lo, apesar de concordar, deve-se fazer a ponderação de que, diferentemente das civis, não existe crédito sem responsabilidade, e este último não existe sem o primeiro, ou seja, não há uma independência de um com relação ao outro, pois a obrigação tributária está desconexo da ideia de crédito\responsabilidade, pois a cobrança

¹² Constituição do Crédito Tributário, <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/304/edicao-1/constituicao-do-credito-tributario> > Acessado em 14/02/2023.

não se dá com o descumprimento, pelo contrário, ocorrendo o fato gerador, há tanto crédito quanto responsabilidade, e o lançamento sendo apenas a eficácia da legislação que dispõe sobre aquele tributo incidente.

Uma outra crítica a ser feita está relacionada ao fato de que não necessariamente a obrigação tributária terá caráter patrimonial, como ocorre na seara civil, e sim, uma forma de induzir determinados comportamentos na sociedade; trata-se do fenômeno da extrafiscalidade, que, apesar de ser uma técnica de se tributar, é também um pressuposto da própria tributação, pois este, independentemente da natureza do tributo, é modificador de comportamentos, seja na elisão, seja no desincentivo ao consumo, e isto é levado em conta quando se traçar tanto quais tributos serão instituídos e criados quanto a alíquota e a base de cálculo a ser determinado, além das obrigações acessórias, por consectário lógico.

Neste íterim, a obrigação tributária advém de uma atividade de incumbência do Estado, a atividade de tributar, a qual visa atingir não só a mera arrecadação, mas estruturar a sociedade por meio da indução de comportamentos e investimentos provenientes da arrecadação, e, neste sentido, ter-se-ia o que se chama de "interesse público", o qual não tem necessariamente, como já demonstrado, caráter patrimonial.

Apesar de tratar dos interesses que envolvem a obrigação tributária, devo salientar que a presença dos mesmos possui caráter acidental, pois a atividade de tributar é corolário da existência do próprio Estado, não cabe a ele se escusar de cobrar tributo, não se trata, pois, de um direito subjetivo e potestativo estatal.

3.2 DOS COROLÁRIOS DAS TEORIAS OBRIGACIONAIS CIVILISTAS

A quarta crítica a ser feita está relacionada com a *praxe* administrativa que vemos no Brasil por parte do Fisco, ao tratar a cobrança do tributo e a fiscalização do mesmo, como verdadeiro interesse por parte do Estado, o que está errado, pois o papel do Fisco é traçar os limites do tributo devido, isto é, quanto, como e quando se deve pagar, assumindo posição de neutralidade, aplicando somente as disposições provenientes do ordenamento jurídico. Desta forma, fica a cargo do fisco aplicar tais normas da forma mais benéfica possível ao contribuinte, sem que este se preocupe com os cofres públicos ou com o nível de arrecadação do ente federativo ao qual esteja submetido.

A verdade é uma, o Fisco atualmente no Brasil opera sempre conforme interesses políticos e arrecadatários, sendo um verdadeiro defensor dos cofres públicos, sempre criando regras infralegais que prejudiquem o contribuinte, que facilitem a fiscalização e aumente a arrecadação.

À *prima facie*, a neutralidade do Fisco deveria ser considerada como primordial e basilar de qualquer ordenamento jurídico que se diz como Estado de direito, pois, como exposto por Ricardo Seibel, orientado por Humberto Ávila, a neutralidade é consequência do próprio princípio da igualdade, além da livre concorrência¹³.

No entanto, como pretendo sustentar, estes problemas são meros corolários do sistema tributário adotado, e, em grande parte, pela adoção da teoria civilista para explanar as obrigações tributárias.

Em primeiro lugar, o direito à cobrança dos créditos tributários é tratado pelo CTN como uma “pretensão”, isto é, como se tal direito fosse de caráter subjetivo do Estado, como pressupõe o instituto da prescrição de créditos tributários, disposto no art. 174 do CTN:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único.

A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”

Neste ínterim, tal instituto não deveria ser aplicado ao âmbito das obrigações tributárias, pois o direito de cobrança ao crédito tributário não possui caráter subjetivo e, portanto, não há que se falar em pretensão.

Em outra perspectiva, dever-se-ia somente existir, no âmbito das obrigações tributárias, somente o instituto da decadência, visando a estabilidade do direito, mas sem pretensão, no caso, apenas o art. 173, do CTN:

¹³ Livre Concorrência e o Dever de Neutralidade Tributária, Ricardo Seibel de Freitas Lima, 2005.

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

O papel de defensor dos cofres públicos, por parte do Fisco, é evidenciado pela própria tratativa da doutrina:

“A ação de execução fiscal é via processual adequada para o sujeito ativo da relação tributária, munido da Certidão de Dívida Ativa (CDA) como título executivo extrajudicial, buscar a satisfação compulsória do seu crédito perante o sujeito passivo, seja contribuinte ou responsável tributário. A execução fiscal também se presta para a cobrança da dívida ativa não tributária.”(PAULSEN, 2013, p. 351).

Veja-se que o Fisco é tratado pela doutrina, de Leandro Paulsen e muitos outros doutrinadores, como meio pelo qual o Estado busca a satisfação compulsória de seu crédito, por meio do ingresso a ação de execução; o que não está errado, adotando-se a teoria civilista das obrigações tributárias e o próprio ordenamento jurídico vigente.

No entanto, adotando-se o que fora argumentado no decorrer deste trabalho, apenas a decadência deveria prosperar no ordenamento jurídico, e o Fisco assumiria seu papel constitucional de neutralidade, não atendendo nem os interesses governamentais do Estado, nem do contribuinte. Por consequência, adotar-se-ia, pelo legislador, regras que tornassem o Fisco mais independente do poder executivo, e não como órgão dependente de um Ministério.

Ainda assim, poder-se-ia arguir que estaria confundindo o direito à Ação Judicial, como meio de satisfação de crédito, com o próprio Fisco, no entanto, vale salientar que

este último representa o Estado através de seus agentes, conforme teoria da imputação volitiva de Otto Gierke¹⁴, enquanto aquele é o direito de pretensão de satisfação do crédito.

Não cabe ao Estado exercer ou não seu direito de executar o crédito tributário que lhe é devido, ele deve, e, falhando seus agentes, devem os mesmos serem punidos nos ditames da Lei, pois a fórmula é relativamente simples: gerando-se o fato gerador, já se tem a obrigação tributária como existente no momento do ocorrido, sendo o Lançamento apenas um ato administrativo complexo que confere eficácia e exigibilidade a um crédito, vale dizer, já constituído.

Além de tudo o que já foi exposto, o princípio do *in dubio pro* contribuinte, previsto no art. 112 do CTN, por consectário lógico, deveria ser estendido às técnicas de interpretação da norma tributária pelos órgão reguladores, e não se ater, tal preceito, às aplicações das leis tributárias que determinem infrações e penalidades, principalmente as interpretações criadas pelas resoluções da Administração Tributária, a qual quase sempre opera, como já dito, em benefício dos cofres públicos, aumentando, sempre que possível, o ônus conferido ao contribuinte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão que se impõe, mediante os argumentos apresentados, é apartamento conceito do vínculo jurídico estabelecido nas obrigações tributárias com as teorias obrigacionais civis, pois a atividade de tributar por parte do Estado é atinente à sua própria existência e necessidade, conforme, é claro, seus objetivos, princípios e custos que são comuns a todos os Estados indistintamente.

Nesta lógica, não cabe à Administração Tributária, representando o Estado (teoria do imputação volitiva), exercer em nome dele, o direito subjetivo e potestativo de se constranger o contribuinte a pagar, por não se tratar de direito subjetivo, e sim de necessidade de existência do Estado, isto é, não cabe às obrigações tributárias a volição dos interesses patrimoniais civis, a própria fonte da obrigação tributária não é decorrente de um ato jurídico em sentido estrito, basta ocorrer o fato tipificado em lei para o surgimento do dever de pagar.

Neste sentido, afasta-se também das obrigações tributárias a distinção entre crédito e responsabilidade, afinal, nesta seara um não existe sem o outro (teoria monista), diferentemente das obrigações civis.

¹⁴ Teoria do Órgão de Otto Gierke < <https://lincoln paulino99.jusbrasil.com.br/artigos/930986993/teoria-do-orgao-de-otto-gierke-teoria-da-imputacao-volitiva> > Acessado em 22/02/2023.

Em outra perspectiva, o Fisco e a Fazenda Pública deveriam assumir um papel de neutralidade em relação ao contribuinte, com o único objetivo institucional de determinar o *quantum* a ser pago, bem como orientá-lo, afinal a neutralidade do Fisco deveria ser considerada como primordial e basilar de qualquer ordenamento jurídico que se diz como Estado de direito, pois a neutralidade é consequência do próprio princípio da igualdade, além da livre concorrência.

O conseqüente ordenamento jurídico imposto pelas razões supracitadas é a abolição da "pretensão estatal" no ingresso de uma ação de cobrança em dívida ativa, extirpando a prescrição, e assumindo a mera decadência.

5 REFERENCIAL TEÓRICO

Decreto-Lei nº 82/1966 (Código Tributário Nacional).

Constituição Federal de 1988.

Fato Gerador da Obrigação Tributária como Ato-Fato Jurídico; José Antônio Ferreira Garrido.

Direito Tributário Brasileiro, 24ª edição; Luciano Amaro.

Curso de Direito Tributário, 11ª edição; Leandro Paulsen.

Conjur. Neutralidade tributária para consolidar concorrência, 2012; Maurício Pereira Faro e Sergio André Rocha. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-21/neutralidade-tributaria-fator-fundamental-livre-concorrencia#:~:text=A%20neutralidade%20dos%20tributos%20em,de%20competi%C3%A7%C3%A3o%20dos%20agentes%20econ%C3%B4micos>> acessado em 14/02/2023.

Constituição do Crédito Tributário, <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/304/edicao-1/constituicao-do-credito-tributario>> Acessado em 14/02/2023.

Teoria Geral das Obrigações, Conceito e Fonte das Obrigações, <https://lincoln paulino99.jusbrasil.com.br/artigos/845223857/teoria-geral-das-obrigacoes-conceito-e-fonte-das-obrigacoes> > Acessado em 14/02/2023.

Teoria do Órgão de Otto Gierke <<https://lincoln paulino99.jusbrasil.com.br/artigos/930986993/teoria-do-orgao-de-otto-gierke-teoria-da-imputacao-volitiva> > Acessado em 22/02/2023.

Livre Concorrência e o Dever de Neutralidade Tributária, Ricardo Seibel de Freitas Lima, 2005.

O DIREITO E OS PROCESSOS DE GESTÃO DE PESSOAS NO SERVIÇO PÚBLICO

BRUNO DA SILVA AMORIM: Acadêmico de Direito pela Universidade Católica de Pelotas e de Gestão Pública pela Universidade Federal de Pelotas. Participa do projeto de extensão "Direito na Comunidade: Direito na Rua", além de integrar o coro representativo do Instituto Brasileiro de Direito de Família¹⁵.

RESUMO: A gestão de pessoas no serviço público é uma área que visa controlar, organizar e promover ações pertinentes à cooperação de pessoas para a consecução dos objetivos das instituições públicas. É a partir desse setor, que acontece a implementação de políticas de pessoal e a utilização de estratégias de recrutamento e desenvolvimento do quadro de servidores, para atenderem às demandas da sociedade. É inerente abordar que o setor público apresenta particularidades a respeito de sua normatividade e de seus recursos orçamentários disponíveis para aplicação dos gestores, ou seja, a otimização de tempo e a busca por soluções alternativas, são uns dos desafios para o setor de gestão de pessoas, que detém como principal finalidade, cultivar a ética e a transparência entre os cidadãos e as atividades realizadas por seus agentes.

Palavras-chave: Gestão; Instituições; Governo; Agentes; Normatividade.

ABSTRACT: The management of people in the public service is an area that aims to control, organize, and promote actions relevant to the cooperation of individuals in achieving the public institutions' objectives. It is from this sector that the implementation of personnel policies and the use of recruitment and development strategies for the workforce to meet the demands of society occur. It is inherent to address that the public sector presents particularities regarding its regulations and budgetary resources available for the managers' use, meaning that time optimization and the search for alternative solutions are some of the challenges for the human resources management sector, which has as its main purpose to cultivate ethics and transparency between citizens and the activities carried out by their agents.

Keywords: *Management; Institutions; Government; Agents; Normativity.*

15 brunoamorimdireito@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7708318449662180>

INTRODUÇÃO

A gestão de pessoas é compreendida como uma área da administração que se encarrega do controle de pessoas dentro de uma determinada organização, e além disso, trata de questões pertinentes a direção e a organização da instituição. Os indivíduos que exercem essa função gerencial visam promover a cooperação das pessoas para a consecução dos objetivos da instituição.

É papel da gestão de pessoas garantir que os trabalhadores exercem suas atividades de maneira eficiente e eficaz, tão quanto motivados pelos incentivos recíprocos da relação trabalhador x organização. A realização de políticas de pessoal e o acompanhamento de desempenho com os trabalhadores, são algumas das responsabilidades pertinentes ao ocupante do cargo de gestão de pessoas. Segundo Oliveira (2017, p.18):

É a gestão de pessoas que atribui uma visão estratégica a esse relacionamento, proporcionando condições para que as duas partes ofereçam o que tem de melhor uma para a outra, dentro da enorme complexidade e subjetividade que essa relação apresenta.

No setor privado, esses pressupostos de atuação do gestor de pessoas são unicamente voltados ao sucesso da empresa, onde a realização funcional se encontra voltada à obtenção de lucro. Desta forma, tem-se a busca da eficiência e da qualidade dos serviços prestados aos clientes, ao propósito, tão somente, oneroso.

Na perspectiva pública, o cenário muda de contexto, pois a eficiência e a qualidade dos serviços prestados se voltam à concretização do interesse público, tão somente pelo o que representa, ou seja, em concretizar o dever do Estado em promover os anseios da coletividade, sem almejar a lucratividade.

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO SERVIÇO PÚBLICO

Os agentes públicos, dentre eles os administrados, são os que possuem, em maioria, a responsabilidade na prestação dos serviços públicos. A promoção do desenvolvimento econômico, da cultura e da educação, tão quanto a manutenção da ordem pública e da infraestrutura estatal, dentre tantos outros exemplos, provém desses indivíduos que são responsáveis por exercer essas atividades públicas.

Para o alcance dos objetivos do Estado, é essencial que o corpo de servidores públicos, e tão quanto, o corpo técnico propriamente administrativo, sejam devidamente capacitados a exercer as atividades pertinentes a sua função. É nesse momento que a gestão de pessoas entra em cena para garantir um enquadramento funcional de excelência para suprir as necessidades e aspirações da população.

Dentre os objetivos dos ocupantes dos cargos de gestão de pessoas, encontra-se em buscar maneiras de assegurar a capacidade e comprometimento do servidor público a longo prazo, ou seja, encontrar instrumentos de fomento e promoção à cultura organizacional que desenvolvam o servidor a ser um profissional devidamente instruído e comprometido com a instituição em que atua.

A implementação de políticas de pessoal, pelo RH, é um utensílio de desenvolvimento dos servidores, bem como de suas competências, para que desta forma, esses indivíduos sejam capacitados e maximizem a performance na prestação dos serviços. Tão quanto, agregar; recompensar; desenvolver e monitorar esse pessoal, são processos contínuos de desenvolvimento funcional que retém e geram futuros líderes a atenderem com destreza às demandas da sociedade.

GESTÃO DE PESSOAS E O CUMPRIMENTO À NORMATIVIDADE

A gestão de pessoas no serviço público, além de pautar em critérios de eficiência, desempenho, recrutamento e desenvolvimento de servidores com qualidade, se expressa além disso, visto que a abordagem estratégica nas instituições públicas deve ser priorizada conforme os preceitos legais estabelecidos como princípios da administração pública.

Para o devido cumprimento com as atribuições pertinentes ao cargo público, a gestão de pessoas exerce o papel de recrutar, manter e desenvolver os servidores públicos para que atuem de acordo com os princípios expressos do Art. 37 da Constituição Federal de 1988, que trata: "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** (...)". (destacado pelo autor).

A gestão de pessoas deve promover e garantir a prática diária de conscientização e monitoramento dos servidores, para que estejam cientes e exerçam suas atividades em consonância com a Constituição Federal. Primar pela gestão de pessoas no setor público, é viabilizar muito além da atração de talentos ou o desenvolvimento de lideranças e competências, mas sim em alinhar os servidores a uma administração mais ética e transparente, fortalecendo a visão e os valores das instituições governamentais, criando uma relação de segurança entre o cidadão x Estado.

OS DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE GESTÃO DE PESSOAS NO SETOR PÚBLICO

É inerente abordar que, o setor público possui particularidades quanto ao seu controle interno em relação as normas formais e questões orçamentárias para aplicação de políticas de pessoal.

Em um primeiro ponto, destaca-se a burocracia (no seu sentido estrito de formalidade) pela estreita possibilidade de implementação de novos instrumentos de promoção e fiscalização ao pessoal. A burocracia, por ser um sistema padronizado de regras e procedimentos, pode acabar gerando inflexibilidade na tomada de decisão para os gestores. Além da burocracia, o grande aparato normativo que permeia a administração pública, dificulta a implementação de diferentes maneiras de controle de pessoal, bem como a incorporação de novos requisitos para seleção de servidores, visto que é necessário também a previsão em lei.

A limitação orçamentária está diretamente ligada com as previsões das leis orçamentárias, em especial, a LDO e a LOA, que estabelecem as metas e prioridades para a elaboração do orçamento público, ou seja, quando não há previsão, o setor de gestão de pessoas é afetado. Desta forma, além da inerente previsibilidade orçamentária, os baixos recursos financeiros para programas de capacitação limitam a atuação do RH, tendo assim, que realizar suas atividades otimizando o uso dos recursos disponíveis.

CONCLUSÃO

A gestão de pessoas no setor público detém a responsabilidade na promoção dos princípios e valores aos servidores, bem como o desenvolvimento do quadro funcional para melhor qualidade dos serviços prestados à sociedade. A gestão de pessoas deve ser realizada, tão quanto, por profissionais capacitados e que estejam dispostos a implementar políticas de pessoal e processos estratégicos de recrutamento e capacitação.

É inerente os desafios que os gestores enfrentam, internamente, no manejo de suas funções e propostas ao desenvolvimento dos servidores, como a complexidade nas normas e as restrições de orçamento, por isso, é importante a procura por soluções alternativas a essas questões, cumprindo com os resultados a serem alcançados e otimizando os recursos disponíveis para atuação do gestor. Como dito anteriormente, é a partir da gestão de pessoas que alinhamos os servidores a uma administração mais ética e transparente, fortalecendo as instituições governamentais e cultivando uma relação de segurança entre o cidadão x Estado.

REFERÊNCIAS

Oliveira, Luciano Oliveira de. **Gestão de pessoas aplicada ao setor público** [recurso eletrônico] / Luciano Oliveira de Oliveira. – Porto Alegre : SAGAH, 2017.

ABRUCCIO, F.; PEDROTI, P.; PÓ, M. **A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas**. In: LOUREIRO, M.; ABRUCIO, F.; PACHECO, R. Burocracia e Política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

CARMO, Luana Jéssica Oliveira *et al.* **Gestão estratégica de pessoas no setor público: percepções de gestores e funcionários acerca de seus limites e possibilidades em uma autarquia federal.** *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 2, n. 69, p. 163-191, abr. 2018. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/download/1759/1958/10041>. Acesso em: 06 jul. 2023.

A INSERÇÃO DO NOVO CRIME DE PERSEGUIÇÃO NO CÓDIGO PENAL

VANESSA FRANÇA VALERO:
Graduada em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul –
UNIFUNEC¹⁶

RESUMO: O crime de perseguição, internacionalmente conhecido como "stalking," foi introduzido no Código Penal Brasileiro por meio da Lei n.º 14.132/2021, que acrescentou o artigo 147-A. Em síntese, este trabalho teve como objetivo proporcionar um estudo acerca da implementação da nova lei no Código Penal, bem como esclarecer o conceito de perseguição e os requisitos necessários para que um comportamento seja considerado um crime desse tipo. A metodologia aplicada para a elaboração deste trabalho foi a revisão bibliográfica, baseada em pesquisa bibliográfica descritiva, por meio da análise de artigos científicos, livros, legislação e doutrinas. É notável que a regulamentação desse direito pela lei em questão foi muito bem executada, uma vez que o legislador reconheceu a importância de tipificar o crime de perseguição e estabelecer medidas coercitivas adequadas para verificar a tipicidade e ilicitude do comportamento, avaliar a culpabilidade do indivíduo, identificar os aspectos processuais relevantes e determinar aumentos de pena quando necessário.

Palavras-chave: Perseguição. *Stalking*. Imputabilidade. Aspectos processuais.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal compreende um conjunto de regras com o propósito de controlar crimes e infrações penais, com a intuito de sancionar tais condutas por meio da aplicação de penas ou medidas de segurança. Com a modernização da sociedade, surgem novos meios de comunicação pessoais e figuras de crimes, na qual chamam a atenção do legislador, uma vez que a tecnologia está cada vez mais presente no cotidiano das pessoas é preciso criar condutas para regulamentar os casos de perseguição obsessivas, advindas em boa parte pela modernização.

A Lei 14.132, de 31 de março de 2021, inseriu, no Código Penal, o art. 147-A, denominado "crime de perseguição" conhecido internacionalmente como *stalking*. Seu objetivo principal é proteger a liberdade individual, ou seja, limitar alguém de forma significativa, invadindo sua privacidade, impedindo o pleno exercício de sua autonomia e exercer suas liberdades fundamentais.

¹⁶ E-mail: vanessa.valero@outlook.com

É importante evidenciar que a perseguição é capaz de gerar sofrimento intenso para as vítimas, que tem seus direitos individuais à intimidade e à privacidade violados. O medo, coberto de ameaça e inseguranças, interfere de forma significativa na vida das pessoas, sendo assim, necessário uma norma jurídica que representa uma forma de combate a esse tipo de crime.

Com base, a inclusão do artigo 147-A no Código Penal por meio da Lei nº 14.132/2021 teve como objetivo conter os atos relacionados ao crime de perseguição, também conhecido como "stalking". O Direito Penal buscou de forma evidente coibir comportamentos persecutórios e estabelecer responsabilidade criminal para aqueles que praticam esse tipo de delito. Nas situações nas quais os indivíduos demonstram obsessão em monitorar a vida de outra pessoa e perseguir essa pessoa, fica clara a falta de respeito pelos direitos alheios, tornando a vítima vulnerável diante dessa situação. Contudo, atenção do Estado foi despertada para a necessidade de proteger a liberdade individual do sujeito passivo, que pode ser vítima de perseguição, independentemente do sexo.

Portanto, pretende-se apresentar o crime de perseguição, destacando quais os elementos necessários para configurar a infração penal, bem como identificar casos podem configurar redução ou isenção de pena.

2. CONCEITO DE STALKING

O termo "stalking" tem sua origem na língua inglesa e carrega consigo a conotação de perseguir, obsessão e insistência, palavras frequentemente associadas ao contexto da caça. Essa analogia remete ao comportamento do predador, que, de maneira incansável, assim como o "stalker" (perseguidor), persegue suas presas. É fundamental compreender que o ato de "stalking" implica na perturbadora intenção de alguém que deseja conhecer todos os detalhes da vida de outra pessoa, sendo, portanto, caracterizado como "stalker"

Bottiglieri (2018) define o *Stalking*, como perseguição obsessiva ou assédio por intrusão, tendo a invasão da esfera de privacidade de outra pessoa de forma repetitiva que, por meio de vários artifícios, tem como resultado o sofrimento mental, psicossomático e social, não só à vítima, mais também a todas as pessoas mais próximas a esta.

Pioneiro no Brasil, Damásio de Jesus foi um dos primeiros juristas a reconhecer como forma de violência o *stalking*, definindo como uma conduta na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou trabalho, espera

de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O *stalker*, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela polícia etc. (JESUS, 2009).

Com o propósito de estabelecer um entendimento comum sobre o que constitui perseguição e como identificá-la de forma mais clara, a abordagem mais sensata é adotar o senso comum como ponto de referência. Nesse contexto, Silva (2015) destaca a importância crucial de examinar a percepção e os sentimentos da vítima em relação a uma determinada situação, a fim de determinar a natureza desses comportamentos.

Em estudos realizados pelo CAO – Crim, Sarrubbo, o entendimento apresentado no Enunciado 11 do Boletim Criminal Comentado n.º 137 de Maio de 2021 é o seguinte: "A 'reiteração' mencionada no artigo 147-A do Código Penal pressupõe duas ou mais condutas direcionadas a uma vítima específica, sequenciais ou não, desde que ocorram no mesmo contexto fático" (SARRUBBO, 2021, página 5).

3. TIPO PENAL ESPECÍFICO

A Lei 14.132/2021 inseriu o artigo 147-A ao Código Penal, tipificando a conduta de perseguição, também conhecida pelo termo em inglês *stalking*. A mesma lei revogou o art. 65 da Lei das Contravenções Penais, que dispunha sobre a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, conforme os seguintes artigos do código penal:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

A análise do tipo penal e os pontos de importante menção, em sua redação, serão objeto de análise.

Castro e Sydow (2021) define que na língua culta a palavra “perseguir” representa o verbo “seguir” tendo o prefixo “per”. Sendo esse prefixo origem latina, e significa através de, acima de, muito. Tal que seu caso concreto, como melhor significado seria algo como excessivamente. Dessa forma, perseguir seria seguir excessivamente.

Merece destaque a observação de que o crime em questão se caracteriza como uma ação de livre escolha, ou seja, pode ser perpetrado por diversos meios. Isso evidencia a preocupação do legislador em coibir esse comportamento tanto no ambiente virtual quanto no físico. Dessa forma, a perseguição virtual, como a que ocorre nas redes sociais, também pode ser enquadrada como delito, destacando-se o termo “cyberstalking” para ilustrar essa situação.

É relevante analisar que o crime em estudo é de ação livre, ou seja, pode ser executado por vários meios, o que demonstra, que o legislador se preocupou em reprimir a conduta tanto no mundo virtual quando no físico. Portanto, a perseguição virtual, como a que ocorre em redes sociais, também pode ser considerada um delito, com destaque para o termo “cyberstalking” para ilustrar essa situação

De fato, o Art. 147-A configura um crime vinculado, no qual a perseguição deve se dar através de ameaça à integridade física ou psicológica da vítima, ou pela restrição de sua capacidade de locomoção e liberdade. Nesse contexto, é correto afirmar que quem comete o crime de perseguição por qualquer meio é considerado o agente passivo. Assim, a título de exemplo ilustrativo, a vítima percebe que alguém, como um ex-namorado, a segue pela cidade. Ela vai ao shopping, e ele está lá. Ela comparece a uma festa, e ele fica rondando. Essa perseguição constante pode, de fato, restringir a liberdade da vítima, limitando sua capacidade de locomoção, muitas vezes devido ao medo ou constrangimento causados por essa perseguição persistente. Além disso, pode-se pensar em um fã que persegue repetidamente seu ídolo, desde que a liberdade de locomoção da vítima seja efetivamente restringida.

Com efeito, perseguição é infração de menor potencial ofensivo, sendo a pena de 6 meses a 2 anos de reclusão, além da multa.

O legislador também previu, no que diz respeito à perseguição, algumas circunstâncias que podem resultar em um aumento da pena quando o crime é cometido contra crianças, adolescentes ou idosos. É importante notar que a definição de criança e adolescente no Direito Penal pode variar, mas geralmente se adotam os critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), mesmo que o artigo 2º do ECA se refira apenas para fins daquela lei específica.

De acordo com o ECA, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**, artigo 2º, "considera-se criança a pessoa com idade até doze anos incompletos, enquanto adolescente é aquele que possui entre doze e dezoito anos de idade". Portanto, se a vítima tiver menos de 18 anos, isso resultará em uma pena mais alta.

Quanto aos idosos, o Estatuto do Idoso, **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**, define como tal a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. embora a atenuante de pena pela senilidade estabeleça o marco em 70 anos, esse parâmetro de 60 anos tem sido seguido pela doutrina em outros tipos penais como definição de idoso para fins penais.

Além disso, uma causa de aumento de pena é aplicada quando o crime é cometido contra a mulher, desde que por razões relacionadas à sua condição de sexo feminino. Portanto, a gravidade do crime contra a mulher pode ou não ser agravada, dependendo das circunstâncias. O artigo 121, § 2º-A, do Código Penal, faz uma referência direta às razões da condição de sexo feminino para a qualificação do feminicídio.

Essas razões se relacionam, na verdade, ao gênero e ao papel que a mulher desempenha na sociedade. No entanto, o legislador optou por usar o termo "sexo feminino" com o intuito de excluir mulheres transexuais. As razões para essa qualificação incluem situações de violência doméstica e familiar, bem como de menosprezo ou discriminação contra a mulher. No caso de violência doméstica e familiar, a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, oferece uma definição específica.

A imposição de uma pena mais severa nesses casos se justifica pelos alarmantes índices de violência contra a mulher no país, muitas vezes praticados por pessoas de seu convívio familiar ou afetivo, inclusive dentro de seu próprio lar. Além disso, as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha podem ser aplicadas, e o descumprimento dessas medidas pode configurar um crime adicional.

De fato, o legislador previu o concurso de pessoas como um fator que aumenta o potencial lesivo do crime, justificando assim uma causa de aumento de pena. Para que essa causa de aumento seja aplicada, é necessário que haja a participação de dois ou mais agentes, que podem atuar como autores ou partícipes do delito. Não é exigido que todos sejam imputáveis, nem é necessário identificar todos os envolvidos; basta que mais de dois indivíduos tenham contribuído para a prática do crime.

Adicionalmente, o uso de qualquer tipo de arma intensifica o perigo à liberdade individual. O termo "arma" não foi restrito pelo legislador, diferentemente de casos como o roubo majorado, por exemplo. Portanto, a causa de aumento de pena se aplica quando há o emprego de arma de fogo, arma branca ou até mesmo uma arma imprópria, como uma garrafa quebrada.

4. AÇÃO PENAL

No art. 147-A, segundo § 3º, o legislador conclui, por fim, que o delito de perseguição é de ação penal pública, já que somente se condicionada quando à representação. É dizer, que o processo penal será iniciado apenas quando a vítima quiser. Desse modo, a nova lei, realçar a importância da vontade da vítima no campo da intervenção penal. Mesmo que o crime seja praticado no contexto de violência doméstica contra a mulher será necessária a representação, já que o legislador não fez nenhuma ressalva.

Nesse contexto, Gomes enfatiza que "No caso, cabe à vítima formalmente representar contra o perseguidor, a fim de que este possa ser submetido a um processo penal, desde que existam elementos suficientes de materialidade e indícios de autoria" (GOMES et al., 2021, página 1133). É relevante observar que, independentemente da representação, a vítima de perseguição obsessiva tem o direito de solicitar a aplicação de medidas protetivas de urgência estabelecidas pela Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), conforme explica Gomes, "[...] devido à violência psicológica sofrida devido à perseguição ou à violência perpetrada pelo agressor".

É importante destacar que a ação penal pública condicionada à representação da vítima é aquela em que a responsabilidade pela iniciativa do processo penal recai sobre o Ministério Público, mas requer a autorização da vítima para ser instaurada. Além disso, a vítima ou seu representante legal deve estar ciente do prazo de 6 (seis) meses para efetuar essa representação, conforme estipulado pelo artigo 38 do Código de Processo Penal. É interessante observar que esse prazo decadencial começa a contar a partir do momento em que a vítima toma conhecimento da identidade do autor do crime.

Portanto, no caso de perseguição obsessiva realizada através de um perfil falso, o prazo para representação apenas começa a contar a partir da identificação do perseguidor. Se esse prazo se esgotar sem que a representação seja realizada, ocorre a extinção da punibilidade do agente. A extinção da punibilidade se refere ao momento em que o Estado perde o direito de punir alguém que tenha violado alguma norma penal, conforme previsto no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

5. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Dado que a sanção associada ao delito de perseguição (stalking) compreende a pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além de multa, estamos diante de um crime considerado de menor gravidade, conforme estabelecido pelo artigo 61 da Lei n.º 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais): "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

Assim sendo, nos episódios de perseguição obsessiva, a responsabilidade recai sobre o Juizado Especial Criminal, tal como estipulado pelo artigo 60 da Lei n.º 9.099/1995. Nessas circunstâncias, as disposições e o protocolo delineados por essa lei devem ser empregados, abarcando elementos como a resolução cível, o acordo penal, a possibilidade de suspensão condicional do processo e o trâmite sumaríssimo. Importa salientar que a atribuição do Juizado é definida em conformidade com a localidade do delito, de acordo com o preceito estabelecido no artigo 63 da mencionada legislação."

É crucial recordar que, caso o delito de perseguição obsessiva seja cometido nos termos do agravamento da pena delineado no artigo 147-A, §1º, inciso II, do Código Penal, isto é, quando relacionado à violência doméstica contra a mulher, tais mecanismos não são empregados, conforme preconizado pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha (2006): "Para os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena estipulada, as disposições da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, não são aplicáveis".

Desse modo, nos casos em que ocorre o crime de perseguição obsessiva com o uso de violência doméstica contra a mulher, não se deve seguir as diretrizes estabelecidas pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Em vez disso, as disposições da Lei Maria da Penha devem ser aplicadas, o que inclui a adoção das normas do Código de Processo Penal no que diz respeito aos procedimentos judiciais, julgamento e execução das ações penais resultantes de atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso também implica na imposição de medidas protetivas de urgência e na disponibilidade de uma equipe de atendimento multidisciplinar para lidar com tais situações.

Em outras situações, as normativas estabelecidas pelas instâncias judiciais devem ser empregadas dentro dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A autoridade policial encarregada de tomar conhecimento dos eventos deve formalizar o registro das circunstâncias e encaminhá-lo ao Juizado Especial Criminal competente. Inicialmente, procede-se à realização de uma audiência preliminar criminal, na qual se busca uma resolução amigável por meio da conciliação de danos cíveis, de acordo com as disposições do artigo 72 da Lei n. 99/1995. Caso um acordo seja alcançado, o processo é encerrado, enquanto na ausência de conciliação, a possibilidade de apresentação de uma representação é oferecida.

Quando a representação é efetivada, cabe destacar que a responsabilidade pela oferta da transação penal, para a imediata aplicação de sanções alternativas ou multas ao autor do ato, não recai sobre o Ministério Público, conforme estabelecido pelo artigo 76 da Lei n.º 9.099/1995. É importante observar que a aceitação da proposta de transação penal não implica na admissão de culpa. Além disso, o indivíduo que cometeu o ato deve ser considerado réu primário, não possui obrigatoriedade de aceitar a proposta, não pode ter se beneficiado de tal oferta nos termos do mesmo artigo nos últimos 5 (cinco) anos, e precisa demonstrar antecedentes favoráveis, boa conduta social e personalidade íntegra.

Caso o autor do ato concorde com a proposta de transação penal, o processo é encerrado. Entretanto, caso a transação penal não seja aplicada ou não obtenha êxito, então, no âmbito do procedimento comum sumaríssimo, ocorre a audiência de instrução e julgamento. Durante essa audiência, é apresentada uma nova possibilidade de acordo ao autor do ato, que consiste na suspensão condicional do processo, em conformidade com o disposto no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Sobre a suspensão condicional do processo, Rodrigues e Pacheco explicam que “Este é cabível quando o mínimo da pena privativa de liberdade, abstratamente cominada ao delito, for igual ou inferior a um ano” (RODRIGUES E PACHECO, 2016, página 375). Cumpre salientar que o processo pode ficar suspenso por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado cumpra as determinações da proposta, hipótese em que deve haver a sentença homologatória para suspender o processo provisoriamente e depois extinguir definitivamente se for tudo cumprido.

No cenário em que não ocorra um acordo, na própria audiência de instrução e julgamento, a etapa subsequente é a fase de instrução, focada na apresentação de provas. Nesse estágio, acontece o questionamento da vítima, o depoimento das testemunhas de acusação e de defesa, o interrogatório do acusado, as argumentações verbais finais e, por último, a prolação da sentença.

5.CONCLUSÃO

Com o presente estudo, vislumbrou-se apresentar o conceito de *stalking* e seus aspectos mais relevantes, que justificaram a inclusão do novo tipo no Código Penal, por meio da Lei n.º 14.132/2021. Além disso, apresentou-se exemplos de crimes que são considerados de perseguição.

Além disso, os estudos possibilitaram a compreensão dos aspectos processuais relacionados ao crime de *stalking*. É fundamental destacar que a representação da vítima é um requisito essencial. Uma vez que se trata de uma infração de menor potencial ofensivo, a competência para o processamento e julgamento será do Juizado Especial

Criminal. No entanto, é importante ressaltar que há uma exceção quando o *stalking* é praticado mediante violência doméstica contra a mulher, nesse caso, devem ser aplicadas as disposições previstas na Lei Maria da Penha.

REFERÊNCIA

BRASIL. **Lei n.º 14.132, de 31 de março de 2021.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm#art2. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 20 ago.2023.

BRASIL. **Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 18 ago.2023.

BRASIL. **Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 18 ago.2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.** disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. acesso em 01 jun. 2023

BOTTIGLIERI, F. C. S. B: *Stalking: A responsabilidade civil e penal daqueles que perseguem obsessivamente.* São Paulo, 2018.

CASTRO, A. L. C; SYDOW, S.T; **Stalking e cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento.** [Coleção Cybercrimes]. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

JESUS, Damásio Evangelista de. **Stalking.** Disponível em: www.jusnavigandi.com.br , acesso em 12.01.2008.

GOMES, Francisco Handerson Miranda et al. **Leis Penais Especiais:** Comentadas na visão do STF, STJ e TSE. Leme: Mizuno, 2021.

RODRIGUES, Roberto; PACHECO, Livia Mara Abrão. **Direito penal fundamental: parte geral.**6. ed. Goiânia: PUC, 2016.

SILVA, Mariana Oliveira Marques da. **Stalking: A previsão legal de um novo tipo de crime.** Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) – Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18644/1/STALKING%20-%20a%20previs%C3%A3o%20legal%20de%20um%20novo%20tipo%20de%20crime.%20pdf.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

SARRUBBO, Mário Luiz. **CAO – Crim: Boletim Criminal Comentado nº 137, 5/2021 (semana nº 2). Mai. 2021.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20137.pdf . Acesso em: 03 jul. 2022.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO E PUNIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

IGOR NASCIMENTO COSTA:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul –
SP¹⁷.

LETICIA LOURENÇO SANGALETO TERRON
(orientadora)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo apresentar brevemente a evolução do parto ao longo dos anos, que deixou de ser considerado um evento fisiológico e passou a ser algo patológico, no campo médico, suprimindo completamente a autonomia da mulher. Diante dessas informações, seu objetivo principal é estudar como a categoria violência obstétrica é reconhecida e adotada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da construção teórica do conceito em outras áreas do conhecimento. Visa analisar a violência sexual como uma forma de violência contra a mulher e uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na constituição federal de 1988, portanto, é necessário restaurar o conceito de violência obstétrica em relação às convenções internacionais do qual o Brasil é signatário. Além disso, é necessário mostrar as formas como a violência obstétrica se manifesta, antes, durante e após o parto. O método utilizado para a elaboração deste artigo de pesquisa de jurisprudência e bibliografia. Ressalta-se que atualmente não há legislação específica sobre violência obstétrica no Brasil, mas sua ausência não causa desespero, pois o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Código Penal, possui alguns dispositivos que são suficientes para castigar os agressores sem a necessidade de intervenção penal para criar um novo artigo. Além disso, o Brasil deve aplicar as convenções internacionais das quais é parte, garantindo a segurança e tranquilidade das gestantes.

Palavras-chave: Gênero. Violência Obstétrica. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This work aims to briefly present the evolution of childbirth over the years, which ceased to be considered a physiological event and became something pathological, in the medical field, completely suppressing the woman's autonomy. Given this information, its main objective is to study how the category of obstetric violence is recognized and adopted in the Brazilian legal system, based on the theoretical construction of the concept in other areas of knowledge. We want to analyze sexual violence as a form of violence against women and a violation of the principle of human dignity enshrined in

17 E-mail igor161297@icloud.com

the 1988 federal constitution, therefore, it is necessary to restore the concept of obstetric violence in relation to the international conventions of which Brazil is signatory. In addition, it is necessary to show the ways in which obstetric violence manifests itself, before, during and after childbirth. The method used for the elaboration of this article was the use of jurisprudence and bibliography research. It is noteworthy that currently there is no specific legislation on obstetric violence in Brazil, but its absence does not cause despair, since the Brazilian legal system, especially the Penal Code, has some provisions that are sufficient to punish aggressors without the need for criminal intervention to create a new article. In addition, Brazil must apply the international conventions to which it is a party, ensuring the safety and tranquility of pregnant women.

Keywords: Gender. Obstetric Violence. Dignity of human person.

1 INTRODUÇÃO

Durante longos anos, a forma como as mulheres tinham seus filhos não era questionada. Nesse contexto, com auxílio e amparo das parteiras, as gestantes concebiam seus bebês em suas próprias casas, possuindo total autonomia e conhecimento sobre seus corpos, aguardando apenas a força da natureza, sem o ingresso de intervenções. Com os inúmeros avanços da tecnologia e da medicina, o parto deixou de ser fisiológico e passou a ser um evento patológico, ou seja, o parto deixou de ser realizado na residência da gestante passando a ocorrer dentro do ambiente hospitalar, onde as mulheres são inseridas em um único modelo seguido pelo sistema médico.

À partir do momento em que o parto tornou-se de domínio médico e institucionalizado dentro dos hospitais, passou-se a estranhar determinadas condutas. Tomando como exemplo, o alto número de morte materna, que, segundo estudos, poderiam ser evitadas com uma boa assistência durante a gestação, parto e pós-parto. Partindo desse processo de estranhamento, iniciou-se um movimento das mulheres em torno da denominada violência obstétrica.

A violência obstétrica trata-se de um crime que é cometido contra a mulher durante o período gestacional, no parto e no pós-parto, podendo se exteriorizar de forma verbal, física, moral, emocional e psicológica. Ressalta-se que todos os atos são realizados sem o consentimento explícito da mulher, desrespeitando sua autonomia, sua integridade física, mental, sentimental e, principalmente, ferindo sua dignidade, princípio constitucional elencado no Art.1º, inciso III da Constituição Federal, que tem como objetivo assegurar à pessoa humana um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e também pelo Estado, preservando, então, a liberdade individual e a personalidade.

Deve-se salientar que, existem algumas convenções internacionais de que o Brasil é signatário que são muito importantes para embasar não só o conceito de violência obstétrica, como também a segurança e proteção das mulheres; entretanto, elas parecem não ser muito conhecidas e necessariamente aplicadas aos casos concretos, sendo elas a Declaração Sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (1967), Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW (1979), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), e Declaração sobre a Erradicação da Violência Contra a Mulher (1993).

Diante do exposto acima, o objetivo deste artigo é analisar se ainda faz necessário uma tutela penal para tipificar especificamente a violência obstétrica, ou se os artigos já existentes, principalmente no Código Penal Brasileiro, já são suficientes para punir os responsáveis pelas agressões, tudo isso com base em análises históricas do parto em si, assimilando com uma construção teórica do conceito violência obstétrica. Ainda, devemos analisar o papel da mulher como sujeito de direito, digna de receber um tratamento humanizado e seguro e não ser tratada como um objeto, tendo sua autonomia e liberdade suprimida pelas escolhas, muitas das vezes desnecessárias, dos profissionais da saúde.

2 GÊNERO

Gênero é a forma de classificar pessoas e suas diferenças próprias. Para decifrar o conceito de uma palavra é necessário conhecer e entender sua história, ou seja, compreender que a palavra gênero vai além de um termo gramatical.

Por longos anos se fez uso do mencionado termo com o intuito de sugerir uma ideia além do seu sentido usual, para descrever o caráter de uma pessoa ou suas relações sexuais. Na oitocentista, qualquer arquivo que tratasse sobre fatos históricos a respeito das mulheres e que levasse em seu título o termo “mulher” era substituído por “gênero”, ou seja, passaram a ser sinônimos. Isso porque o termo “gênero” é neutro, facilitando o distanciamento do feminino quando se tratava de questões políticas. A aplicação desse termo não estabelecia, de fato, uma tomada de posição ou poder da mulher, muito menos apontava a parte golpeada que até os dias atuais buscam ofuscar. O oposto ocorre quando da referência ao termo “mulher”, implicando na confirmação da importância do papel feminino na história e na política, contrariando o que havia sido imposto.

O referido termo também é empregado para apontar diferenças culturais, ou seja, definir o que cabe ao homem e o que cabe à mulher, como exemplo a capacidade da mulher em dar à luz e o homem possuir a força muscular.

É perceptível que, o termo gênero, com frequência, tem sua definição contestada e observa-se que, ainda durante toda a história e em todas as formas de definição, a mulher

sempre aparece em posição inferior ao homem, um grande exemplo é o tradicional modelo patriarcal, em que o homem zela pelo bem-estar e segurança da família, enquanto os afazeres domésticos e os cuidados com os filhos se tornam uma obrigação da mulher. O mesmo ocorre no ambiente de trabalho, no qual, muitas das vezes a mulher é tratada como incapaz e fraca, colocando-a em posição de subordinada, o homem aparece como um ser forte, inteligente e julgando o único capaz de produzir, enquanto se sabe que, na prática, isso não condiz com a realidade e que os reais fatos são costumeiramente omitidos. Essa ânsia existente nos homens em colocar a mulher como subordinada ou reconhecê-la como um ser que é inteiramente frágil e, que tem como função a reprodução e a sexualidade, está relacionada à origem do patriarcado, que consiste no poder atribuído ao homem de forma geral, mantendo-o sempre na posição de líder em variadas questões, sejam elas políticas, sociais, morais e, principalmente, o que diz respeito ao domínio familiar.

Observa-se que o patriarcado é a forma mais antiga de dominação do poder do homem sobre a mulher, dominação fundamentada em inferioridade biológica da mulher, sendo esta imposta pela sociedade. Devemos salientar que há uma parcela institucional da sociedade, como por exemplo as de influência econômica, cultural, política e religiosa, que se organizam buscando garantir a ideia de que as mulheres sempre estarão em posição abaixo da dos homens.

Assim, nota-se que tamanha desigualdade de gênero existente até os dias de hoje é estrutural e se dá por conta de uma cultura patriarcal. Isso porque, enquanto os homens ocupam posições consideradas importantes na sociedade, e, às mulheres permanecem em casa tomando conta dos filhos, eles estarão sobre o controle das mesmas.

3 PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Classificado com um dos princípios jurídicos mais importantes, o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado para definir os direitos fundamentais, sendo que a partir do mesmo se desdobram todos os demais direitos fundamentais, garantidos no ordenamento jurídico. Ela é quem faz ser possível diversas dimensões de direitos, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

O indivíduo, pelo simples fato de integrar o gênero humano, passa a ser possuidor de dignidade, trata-se de algo pertencente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna digno de respeito e estima de forma igualitária.

O mencionado princípio constitucional está elencado no Art. 1º, inciso III da Constituição Federal, e constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ligado à República Federativa do Brasil, no qual, tem por objetivo assegurar a pessoa

humana um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e também pelo Estado, preservando então a liberdade individual e a personalidade.

Dignidade humana trata-se de um princípio inerente a todos os seres humanos, independente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, em seu primeiro artigo afirma que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, isto é, a titularidade dos direitos fundamentais é de todos os humanos.

Devemos salientar que, a violação de um princípio constitucional é muito mais prejudicial e tem muito mais gravidade do que infringir uma regra. Se ela é um preceito fundamental de todo o ordenamento, a sua violação implica uma ofensa não só a uma ordem específica, mas sim de toda a norma pátria, de todo o nosso sistema. Sendo, portanto, a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, não havendo sequer disciplina para a adoção dos valores fundamentais, sendo assim, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana um ato que afronta toda a estrutura constitucional.

Portanto, é dever do Estado dispor de todos os mecanismos existentes para salvaguardar o direito inviolável à vida, assegurando a sua dignidade.

No contexto da violência obstétrica, a mulher deve ter liberdade para guiar seu parto, deve ter autonomia para ser a protagonista de sua história e ter o poder de decidir sobre o seu corpo e sua liberdade para dar à luz, tudo isso por meio de um acesso a um auxílio saúde apropriado, seguro, competente, humanizado e digno. Devemos destacar que a violência obstétrica não abrange apenas agressão física, justamente pelo motivo de haver uma violação a liberdade de escolha da gestante e do seu direito de ter um parto digno.

A violência sofrida pelas gestantes não atinge somente a violação da dignidade da pessoa humana, por conseguinte, afeta outros princípios constitucionais, assim como a igualdade, apesar de ser considerada uma característica inerente ao ser humano, faz com que a mulher se sinta um objeto. A violação, ocorre quando as gestantes sofrem alguma intervenção indesejada ou não consentida, quando seus direitos reprodutivos são afetados.

Dessa forma, a gestante deve ter, não só em seu parto, mas também no pré e no pós-parto, apoio de profissionais de saúde qualificados para atendê-la e serviços de saúde apropriados, que tenham o comprometimento suficiente de garantir o direito da puérpera e de seu feto, assegurando o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4 DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no tópico anterior se encaixa absolutamente ao caso de proteção a integridade física, moral, psicológica da mulher. Logo, trata-se de um princípio apto a inibir a prática de atos de violência ao sexo feminino, possui capacidade de ser aplicável e deve ser dotado de toda eficácia para reprimir a edição de normas e regras que violem os direitos da mulher.

A violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, tanto no âmbito público quanto no privado.

Conclui-se que, a violência nada mais é que o uso de força física, psicológica ou intelectual como forma de coagir a pessoa a realizar alguma coisa que não tem vontade, impossibilitar o direito à liberdade de expressar seus desejos e suas vontades, vivendo sob ameaças e constante medo, ou seja, é a violação aos direitos essenciais do ser humano.

O instrumento mais importante para o combate da violência contra a mulher no Brasil, é a Lei nº 11.340/2006 denominada Lei Maria da Penha, que se originou de uma organização de mulheres feministas, que desde 1970 denunciava as violências cometidas contra as mulheres e que causou ainda mais revolta quando em 1980 vários homens foram absolvidos depois de assassinares suas esposas, sob o prisma da legítima defesa.

A denominação fornecida a lei é em decorrência a senhora Maria da Penha Maia Fernandes, natural do Ceará, que no ano de 1983 seu então marido tentou assassina-la, entretanto, com o resultado ela ficou paraplégica, sem respostas pelo Judiciário, que demorou muito tempo para responsabilizar o autor da violência cometida, depois de quinze anos, no ano de 1998, obteve suporte do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), e dessa forma conseguiu que seu caso fosse analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

O Brasil foi condenado no ano de 2002, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido a omissão e negligência no caso Maria da Penha e fez uma série de recomendações, como adotar ações que podiam ser instauradas contra os agressores, como medidas necessárias para assegurar a vítima proteção e reparação pelas violações que viesse a sofrer. Atendendo ao pedido, o Brasil criou a Lei 11.340/06, que tem como objetivo coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dando o nome de Lei Maria da Penha.

A lei citada á cima protege milhares de mulheres no Brasil, processando e punindo agressores. Forma encontrada de garantir a segurança e também de respeitar o ordenamento jurídico, pelo fato de não ferir o princípio fundante da dignidade da pessoa

humana, entretanto o âmbito dela é restrito para as violências causadas dentro do vínculo familiar ou doméstico. A lei dispõe em seus artigos sobre o que é a violência doméstica e familiar contra a mulher e as formas como ocorrem. Do artigo 7º é possível extrair as formas de violência doméstica contra a mulher, a violência física, que decorre de uma ação que viola a integridade ou a saúde da mulher, é sempre causada com uso da força física do agente, machucando-a de diversas formas, usando ou não outro instrumento, como armas de fogo e armas brancas. Devemos lembrar a existência da violência psicológica, que é qualquer ato que promova danos emocionais a mulher, diminuindo a sua autoestima e perturbando o pleno desenvolvimento, causando problemas psicológicos que interferem em toda sua vida pessoal e social.

Ainda, deve-se destacar a violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, manter ou a participar de relação sexual a qual não consentiu, onde o agressor usa intimidação, ameaça, coação ou faz o uso da força, causando constrangimentos e bloqueios na vida da mulher. Por último, a violência patrimonial e a moral, entendidas como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição seja ela parcial ou total dos pertences e bens da vítima, e qualquer conduta que configure calúnia, injúria ou difamação.

É preciso ressaltar que no Brasil o índice de violência e discriminação contra a mulher é elevado, simplesmente por sua condição de gênero feminino. E é devido a isso que a tutela penal dos Direitos Humanos garantidos à mulher é essencial para a manutenção e erradicação desses índices exacerbados.

É de conhecimento de todos que a gravidez é de fato algo que só pode ocorrer com os seres humanos do sexo feminino, isto quer dizer que a violência obstétrica se encaixa em uma violência de gênero. A questão é que a violência obstétrica deveria ser analisada sob os moldes de uma violência contra a mulher, porém alguns atos são tratados como comuns e absolutamente normais, deixando passar em branco a devida responsabilização e o devido interesse do Estado em fazer cessar as mais diversas violações aos direitos fundamentais das mulheres.

5 DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

As convenções, documentos assinados em conferências internacionais, trata-se de um pacto firmado entre os países a respeito dos mais diferentes assuntos, no caso em tela sobre os direitos humanos das mulheres e serve como base para elaboração das leis.

Algumas convenções internacionais são consideradas de extrema importância atualmente e que ainda estão vigorando, sendo eles a Declaração Sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (1967), Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW (1979), Convenção Interamericana para

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), Declaração sobre a Erradicação da Violência Contra a Mulher (1993).

Ressalta-se que entre as Convenções não há hierarquia, cada qual protege de seu modo e tem redação adequada para cada ano na qual foi promulgada.

5.1 DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

Promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 2263, de 7 de novembro de 1967, assegura que é necessário um reconhecimento universal do princípio da igualdade entre gêneros, estabelecendo em seu primeiro artigo que a discriminação contra as mulheres, na medida em que nega ou limita a sua igualdade de direitos em relação aos homens, é fundamentalmente injusta e constitui uma ofensa à dignidade humana.

Os Estados- membros deverão adotar medidas com objetivo de extinguir leis, costumes, regulamentos e práticas que atentem de forma a discriminar as mulheres, garantindo que elas tenham proteção jurídica em isonomia de direitos.

Observa-se que todos os dispositivos dessa Declaração o legislador busca a igualdade de condições entre homens e mulheres, em todos os âmbitos, para que tenham as mesmas oportunidades e direitos para que possam progredir de igual forma.

5.2 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

Considerado como o principal documento internacional de proteção aos direitos da mulher existente nos dias atuais, tendo sido adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979, além disso o Brasil é um país signatário, assinou o tratado e incorporou em nosso ordenamento jurídico a partir da aprovação pelo Decreto nº 89.406, de 1º de fevereiro de 1984.

A discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, essa violação deve ser extinta de todo o mundo. É devido a isso que a Convenção tem como objetivo promover os direitos das mulheres em busca de uma isonomia, reprimindo quaisquer tipos de discriminação contra a mulher.

Na convenção, em seu primeiro artigo já nos traz uma definição do que é "discriminação contra a mulher", explicitando que se trata de toda a distinção, exclusão ou restrição que tenha sido ocasionada devido ao sexo da pessoa, e ainda, que tenha a finalidade de constranger ou eliminar o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, sem distinções de seu estado civil, isto é, se é solteira, casada, viúva, separada, com

fundamento na isonomia do homem e da mulher e também nos direitos humanos e garantias fundamentais, como a liberdade, seja onde for a qualquer campo, como o político, o econômico, o social, cultural e civil.

O artigo 2º estabelece que os países signatários deverão condenar qualquer forma de discriminação através de meios apropriados e de uma forma que seja concreta e célere. Para que isso ocorra, deverão assegurar cada um em seu ordenamento jurídico os princípios da igualdade entre homem e mulher e o da dignidade da pessoa humana; deverão adotar medidas de lei apropriadas para punir quem cometer discriminação contra a mulher; garantir a isonomia entre homens e mulheres dentro dos tribunais nacionais, por meio de legislação; não adotar qualquer medida que possa configurar em uma discriminação em todos os âmbitos, isto é, praticado por qualquer pessoa, organização ou empresa; adotar medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, uso e práticas que se mostrem como uma forma de discriminação contra as mulheres.

Em seu artigo 12º, estabelece que os Estados-Partes deverão adotar todas as providências necessárias para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, com o objetivo de garantir, de forma igualitária, entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar. Além disso, deverão garantir à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período pós-parto, de forma a possibilitar assistência gratuita quando for necessário, assegurando uma nutrição correta durante a gravidez e a lactância.

As ações dependem dos três poderes estatais, uma vez que, o poder legislativo deve adequar e criar leis nacionais visando a isonomia entre homens e mulheres. O poder executivo busca a criação de políticas públicas para a garantia dos direitos das mulheres, e ainda, o poder judiciário deve usar das convenções internacionais para fundamentar de forma pautada suas decisões dentro dos tribunais.

Com a aplicação desse instrumento e as adequações que o Brasil realizou, a discriminação contra a mulher infelizmente continua sendo muito recorrente, violando o princípio da dignidade e igualdade entre homens e mulheres, sendo que estes são princípios fundamentais do ordenamento jurídico e que deveriam ser respeitados.

5.3 DECLARAÇÃO SOBRE A ERRADICAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/104, de 20 de dezembro de 1993. Tal Declaração reconheceu a real necessidade de uma aplicação universal às mulheres dos direitos e princípios relativos à igualdade, segurança, liberdade, integridade e dignidade de todos os seres humanos.

Reconhece que a violência contra a mulher vem de uma relação de poder história entre homens e mulheres, conduzindo ao domínio e à discriminação das mulheres por parte dos homens, impedindo que as mulheres progridam na vida social, impondo uma posição de subordinação em relação aos homens.

Em seu artigo 1º conceitua “violência contra a mulher”, como sendo qualquer ato de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada.

Os Estados devem punir a violência contra a mulher e não devem provocar quaisquer costumes e tradições para se furtar às suas obrigações quanto a eliminação delas, conforme o estabelecido no artigo 4º.

5.4 CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Realizada em 09 de junho de 1994 em Belém do Pará, a Convenção Interamericana de Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher é de grande importância tendo em vista que trata da proteção aos direitos humanos das mulheres e reconhece expressamente a violência contra a mulher como um problema geral dentro da sociedade.

Tece considerações no sentido de que a violência contra mulher é uma violação aos direitos humanos e das liberdades fundamentais, tais manifestações já vêm sendo desenvolvidas a anos, pela relação de poder historicamente desiguais entre o sexo masculino e o sexo feminino, constituindo, uma lesividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, que está expresso em nosso ordenamento jurídico como preceito fundamental.

Ela tem como objetivo central reconhecer a violência contra a mulher como uma violação aos direitos humanos e ofensa contra a dignidade humana, estabelecendo que os Estados signatários criem condições reais para erradicar tal violência em uma escala mundial, a partir da criação de leis específicas destinadas a proteção dos direitos das mulheres, corroborando com a modificação dos padrões socioculturais, dando desenvolvimento à capacitação de pessoal, além da criação de serviços destinados ao atendimentos das mulheres que por algum motivo, já tiveram seus direitos violados e sofreram algum tipo de violência.

A Convenção firma em seu artigo 1º o entendimento sobre o que é a violência contra a mulher, abrindo chance a uma cognição mais aberta, para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada

no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

A violência contra a mulher está presente em absolutamente todos os lugares e ambientes de sua vida e convivência, seja dentro de casa no seu ambiente familiar ou doméstico, bem como na comunidade que frequenta, nas instituições que se faz presente e ainda no seu próprio ambiente de trabalho.

No seu artigo 2º afirma que a violência contra a mulher inclui a violência física, sexual ou psicológica onde quer que ocorra.

Artigo 2º

Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

- a. Que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
- b. Que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e
- c. Que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra. (Convenção Interamericana de Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, 1994)

A partir do momento em que o Brasil assinou e passou a ser signatário dessa Convenção, ele tem como principal necessidade o compromisso de adotar, por todos os meios apropriados, de forma célere, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar e violência contra a mulher.

É exigido do Estado e de suas instituições, autoridades e funcionários que adotem medidas e pratiquem elas de modo a proteger a mulher, para prevenir que as violências ocorram e caso venha ocorrer tenha medidas de investigação e punição para com os

agressores. Além disso, a mulher deve ter direito à restituição, reparação e outras formas de compensação que sejam eficazes para manter o agressor longe e ela consiga viver sua vida de forma segura.

Mesmo que os documentos internacionais não tragam de forma expressa à respeito da violência obstétrica, é possível verificar que ela está presente e abrangida em todas as referências a usos, práticas e costumes perpetradores de discriminação ou violência contra a mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. As condutas abusivas, desrespeitosas e os maus-tratos no pré parto, durante ou após o parto em instituições de saúde, além de ser uma violação aos direitos humanos é também um tipo de violência cometida contra a mulher.

Determinados procedimentos realizados em hospitais são desnecessários e não possuem sequer embasamento científico dado pela medicina para que sejam aplicados, violando diretamente os direitos da mulher, haja vista que programam técnicas sem o consentimento da gestante, restringindo sua liberdade e autodeterminação em relação ao seu parto, além de provocar lesões físicas, que podem até mesmo levar a morte.

6 O PARTO

Os partos antigamente eram realizados por mulheres denominadas parteira, estas tinham experiência na área e realizavam o parto no domicílio da parturiente, além de acompanhar a mulher na gestação e no pós-parto, detinham grande confiança e auxiliavam as mulheres em todos os aspectos.

A medicina modificou o parto, passando a ser um procedimento realizado em centro cirúrgico, podendo ser comandado apenas por profissionais capacitados e com conhecimento na área. Nesse sentido, o parto deixou de ser algo intimista, destinado a família e com o comando da mãe, para um evento público, necessariamente com a intervenção de médicos.

Logo, iniciou-se a exposição de violência obstétrica pelo mundo, no ano de 1950, uma revista denominada "Ladies Home Journal", dos Estados Unidos, publicou uma matéria cujo o título era "Crueldade nas maternidades", onde relatou casos de tortura realizados no momento do parto para com as parturientes, estas eram submetidas a uma combinação de medicamentos acunhado como "twilight sleep", onde efetuavam a junção de morfina e escopolamina, produzindo uma sedação fortíssima na parturiente fazendo com que sofresse agitações motoras e alucinações. Além disso, relataram o uso de fórceps para acelerar o parto, enquanto a mulher estava desacordada.

Nos dias atuais, infelizmente o Brasil está no topo dos índices de morbimortalidade materna e neonatal, as causas mais comuns consistem em hipertensão, hemorragia, infecção e complicações de aborto, que ainda seriam facilmente evitáveis. Ademais, a morte neonatal é frequentemente ocasionada por erros e desatenção para com a mulher no momento da gestação (pré-natal) e no momento do parto em si, como também para com o recém-nascido.

O Brasil vive uma luta diária em busca de reduzir essas taxas, e os altos índices caracterizam uma violação aos direitos humanos das mulheres e das crianças, demonstrando que o sistema de saúde brasileiro tem um grave problema, a deficiência da qualidade dos serviços oferecidos as mulheres no período gravídico e puerperal deve ser visto com outros olhos, para eu haja uma real mudança e a mulher possa exercer sua cidadania de forma a ter seus direitos garantidos.

7 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUAS FORMAS

Violência obstétrica trata-se de uma forma indevida, não informada e abusiva, que viola os direitos mais importantes da mulher, quais sejam a autonomia, liberdade, privacidade, informação, escolhas e participação nas tomadas de decisão. A violência obstétrica pode ocorrer de forma física, psicológica, verbal, simbólica e/ou sexual, inclusive na forma de negligência médica, discriminação, condutas desnecessárias e extremas.

Violência obstétrica antes do parto dar-se-á a partir de um pré-natal insuficiente, sem que sejam passadas informações importantes e essenciais para o seguimento da gestação, bem como a recomendação de cesariana, como se fosse a melhor opção, deixando de repassar os riscos da cirurgia e do pós-operatório, isso demonstra que a mulher não possui autonomia em escolher o tipo de parto que almeja e nem o local onde deseja que ocorra.

Esse tipo de violência se caracteriza por ser violência por negligência, ou seja, a partir do momento em que se nega atendimento médico emergencial, quando impõem regras que dificultam o recebimento dos serviços pela gestante, que são seus direitos.

Durante o momento do parto, a maioria dos procedimentos invasivos feitos são de caráter físico, explicitamente aqueles que refletem de forma direta ao corpo da mulher, e que não possuem recomendações médicas fundadas em pesquisas e evidências científicas, isto é, são causadas sem que haja necessidade e respaldo técnico, causando dores e sofrimento físico, desde lesões leves até as que causam a morte.

Infelizmente o Sistema de Saúde brasileiro ainda adere a vários procedimentos e métodos considerados obsoletos pela OMS. Nessa lógica, podemos citar: o uso da ocitocina sintética para aceleração do trabalho de parto; a prática descontrolada da

episiotomia, que se trata de um corte no períneo para facilitar a passagem do bebê; a prática da manobra Kristeller; o uso da tricotomia, que consiste na retirada dos pelos pubianos; a realização da enema, que nada mais é do que a lavagem intestinal; a realização por muitas vezes seguidas de exames de toque para verificar se a mulher está dilatada, que causa dor e grande desconforto, dentre outros atos abusivos e violentos.

Ressalta-se que, a violência obstétrica pode existir em um caráter sexual, isso acontece quando a mulher tem sua intimidade violada, refletindo sobre seu pudor sexual e reprodutivo, isso pode ter acesso ou não aos órgãos sexuais e outras partes íntimas do corpo feminino, por exemplo: assédios, exames repetitivos dos mamilos sem fundamentos e sem explicações, além de exames de toque frequentes.

No pós parto podem ocorrer outras formas de violações, como o conhecido “ponto do marido”, técnica extremamente machista e antiquada, que consiste em dar um ponto de sutura final na vagina de forma a deixa-la menor e mais apertada para aumentar o prazer do cônjuge. Outro ponto a ser citado é expor o recém-nascido saudável a aspiração de rotina, injeções e procedimentos assim que tenha saído da barriga da mãe, impedindo o primeiro contato pele a pele com a mãe e sua primeira alimentação com o leite materno.

Outra conduta desnecessária e ofensiva é tratar o pai da criança como um qualquer, sem deixa-lo livre para as visitas no dia-a-dia e o proibindo de acompanhar a mãe e o bebê, além é claro de proibir a presença de um acompanhante, infringindo a Lei nº 11.108/2005.

Por último, separar a mãe do bebê, sem a existência de motivos reais e concretos para tanto. As mães acabam sendo minimizadas, como se não fossem capazes de cuidar de seu próprio filho, denominadas de “mãezinhas”. Isso acaba dificultando o aleitamento, ainda, muitas mães de primeira viagem não têm conhecimento e na prática não sabem como é a pega correta para amamentar o bebê, é papel dos profissionais auxiliar para que aconteça da forma correta, entretanto, muitos não têm o mínimo de respeito e consideração com a mulher, chegam apertando os seios da mulher sem ao menos explicar o procedimento.

8 A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO E PUNIÇÃO A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O artigo 1º da Constituição Federal defende a respeito da dignidade da pessoa humana como o mais importante princípio do ordenamento jurídico. Esse artigo, por si só, seria suficiente para dar segurança às mulheres gestantes de terem um parto tranquilo e um tratamento humanizado no período de sua gestação, além disso, com ele seria possível responsabilizar os agentes que tinham o dever profissional de protegê-las, ampará-las e

de realizar um parto responsável, entretanto os renegam e desrespeitam ao ocasionarem as mais diversas violações obstétricas.

Observa-se que no Brasil não há uma lei ou um dispositivo no Código Penal que trate especificamente sobre esse gênero de violência contra a mulher. Contudo, é possível enquadrá-lo em outros crimes sem a necessidade de uma intervenção penal para tipificar um novo artigo. Por exemplo, se a violação ocasionada no momento do parto evolui para a morte da parturiente ou do recém-nascido, os agentes responsáveis responderão pelo crime de homicídio simples, tipificado no artigo 121 da Lei nº 2.848 de 1940 do Código Penal, assim como quando a violência obstétrica resulta em lesão corporal, como no caso da episitomia, uma laceração provocada pelos médicos na vagina da mulher e que na maioria das vezes realizada sem anestesia. Para o mencionado ato o Código Penal dispõe no artigo 129, o crime de lesão corporal.

O crime de maus-tratos, tipificado no artigo 136 do Código Penal, estabelece que o agente que expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina será apenado com detenção de dois meses a um ano, ou ainda multa, podendo ser agravado se do fato resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte.

Outra tipificação que se encaixa a violência obstétrica é o crime de injúria, disposto no artigo 140 do Código Penal, no qual o bem jurídico tutelado é a honra subjetiva da pessoa humana, nele o crime se consuma com a ofensa à dignidade ou ao decoro, assim resta evidenciado quando os profissionais da saúde dirigem a palavras grosseiras a parturiente, expondo-as a situações constrangedoras, promovendo xingamentos e humilhações.

Verifica-se que não se faz necessário uma intervenção penal para tipificar um novo artigo especificamente para violência obstétrica, é possível o reconhecimento da violência obstétrica para além do erro médico e da responsabilização na sua esfera civil e ética, considerando que ela é uma forma de violência contra a mulher e tem grande amparo no Código Penal Brasileiro por diversos artigos já existentes, sendo plenamente possível que os agressores sejam denunciados e condenados pela Justiça.

9 CONCLUSÃO

O principal objetivo do referente artigo foi analisar se realmente se faz necessário a elaboração de uma nova tipificação penal, buscando penalizar os agentes causadores da violência obstétrica no Brasil, a partir de uma análise a respeito da violência contra a mulher.

Antes de adentrar ao problema em si, se faz necessário enfatizar o princípio da dignidade humana, elencado na Constituição Federal, considerado um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, por fazer com que o ser humano seja merecedor de respeito e consideração por parte não só do Estado como também da sociedade em que vive.

Mediante a breve análise a respeito do princípio constitucional foi possível relaciona-lo a violência contra a mulher em si, isto é, tal princípio é de extrema importância na proteção da integridade física, moral e psicológica das mulheres, possuindo ampla capacidade para reprimir e inibir a prática de atos de violência ao sexo feminino.

Tratando-se da violência obstétrica no Brasil, observou-se a inexistência de lei específica no Brasil que a regulasse, tendo em vista que a Lei Maria da Penha, principal lei vigente no nosso ordenamento que tem como objetivo a proteção às mulheres, não trata exatamente dessa forma de violação.

Todavia, a partir da realização de pesquisas, verificou-se a existência de algumas Convenções Internacionais, nas quais Brasil é signatário e que enfim abrangem a violência obstétrica como uma forma de violência contra a mulher e violência de gênero.

Visto isso, se fez necessário trazer um breve histórico do parto, para conseguir visualizar quando se deu início a essas práticas abusivas, tendo em vista que antigamente os partos eram realizados em domicílio e por parteiras que eram próximas da família, trazendo uma sensação de conforto e confiança. Com o passar dos anos, a medicina foi evoluindo e fez com que o parto se tornasse uma de suas atribuições, podendo ser realizado apenas em centros cirúrgicos e por profissionais capacitados, tão logo se iniciaram os relatos de violência às parturientes que causaram grande revolta.

Contudo, buscando responder o principal questionamento do presente trabalho, verifica-se que a partir de uma análise de alguns artigos específicos do Código Penal Brasileiro, entende-se que é possível punir os agressores com crimes tipificados e dispostos no Código, assim como a lesão corporal grave, o constrangimento ilegal e até mesmo a ameaça e a injúria.

Conclui-se que não há necessidade de elaborar mais um artigo para criminalizar a violência obstétrica, tendo em vista que alguns dispositivos do Código Penal já são suficientes para tanto, ainda mais quando atrelados às Convenções Internacionais que protegem as mulheres nesses casos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: Acesso em 03 nov. 2022.

Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: Acesso em: 03 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2015. p. 60.

Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 92. REDE PARTO DO PRINCÍPIO. **Violência Obstétrica “Parirás com dor”** - Dossiê elaborado para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. Brasília, DF: Senado Federal. 2012. Disponível em: Acesso em 05 nov. 2022.

AGENDE. **Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento. 10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará.** Brasília: AGENDE, 2004. Disponível em: Acesso em: 04 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.** Disponível em: < 69 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

KARLA CRISTINA MANETA FERREIRA:

Graduada em Direito. Pós-graduanda em Direito Empresarial com ênfase em Didática

RESUMO: O presente artigo trata do tema da responsabilidade civil do Estado por omissão no sistema penitenciário brasileiro. Com viés garantista à Constituição da República do Brasil de 1988, prevê direitos e garantias a todos os presos e, uma reinserção e recuperação dos mesmos na sociedade. Nesse sentido, como um norte na aplicação da pena podemos citar os princípios da execução penal que trazem garantias aos apenados. Outrossim, direitos e garantias encontram-se apregoados também pelo Código Penal, pela Lei de Execução Penal na Constituição da República. Inicialmente, nesse trabalho abordaremos os principais aspectos da responsabilidade civil do Estado de uma maneira geral e, posteriormente, a responsabilidade específica do Estado no sistema prisional. A responsabilidade por omissão Estatal no sistema carcerário é tema de grande relevância por incidir diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Resta claro que a omissão do Estado pode advir de diversos fatores como a violação aos direitos e garantias dos condenados a vida e a incolumidade física individuais e coletivos protegidos pelas normas internas e internacionais. Os resultados obtidos nesse artigo demonstram que será aplicada a responsabilidade civil objetiva em caso de omissão específica do Estado e, em caso de omissão genérica a responsabilidade será subjetiva. A omissão Estatal no sistema penitenciário brasileiro tem sido recorrente e o STF decidiu que esse sistema encontrasse em colapso, um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional.

Palavras chave: Responsabilidade do Estado. Omissão. Teorias adotadas

ABSTRACT: This article deals with the theme of civil liability of the State for omission in the Brazilian prison system. With a bias guaranteeing the Constitution of the Republic of Brazil of 1988, provides for rights and guarantees for all prisoners and a reintegration and recovery of them in society. In this sense, as a north in the application of the penalty we can mention the principles of criminal execution that bring guarantees to the inpatients. Moreover, rights and guarantees are also proclaimed by the Penal Code by the Criminal Enforcement Law and the Constitution of the Republic. Initially in this work we will address the main aspects of civil liability of the State in general and, later, the specific responsibility of the State in the prison system. Responsibility for state omission in the prison system is a very important theme because it directly affects the principle of the dignity of the human person. It remains clear that the omission of the State in the prison system can result from several factors such as the violation of the rights and guarantees of those convicted of life

and physical integrity and the individual and collective rights and guarantees protected by internal and international norms. The results obtained in this article demonstrate that objective civil liability will be applied in case of specific omission of the State and, in case of generic omission the responsibility to be applied will be subjective. State omission in the Brazilian prison system has been recurrent and the Supreme Court has decided that this system is collapsing, a true state of unconstitutional things.

KEYWORDS - State responsibility. Omission. Theories adopted

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. PRINCIPAIS ASPÉCTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 1.1 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado 1.2 Elementos e excludentes da responsabilidade civil do Estado 1.3 Espécies de omissões (específica e genérica) 1.4 Teoria da reserva do possível 1.5 Teoria da dupla garantia 2. RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO ESTADO NO SISTEMA CARCERÁRIO 2.1 Princípios constitucionais no sistema de execução penal 2.2 Garantias do detento na execução penal 2.3 Responsabilidade do Estado por violação da dignidade da pessoa humana no sistema prisional. 2.4 Estado de coisas inconstitucional CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com a evolução social, acompanhada pela mudança na legislação, o sistema punitivo passou por diversas mudanças, as penas que eram consideradas desumanas e inapropriadas, fundadas em um regime penal que não estabelecia limites para a sanção penal, foram sendo abolidas.

Atualmente a legislação prevê o que denominamos de penas humanitárias, que para além da punição, buscam a ressocialização do apenado, em cumprimento aos mandamentos protetivos da constituição, expressos por meio dos direitos e garantias fundamentais. Assim, como a Constituição Federal de 1988 traz regras protetivas à dignidade da pessoa humana, o Código Penal e a Lei de Execução Penal devem estar em consonância com a lei maior. Mas na prática os direitos dos detentos na execução penal têm sido constantemente violados pelo Estado.

O presente artigo tem como tema central de estudo a responsabilidade civil do estado por omissão em relação aos apenados. Justifica-se essa pesquisa pela importância em razão da divergência do judiciário na tomada de suas decisões, por vezes, aplicando a teoria objetiva e em outros processos a teoria subjetiva restando no caso concreto em situações aparentemente injustas e danosas as vítimas que buscam reparação por omissões do Estado. A metodologia adotada parte da pesquisa bibliográfica secundária em conjunto com estudos descritivos e pesquisa documental, jurisprudencial e legislativa, sobretudo no âmbito constitucional e penal brasileiro.

O objetivo principal do trabalho é identificar a responsabilidade civil por omissão Estatal no Sistema penitenciário e se se trata de responsabilidade de cunho objetivo ou subjetivo e conseqüentemente a teoria que deve ser adotada e suas conseqüências jurídicas. Os objetivos específicos consistem em conceituar responsabilidade civil Estatal por omissão, discorrer sobre os limites da responsabilidade do Estado por omissão no sistema penitenciário identificar as omissões do Estado no regime prisional, bem como as jurisprudências e doutrinas sobre o tema responsabilidade civil.

A pergunta problema investiga qual teoria deve ser adotada pelo Judiciário para fundamentar suas decisões quando se depara com pedidos de indenização em razão da responsabilidade civil Estatal omissiva que viole direitos individuais e coletivos dos detentos no sistema penitenciário. Abordaremos no tópico primeiro: evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, elementos e excludentes da responsabilidade civil do Estado, espécies de omissões (específica e genérica), teoria da reserva do possível e teoria da dupla garantia. No segundo tópico princípios constitucionais no sistema de execução penal, garantias do detento na execução penal, responsabilidade do Estado por violação da dignidade da pessoa humana no sistema prisional, estado de coisas inconstitucional.

Portanto, o presente artigo busca tratar sobre a responsabilidade Estatal por omissão no sistema carcerário e qual a medida da responsabilidade Estatal frente aos apenados e presos provisórios quando da violação de seus direitos e de sua dignidade.

1. PRINCIPAIS ASPÉCTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1.1 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado

O instituto da responsabilidade civil é tema de suma importância no Direito moderno.

Atualmente sua abrangência pode ser contratual e extracontratual. O assunto é de tamanha relevância que está disciplinado na Constituição Federal do Brasil de 1988 (CRFB

/1988).

A Constituição de Federal de 1988 estabeleceu a responsabilidade civil do Estado, em seu art. 37, § 6º, que dispõe que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para (DINIZ, 2012, p. 51). a responsabilidade civil se conceitua como:

Aplicação das medidas que determinem à uma pessoa reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Outrossim, prevê (GASPARINI, 2011, p. 321) que a responsabilidade civil da Administração Pública entende-se como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimos ou ilegítimos, material ou jurídico, que lhe seja imputável. O Estado, pessoa jurídica de direito público, é responsável por suas ações e omissões, sempre que infringir ordem e lesar terceiros.

A responsabilidade civil do Estado se relaciona com a obrigação deste em reparar os danos causados a terceiros em decorrência de suas omissões ou atividades (MEDAUAR, 2014, p 225).

A primeira teoria tratada pela doutrina sobre os limites da responsabilidade do Estado é a teoria da irresponsabilidade ou da não responsabilização do Estado ante os atos de seus agentes que fossem lesivos aos particulares. O rei que representava o Estado não cometia erros, "the king can do no wrong" (O rei não erra).

O cidadão possuía ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. E quase sempre não recebia nada porque o agente público era insolvente (FURTADO, 2007, p. 121). A segunda teoria, Civilista, baseada pelo individualismo do liberalismo, pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, sendo, portanto, obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses em que existe tal obrigação aos particulares.

Foi adotada no século XIX, quando a tese da irresponsabilidade foi definitivamente superada, porém, ao admitir-se, inicialmente, a responsabilidade do Estado, adotavam-se os princípios do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa; daí falar-se em teoria civilista. inicialmente distinguia-se, nessa seara, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão (DI PIETRO, 2014, p. 717).

Nas teorias Publicistas entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam

conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. A partir desse momento começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade (DI PIETRO, 2014, p. 725).

A teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público representou o primeiro degrau da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva. De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à ideia de falta (desvio de conduta) de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. (MELLO, 2008 p.451)

A teoria do risco administrativo, adotada em nosso ordenamento, não se analisa da culpa do funcionário causador do dano, ou mesmo sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Responde o Estado porque causou danos ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular. A Administração Pública gera riscos para os administrados com sua atividade desenvolvida. (DI PIETRO, 2009, p.643)

A teoria do risco integral, prevê responsabilidade do ente Estatal sem hipóteses de excludentes, como na existência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior e não se cogita sequer do nexos causal da conduta estatal, podendo subsistir responsabilidade até na situação em que a culpa é inteiramente da vítima. Ex. danos nucleares.

1.2 Elementos e excludentes da responsabilidade civil do Estado

Para fins de aplicação da responsabilidade civil do Estado, a doutrina, elenca alguns pressupostos, sendo eles: o dano, a conduta, o nexos de causalidade e a culpa.

Os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, ensinam que a culpa (em sentido lato) não é pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo com o advento do novo código, considerando a existência da responsabilidade objetiva, que prescindem desse elemento subjetivo para a sua configuração, cabendo analisar a responsabilidade pelos elementos conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexos de causalidade (GANGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 441). A conduta é requisito essencial, seja a responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, contratual ou extracontratual.

Outro requisito para configuração da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que é o liame que une a conduta do agente o dano. Nas palavras de CAVALIERI FILHO:

Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; e que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista uma necessária relação de causa e efeito. Portanto, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem que a responsabilidade não corra a cargo do autor material do fato (CAVALIERI FILHO, 2008, p.46).

Por fim, tem-se a culpa, em sentido lato sensu, abrange também o dolo, abrangendo todas as espécies de comportamentos contrários ao direito, internacionais ou não. Para (BEVILÁQUA 1979, p.179), culpa “em sentido lato, é toda violação de dever jurídico”.

A doutrina aponta hipóteses em que o dever de ressarcimento ou indenização pelo Poder Público pode ser atenuado ou até mesmo excluído. Assim, a responsabilidade civil do Estado será afastada quando presentes determinadas situações que excluam o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado ao patrimônio.

Dentre essas situações podemos citar como causas excludentes da responsabilidade a:

(i) força maior, (ii) culpa concorrente da vítima, (iii) culpa de terceiro e (iv) exercício regular do direito pelo agente estatal. Sobre a culpa da vítima escreve JUSTEN FILHO.

Sobre a culpa da vítima, duas são as possíveis situações, a saber, a culpa exclusiva da vítima e a culpa concorrente da vítima. No caso de culpa exclusiva da vítima não haverá responsabilidade civil do Estado, já que este não atuou para a situação que provocou a lesão; já no caso de culpa concorrente entre vítima e Estado, deverá haver o compartilhamento da responsabilidade civil de forma proporcional. (JUSTEN FILHO, 2006, p.818).

Portanto, se algumas das excludentes estiverem presentes excluída estará a responsabilidade estatal por omissão, não gerando direito a indenização.

1.3 Espécies de omissões (específica e genérica)

Duas são as espécies de omissões que podem ser praticadas pelo Estado, genérica e específica.

A omissão específica se verifica nas hipóteses em que o evento danoso decorreu diretamente da omissão do ente público, caracterizando a inércia administrativa como causa direta e imediata da ocorrência do resultado danoso. Nesse caso, sua omissão gera "a situação ideal para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo" (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 261) e não o fez, hipótese em que a sua responsabilização civil extracontratual será objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, consoante os artigos 37, § 6º, da Constituição Federal e 43 do Código Civil, exemplo: o Estado deixou o detento morrer sem assistência médica.

É a teoria que deve ser aplicada como regra no caso do tema em estudo quando o Estado se omitir no seu dever de custódia do preso e essa omissão contribuir diretamente para o dano resultante, respondendo objetivamente com base na teoria do risco administrativo, na garantia da incolumidade física e mental do detento que se encontra diretamente sob sua tutela.

Já a omissão genérica se verifica quando a ocorrência do dano não se dá diretamente em razão da inércia do Estado, mas sim em decorrência de falta do serviço, ou *faute du service*, seja porque este não funcionou quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou malou tardiamente, devendo se provar a culpa do Estado.

1.4 Teoria da reserva do possível

A reserva do possível é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais e prestações, em razão de escassez orçamentária.

De acordo com (CANOTILHO, 2008 apud GOMES, 2013, p. 108), "A teoria da reserva do possível tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, a partir dos anos de 1970"

O Supremo Tribunal Federal, tem demonstrado em suas decisões que a tese da reserva do possível não pode ser utilizada como fundamento ao descumprimento dos direitos dos presos, como se nota pela tese de repercussão geral fixada no tema 220:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral,

nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.”([RE 592581](#) STF)

Portanto, a teoria da Reserva do Possível só pode ser usada como mecanismo limite para a efetivação dos direitos sociais em especial dos direitos e garantias dos apenados no caso de comprovação efetiva de insuficiência de recursos financeiros para tanto, não bastando a simples alegação de escassez financeira sem a devida comprovação, tanto porque se chocaria com a tesado mínimo existencial.

1.5 Teoria da dupla garantia

O STF denominou de dupla garantia a possibilidade do lesado pleitear diretamente do Estado a indenização, pois agindo dessa maneira o particular estaria garantido em razão da pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, possui maior condições financeiras de ressarcir o lesado; bem como traria uma garantia ao servidor estatal de só ser demandado administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencesse em caso de dolo ou culpa

O Leading case sobre a teoria é o Recurso Extraordinário (RE) 327.904, do qual foi Relator o Ministro Carlos Britto, julgado pela Primeira Turma em 15/08/2006. Abaixo colaciono um trecho do julgado:

À luz do dispositivo [art. 37, § 6º, da CRFB], a conclusão que chego é única: somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros, por ação ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.

Quanto à questão da ação regressiva, uma coisa é assegurar ao ente público (ou quem lhe faça as vezes) o direito de se ressarcir perante o servidor praticante de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa; outra coisa é querer imputar à pessoa física do próprio agente estatal, de forma direta e imediata, a responsabilidade civil pelo suposto dano a terceiros.

A posição majoritária da jurisprudência é no sentido de que o lesado só poderá acionar Administração Pública, jamais o agente público. O agente responderá perante a Administração quando se comprovar que agiu com dolo ou culpa.

2. RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO ESTADO NO SISTEMA CARCERÁRIO

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA DE EXECUÇÃO PENAL

O Direito Penal foi se transformando ao longo dos anos, nessa transformação, foram se incorporando a ele alguns princípios que passaram a integrá-lo. Os princípios de Direito, são fundamento de todo o sistema jurídico, como bem pondera (NUCCI, 2017, p.72):

Princípios são ordenações que se irradiam por todo o sistema, dando-lhe contorno e inspirando o legislador (na criação da norma) e o juiz (aplicação da norma) a seguir os passos. Servem, ainda, de fonte para interpretação e integração do sistema normativo.

Por isso, necessário se faz abordarmos nesse trabalho os princípios que a doutrina e a Constituição da República mencionam no que tange ao processo de execução das penas, como garantias ao detento e no caso de seu descumprimento o Estado deverá responder pelos danos ocasionados.

Princípio da legalidade

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

No âmbito da execução penal, a Lei n.º 7210/84, em seu art. 45 dispõe que: não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

Como ensina (LIMA, 2022, p. 34):

Uma das principais funções do princípio da legalidade é vedar a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o acusado (ou condenado), quer quando lhe for imputada determinada infração penal em um processo penal condenatório, quer quando lhe for imputada a prática de determinada transgressão disciplinar em um procedimento administrativo disciplinar. É a expressão do comando

constitucional segundo o qual “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (CF, art. 5º, XL).

Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena disciplina que as penas aplicadas aos detentos não sejam iguais ainda que, os crimes sejam idênticos. Diversos fatores precisam ser considerados na aplicação da pena, como o histórico e circunstâncias pessoais, devendo cada um receber a pena individualizada, respeitadas as diferenças, visando à adequação as suas condições e necessidades, objetivando sua reinserção social. (NUCCI, 2007, p.30)

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, prevê expressamente a individualização da pena: *Art. 5º.: (...) “XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...)*

Sobre a individualização da pena discorre a doutrina de (MIRABETE APUD GRECO, 2012, P. 70-71):

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porqueness todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.

A doutrina ao se referir a individualização da pena faz uma correlação com o postuladoda dignidade (GRECO, 2012, p.263):

Ao regular a individualização da pena, o constituinte levou em conta a dignidade da pessoa humana, considerada como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista, preocupada com o desenvolvimento, a igualdade, o bem-estar e a justiça. Por isso, inadmitem-se investidas contra o pórtico da dignidade do homem. Trata-se do princípio humanitário, tão enfatizado pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pela Carta da Organização dos Estados Americanos, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, dentre outros que erigiram a pessoa física à própria razão de ser da sociedade

Sendo assim, para o cumprimento da pena, o princípio da individualização tratado nesse tópico deve embasar todo o sistema de execução penal brasileiro, o não cumprimento desse princípio viola os direitos fundamentais do apenado.

Princípio da Humanidade ou Humanização da Pena

O princípio da Humanização da Pena é uma forma de evitar o retrocesso na aplicação da pena. Afasta-se a forma indigna de punir, evitando que a pena seja utilizada como uma forma de vingança.

A determinação deste princípio encontra-se presente no Artigo 5º, inciso LVII:

Art. 5º(...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
- b) de caráter perpétuo;*
- c) de trabalhos forçados;*
- d) de banimento;*
- e) cruéis;*

O princípio corresponde a uma das bases dos Direitos Humanos em sede de execução penal e foi incorporado ao nosso ordenamento através da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 5º, § 2º)

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana.

Princípio da Igualdade

Na aplicação prática deste princípio busca-se a equidade de tratamento entre os cidadãos encarcerados, de forma a aplicar o preceito contido na Constituição, em seu Artigo 5º, caput, que contempla a afirmação de que todos são iguais.

A lei de execução penal determina que em seu art. 41, XII, que constitui direito do preso, a igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena.

Aristóteles, filósofo grego, citando esse princípio dispõe:

A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção

Princípio da Proibição da Tortura

Em nossa Constituição, a previsão para a proibição da Tortura está expressa no Art. 5º, inciso III, descrevendo que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Desta forma, se faz impossível a aplicação da sanção penal na forma de tortura, sem exceção.

A Lei 9.455/97 contempla o princípio em tela, e de forma específica trata da matéria e proíbe a prática da tortura em todas as suas formas. (GRECO, 2015, p.139)

De acordo com o art. 5º, da Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura.

Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas. Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

A prática de tortura enseja responsabilidade do Estado tanto civil quanto criminal.

Princípio da proporcionalidade

O referido mandamento é de grande importância, à medida que vincula não só o juiz, por ocasião da fixação do quantum, bem como o legislador quando da criação do tipo, mas também o juiz da execução quando da aplicação da pena. (NUCCI, 2007, p.72) O texto Constitucional não fez previsão expressa, mas a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prevê a proporcionalidade como norte na aplicação da punição.¹⁸

Conclui-se que todos esses princípios são de extrema importância para a execução penal e o descumprimento ocasiona a deflagração da responsabilidade do Estado.

2.2 GARANTIAS DO DETENTO NA EXECUÇÃO PENAL

Com o intuito de cumprir o objetivo de ressocialização e reabilitação, a lei de execução penal disciplina que os detentos tenham acesso a diversas assistências, dentre estas, assistênciamédica, assistência jurídica, assistência educacional e social.

A Constituição Federal elenca, em seu art. 5º inciso XLVIII, que *"a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado."* O inciso XLIX expressa que *"é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"*. Todos esses dispositivos constitucionais se fundam, no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF).

As garantias ao detento listadas na Lei de execução penal se resumem em:

¹⁸ O art. 15 determina "as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade". (DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/observatoriodh/images/1789-Declara%C3%A7%C3%A3odosdireitosdohomemedocidad%C3%A3o.pdf>> Acesso em 18/08?2023.

Assistência material: Conforme descrito no artigo 12 e 13 da lei de execução penal, o Estado deve garantir que os prisioneiros detidos recebam alimentação, roupas, instalações sanitárias adequadas. A alimentação também encontra respaldo nas Regras nº 20.1 e 20.2, das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da ONU, e, segundo tais dispositivos, “o Estado deverá fornecer ao recluso alimentação de valor nutritivo adequado à saúde e à robustez física, de qualidade e bem preparada e servida, além do preso ter a possibilidade de se prover com água potável, sempre que necessário”.

Em relação ao vestuário, este também é garantido pelas Regras Mínimas da ONU que, na Regra nº 17

Assistência à saúde: o artigo 14 da LEP prevê a assistência à saúde do preso de caráter preventivo e curativo, onde se compreenderá o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, se o atendimento não for suficiente no estabelecimento penal deve-se realizar a prestação em outro local adequado. As Regras Mínimas da ONU estabelecem que cada penitenciária deve dispor de serviços de, pelo menos, um médico, com conhecimento de psiquiatria e que os serviços médicos devem ter sua organização estreitamente relacionada com a administração geral dos serviços de saúde da comunidade ou da nação (Regra nº 22.1).

Assistência jurídica: descrita nos artigos 15 e 16 que determina o direito de assistência jurídica aos presos que não tiverem condições de contratar um advogado ou não quiserem assim fazer. *“Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.”*

Assistência social: está contemplada nos artigos 22 e 23 que nos diz que a assistência social tem por sua finalidade amparar o preso e o internado e prepará-lo para seu retorno à liberdade.

Assistência educacional: um avanço na lei de execução penal, onde tem a previsão do ensino médio obrigatório, oferecimento de ensino profissionalizante e exigência de biblioteca no sistema prisional. *Art. 17. da LEP.*

Assistência religiosa: O Estado Brasileiro é, como se extrai da Constituição Federal, um estado laico, devendo ser respeitada a liberdade de crença religiosa, como previsto na lei de execução penal e no art. 12.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁹: “Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito compreende a liberdade de manter sua religião ou suas crenças, ou de mudar de

¹⁹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> acesso em 10/09/2023

religião ou de crenças, bem como a liberdade de divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.”

Respeito à incolumidade física

Uma vez que o Estado segrega o apenado e o coloca em uma instituição prisional para o cumprimento de sua pena, passa a ter a responsabilidade de proteger e garantir ao apenado sua integridade física.

Em repercussão geral o STF decidiu que o Estado é responsável pela proteção e incolumidade física do detento:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.² A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.³ É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).⁴ O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.⁵ A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.⁶ In casu, o tribunal a quo assentou que ino correu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexos de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de

responsabilidade civil estatal. Recurso extraordinário DESPROVIDO. STF. (Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016).

Portanto, impõe-se responsabilidade civil objetiva do Estado em decorrência de sua omissão específica em cumprir o dever de proteção que é determinado pelo art. 5º, XLIX, da CF/88.

Direito ao Trabalho

Os apenados possuem direito ao trabalho. A atividade laboral é uma das formas de ressocialização do detento, sendo considerado tanto direito do recluso como dever do Estado.

2.3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL.

De acordo com o professor SARLET, fundamentado em bases filosóficas, traz um conceito de dignidade humana:

(...)

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2010, p. 37-39).

Com base na proteção a dignidade humana diversas regras internacionais estabelecem diretrizes de proteção aos reclusos. Destaca-se dentre elas a formulação das Regras Mínimas para Tratamento dos Prisioneiros, adotada pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizada em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua Resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957.

Na mesma toada o pacto internacional dos direitos civis e políticos prevê em relação à pena privativa de liberdade, em seu artigo 10, 1, que toda pessoa detenta deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. Ainda, seu art. 10, 3, afirma que o regime penitenciário terá como objetivo principal o "melhoramento e a readaptação social dos detidos"

Em matéria penitenciária, no direito internacional uma petição foi formulada e o Brasil foi denunciado à Comissão interamericana referente aos fatos de violação aos direitos humanos no presídio Urso Branco, em Rondônia, no qual ocorreu a chacina de inúmeros detentos. (DEMARCHI, 2009) O caso foi levado à Corte Interamericana, a qual determinou ao Estado Brasileiro a adoção de inúmeras medidas visando a garantia da proteção da vida integridade física de todos os apenados do referido estabelecimento.

O STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580252, com a devida repercussão geral reconhecida em 16 de fevereiro de 2017, decidiu que o preso submetido à situação degradante e à superlotação no sistema carcerário tem direito a indenização por danos morais a ser paga pelo Estado, fixando-se o quantum indenizatório, no referido caso, em R\$ 2 mil reais. O STF decidiu que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento", entendendo-se pela proteção dos direitos humanos da pessoa presa. A Suprema corte ainda entende que o Estado tem o dever de zelar pela vida do detento inclusive tomando providências para evitar o suicídio.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou tese, em 30 de março de 2016 (RE) 841526, no sentido de que "a morte de detento em estabelecimento penitenciário gera responsabilidade civil do Estado quando houver inobservância do seu dever específico de proteção.", BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA, 2003, apud GRECCO, apontam, ainda:

Que os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisão é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo da impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não

cumpra sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que prevenção especial não passe de um elemento do discurso. (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA, 2003, apud GRECCO, 2015, p. 336)

Portanto, tendo sido comprovado a morte de um preso sobre custódia, ou submetido a condições degradantes, e tomando por fundamento o que resguarda a Constituição Federal e o código civil a respeito dos deveres da administração pública e seus agentes, não há como afastar o nexos causal, impondo-se o dever de indenizar.

2.4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.

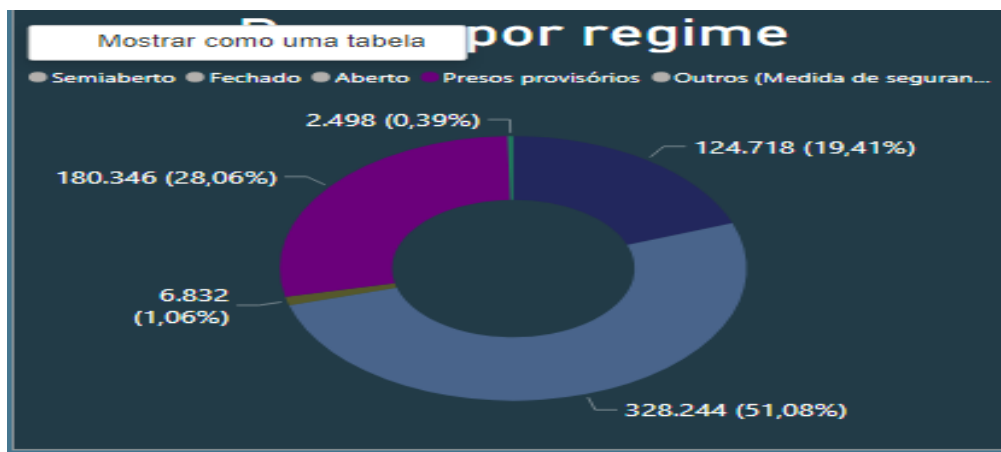
O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em um estado inconstitucional, (ADPF 347) uma violação generalizada de direitos fundamentais dos detentos. Deste modo, estabelecido o nexos de causalidade do dano e a atuação da administração ou de seus agentes, surge a responsabilidade civil do Estado por essa situação de caos generalizado no sistema penitenciário. Nessa decisão o STF determinou diversas diretrizes a serem implementadas pelo Estado para resolução dessa situação.

Um dos fatores que levam a esse estado de coisas é a super população carcerária.

De acordo com dados do SISDEPEN 2023 a população carcerária no Brasil está em 642.638 presos em celas físicas. Regime fechado 328.244, regime semiaberto 124.718, regime aberto 6.832, ambulatorial 674, medida de segurança 1.824 e provisórios 180.346.

Abaixo gráfico com os índices apresentados:

Figura 1 população carcerária no Brasil 2023 últimos dados do SENAPPEN



Fonte :< [https://www.Painéis Interativos — Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](https://www.Painéis Interativos — Português (Brasil) (www.gov.br))> Acesso em: 15/07/2023

Sobre essa situação aponta (LEAL, 2021 p.71), como uma alternativa para esse estágio atual dos presídios, à necessidade do rompimento da retribuição da pena, da culpa, da vingança, como forma de colocar fim ao problema da violência. Uma necessidade imperiosa de resgatar o abolicionismo penal desde uma compreensão ampla de organização social, das pessoas e das relações como meio de resolução de questões relacionadas ao encarceramento em massa e a cultura do extermínio, do sofrimento e da separação ocasionada pela má gestão do Estado.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil é denominada em nosso ordenamento jurídico como obrigação contínua de reparar o dano decorrente da violação de um dever jurídico. No âmbito da responsabilidade da Administração Pública em face dos casos de lesão corporal e morte de presos restou demonstrado que o Estado não pode se omitir de zelar pela integridade física do detento, tendo em vista que a privação da liberdade gera obrigação de tutela e conseqüentemente no resguardo de sua incolumidade física e psicológica.

O cumprimento das penas há que preservar, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana. É de imperiosa importância que o processo de reeducação e de reinserção social tenham como fundamentos o respeito profundo e incondicionado à dignidade do preso. No entanto, verifica-se, na prática, que o Estado brasileiro, de um modo geral, tem descumprido à Constituição Federal, as normas internacionais e a LEP, impondo aos apenados o cumprimento das sanções penais em condições desumanas, privados de mínima assistência material.

Observa-se que o fundamento da responsabilização do Estado se alterou com o passar do tempo, vez que anteriormente era predominantemente subjetiva e centralizadas na culpa, e agora prevalece a responsabilidade objetiva. Analisando variadas citações doutrinárias e jurisprudenciais, constatou-se o posicionamento majoritário no sentido da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, a qual fundamenta-se no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, reconhecendo que a custódia de pessoas é caracterização suficiente na responsabilização objetiva do Estado pela morte dos reclusos.

O STF em vários de seus julgados se mostrou favorável a aplicação da responsabilidade objetiva em casos de omissão Estatal específica, excluindo a necessidade do elemento subjetivo, bastando apenas o nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda previsto no artigo 5º, inciso XLX da Carta Magna.

Ao deixar se instalar esse Estado de coisas inconstitucional, o poder público assume para si os riscos provenientes dessa omissão, muitas vezes com efeitos deletérios irreversíveis, que gerarão responsabilização do Estado. A falta de estrutura dos presídios impede a ressocialização do preso e seus direitos constitucionalmente garantidos não são implementados.

Portanto, conclui-se que a precária situação dos presídios brasileiros e a falta de preparo de seus agentes somado à impossibilidade de se utilizar da teoria da reserva do possível como justificativa, resulta na omissão específica do Estado na qual se origina a responsabilidade de indenizar o indivíduo por eventuais danos causados.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Dizer o Direito. **Responsabilidade civil do Estado em caso de suicídio de preso** Disponível: < <https://www.dizerodireito.com.br/2018/08/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>.> Acesso em 22/05/2023

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Disponível em < <http://www.SupremoTribunalFederal.stf.jus.br>> Acesso em 02/08/2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 108.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado.

_____ Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, 2007.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em <Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social - Lizandra Pereira Demarchi | Jusbrasil> Acesso em: 10/07/2023

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____ 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo, Saraiva, 2011.

GOMES, Mário Soares Caymmi. **Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais. Entre Aspas**. Revista da UNICORP, Bahia, v.3 (Março2013), p.88. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte Geral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____ **Curso de Direito Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

LEAL, Jackson da silva. **uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência** JRev. bras. segur. pública | São Paulo v. 15, n. 1, 58-73 fev/mar 2021

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal** Bahia: Editora Juspodivm; 11ª edição (31 janeiro 2022)

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Manual de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro, Forense, 2017

PAINEIS INTERATIVOS **Senappen- Estatísticas do sistema penitenciário** ano de 2023 <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTQ2ZDc4NDAtODE5OS00ODZmLThiYTETyZl4YTk0MTc2MzJkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ>> Acesso em julho de 2023

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ACNUDH- [Http//www.<Regras Mínicas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos – ACNUDH>](http://www.<Regras Mínicas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos – ACNUDH>) Acesso em 10/07/2023

RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado por dano moral. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 2, 2002. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PRIMEIRAS LINHAS SOBRE O JUIZ DE GARANTIAS, NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PAULA NAVES BRIGAGÃO: Ex Tabeliã pelo TJMG. Especialista em Compliance Contratual, pela Faculdade Pitágoras. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa – Montevideo – UY. Escritora. Advogada.

Resumo: O presente trabalho pontua o surgimento do Pacote Anticrime como uma forma de minimizar a incidência do crime organizado, seus aspectos peculiares frente ao cenário brasileiro incorporando a figura do juiz de garantias, como forma de resguardar a efetividade das garantias fundamentais do indivíduo frente à sistemática processual penal, bem como o que fora delimitado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo das ADIs **6.298, 6.299, 6.300 e 6.305**.

Palavras-Chave: Pacote Anticrime. Juiz de Garantias. Imparcialidade. Efetividade.

Abstract: The present work points out the emergence of the Anticrime package as a way to minimize the incidence of organized crime, its peculiar aspects in the Brazilian scenario, incorporating the figure of the guarantees judge, as a way to safeguard the effectiveness of the individual's fundamental guarantees in view of the procedural system penal.

Sumário: Introdução. 1. Pacote Anticrime e sistema acusatório. 2. Reflexos do Pacote Anticrime no art. 28 do CPP. 3. Outros reflexos do Pacote Anticrime. 4. Caso prático envolvendo o Pacote Anticrime. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

O Pacote Anticrime encampado pela Lei 13.964/19 foi vetado em alguns artigos, mas foram vetos de menor monta.

Logo, a sua essência restou preservada.

Registre-se que a Lei 13.964/19 foi sancionada, como “presente” de Papai Noel, na véspera de Natal, em 24 de dezembro de 2019, e, tido como a grande novidade natalina, entrou em vigor, após o lapso temporal de trinta dias, depois de sua publicação oficial.

Contudo, alguns de seus artigos, em um primeiro momento, tiveram a sua eficácia suspensa. Outros foram declarados inconstitucionais, em momento subsequente.

Com algumas modificações pontuais pode-se dizer que: Já está o pacote empacotado nas ruas, bancos, praças e tribunais brasileiros!

O juiz de garantias conhecido como juiz imparcial que irá atuar antes da instrução probatória, já era uma realidade discutida pelo ordenamento jurídico em tempos pretéritos. Era conhecido o pensamento de quem antes um culpado nas ruas a um inocente atrás das grades.

Muito embora o Pacote Anticrime seja considerado uma novidade, de novidade pouco se tem. Isso devido ao fato de que o instituto já era previsto no projeto do Código de Processo Penal, já tendo sido aprovado (até a presente data!) no Senado Federal.

O tema veio a lume com o projeto do Código de Processo Penal por constituir-se em realidade fática no cenário nacional. Mas qual o objetivo precípua de tal instituto? Surge para suprir uma demanda e prevenção à parcialidade do magistrado.

Não vamos muito longe: Vozes outras apregoavam: Não em todos, mas, em alguns momentos, houve mesas paralelas e o olhar superior do juiz, mas cadeiras laterais entre juízes e promotores de justiça no caso da operação lava jato, em que tais personagens seguiram, trocando, entre si, "figurinhas" dentro e fora do recinto. A imprensa assim noticiou o fato. Se for verdade ou mentira só o tempo dirá!

Fato é: Para banir supostas práticas tornou-se premente a figura do juiz de garantias. Garantidor do quê? Ora, garantidor de um processo adequado, isonômico e justo, presidido por um juiz imparcial.

1. Pacote Anticrime e o sistema acusatório.

O nosso sistema processual penal, em função do disposto no art. 129, I da CR, é um sistema acusatório. Sofreu críticas acirradas acerca disso, haja vista que o Código de Processo Penal, fruto da ditadura, do Estado Novo sofreu reformas parciais que afetaram alguns dispositivos, esquecendo-se de outros.

Em linguagem figurada: O Código de Processo Penal sempre fora visto como um edifício em ruínas, despido de unidade sistêmica. Cobria-se um santo e despia-se outro.

Assim, as figuras do impedimento e da suspeição, por si sós, não foram suficientes para se resguardar a total imparcialidade do magistrado, já que o próprio CPP permitia que o órgão julgador buscasse as provas que entendesse necessárias para a instrução da causa.

A visão garantista de Luigi Ferrajoli muito já criticava a produção de provas de ofício pelo magistrado, inculpada no art. 156 do CPP, rotulando, dessa forma, o sistema acusatório de impuro. E, aqui, cabe um adendo: O Supremo Tribunal Federal finalizou o

juízo de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade que versavam sobre o Pacote Anticrime e realizou uma interpretação conforme do art. 3, A do CPP.

No sistema acusatório o juiz é despido de iniciativa probatória.

O STF entendeu que embora o sistema seja acusatório o juiz, com base no princípio da legalidade, pode, em caráter suplementar, buscar a prova. Essa é uma permissão para que o juiz (nos limites da lei) possa determinar diligências suplementares pontuais.

Em suma: Interpretação conjugada do art. 156 do CPP restringido o art. 3º, A do CPP.

As boas e más línguas falavam em um caráter suplementar de produção de provas de ofício, para que tal dispositivo fosse salvo no sistema. Mas o Código, já uma colcha de retalhos, pedia socorro e pouca gente ouvia. Com o Pacote Anticrime ele foi escutado, ainda que, de forma tímida.

Confira trecho do julgado exarado pelo STF na ADI 6.300: “O Tribunal, **nos termos do voto do Relator**, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para: **1. Por maioria**, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin”.

De igual modo criticou-se bastante a sistemática da remessa do inquérito para as mãos do magistrado, com Estados da federação criando a figura das centrais de inquérito, retirando-se, desse modo, das mãos iniciais do juízo os inquéritos que tinham como protagonistas indiciados soltos. O grande problema é que as centrais de inquérito, elaboradas por resoluções, não contavam com a reserva legal, até que inseridas, em momento posterior, na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio Janeiro.

A conversa foi à seguinte: Declarada a inconstitucionalidade formal da Lei orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro pelo Supremo Tribunal Federal, quando chamado a apreciar o tema, as centrais de inquérito cariocas foram copiadas por vários estados brasileiros.

Em linguagem metafísica: Era água de cachoeira após um período de chuva. O barro quase tomando conta da água, na aguçada visão do observador. Muito de barro, mas a força da água pujante!

A fim de resgatar água limpa, o objetivo maior do pacote Anticrime foi banir a figura do juiz paternalista, objetivo parcialmente atingido. Se a parte não produziu a prova, com menos razão deverá produzi-la quem irá julgá-la. Todavia, mantiveram o caráter suplementar da prova! Se a prova não chegou aos autos pelas mãos das partes (os protagonistas da cena do crime) caberia ao juiz absolver o réu por insuficiência de provas, sob pena de violação a um pressuposto processual de validade do processo, qual seja a imparcialidade do magistrado.

Contudo, tudo permaneceu como “antes”, no quartel de Abrantes.

Confira ementa do julgado na ADI 6.300:

Decisão: “O Tribunal, nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para: 1. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin; 2. Por maioria, declarar a constitucionalidade do caput do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e por unanimidade fixar o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça”

2. Reflexos do pacote Anticrime no art. 28 do CPP.

O artigo “bola da vez” do pacote anticrime é o art. 28 do CPP, objeto de grandes modificações.

Pela sistemática anterior, se o promotor de justiça requeria o arquivamento por falta de justa causa, a título de exemplo, e o juiz não concordasse, haveria a remessa dos autos pelo juiz para que o chefe da instituição (Procurador Geral de Justiça) decidisse sobre o caso, atuando o juiz como fiscal do princípio da obrigatoriedade, função anômala do juiz, por ser uma função administrativa. Essa busca desenfreada pelo interesse na reforma do arquivamento pelo juiz implicava em juízo negativo de arquivamento, internalizado pela mente do magistrado.

O pacote Anticrime retirou o juízo do papel de fiscal do princípio da obrigatoriedade. Em outras palavras: juiz, não meta o bedelho aonde não foi chamado. Com o pacote, a obrigatoriedade do juízo seria a de ficar inerte e deixar que os membros

do Ministério Público resolvessem o deslinde, no que toca ao arquivamento de inquérito policial.

De acordo com o texto legal: Em vislumbrando a necessidade do arquivamento, o promotor de justiça remeterá os autos ao Conselho Superior do Ministério Público, um colegiado, para que se decida acerca da reanálise da *opinio delicti*.

É fato: Um órgão plural reduz as chances de erros, afinal, já nos ensina o ditado popular: “duas cabeças pensam melhor do que uma!”.

Observe o leitor à nova redação do art. 28 do CPP, com a redação fornecida pelo pacote anticrime:

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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter à matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Contudo, o art. 28 do CPP foi alvo de modificações pontuais de interpretação, pela Suprema Corte:

O art. 28 foi subdividido em partes. O MP irá se manifestar pelo arquivamento. Quem vai definir pelo arquivamento será o juiz, que fará o controle de legalidade do arquivamento. A vítima, dele será comunicada e poderá submeter a revisão ministerial o pedido de arquivamento.

Daí bifurcou-se duas situações: Se o juiz concorda com o arquivamento, a vítima pode recorrer para a revisão ministerial. Caso o juiz não concorde com o arquivamento, juiz e vítima poderão recorrer à revisão ministerial. O juiz assim irá agir quando houver ilegalidade ou teratologia.

A título de exemplo, no que concerne ao tipo do art. 28 § 2º vislumbra o leitor o seguinte caso concreto da vida como ela é: Amarildo Barriga, servidor público da prefeitura de Deus me Livre do Oeste foi tido como suspeito do crime de furto pela subtração de três computadores da prefeitura da cidade.

O promotor de justiça local entendeu que não havia o lastro probatório mínimo para a deflagração da ação da ação penal, já que o indiciado possuía álibi e, para tanto, remeteu os autos do inquérito para a chefia da instituição, ao argumento de falta de justa causa para a propositura da ação penal.

O prefeito, indignado, foi bater as portas do Conselho Superior do Ministério Público, a fim de que tal arquivamento fosse revisto.

Tal proceder do prefeito encontra consonância com o atual artigo 28 do CPP? E o proceder do MP? Agiu corretamente o promotor de justiça?

Sim e Não!

A resposta, quanto a primeiro quesito, é afirmativa. Isso porque sendo o Município vítima (sujeito passivo) do crime de furto, em não possuindo o município procurador, a representação pelo prefeito se deu de maneira escoreita.

Já o Ministério Público, de acordo o julgamento ora proferido pelo STF, ao se manifestar pelo arquivamento, até pode submeter à matéria a instância de revisão, mas, antes disso, submeterá a sua manifestação ao juiz competente e comunicará, incontinenti, à vítima.

Note o leitor a pedra de toque do art. 28 § 2º do CPP: Agora quem também faz às vezes de fiscal do princípio da obrigatoriedade no caso de arquivamento do inquérito policial não é somente o juiz, mas os prefeitos e procuradores dos entes federativos. O juiz compartilhou a toga com o prefeito, em verdadeira desjudicialização.

Repise-se: O STF deu interpretação conforme a Constituição ao parágrafo primeiro do art. 28 do CPP, perfilhando o entendimento de que, além da vítima ou do seu representante legal, a autoridade judicial competente também está inclusa no rol de legitimados a submeter à matéria atinente ao arquivamento à revisão da instância competente, em casos de patente ilegalidade ou teratologia no ato de arquivamento.

Confira o intérprete trecho da decisão:

Por maioria, atribuir interpretação conforme ao *caput* do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do

Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses. **Por unanimidade**, atribuir interpretação conforme ao § 1º do art. 28 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento. **Por unanimidade**, declarar a constitucionalidade dos arts. 28-A, *caput*, incisos III, IV e §§ 5º, 7º e 8º do CPP, introduzidos pela Lei nº 13.964/2019. **Por maioria**, declarar a inconstitucionalidade do § 5º do art. 157 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, vencido, em parte, o Ministro Cristiano Zanin, que propunha interpretação conforme ao dispositivo.

3. Outros reflexos do Pacote Anticrime.

O pacote Anticrime traz um juízo novo para atuar na fase do inquérito. Uma verdadeira peneira para filtrar a água do barro. O juiz de garantias é o primeiro a ser chamado para decidir sobre as medidas cautelares. De acordo com a decisão proferida pelo STF: Quem irá reexaminar as medidas cautelares será o juízo da instrução e julgamento. Note o leitor: O reexame, não o exame.

Outra inovação do pacote é a de que o inquérito não acompanharia os autos para fins de ação penal. O inquérito ficaria resguardado no cartório do juízo de garantias. A intenção do legislador foi boa, mas descartada pelo STF: A exclusão física dos autos do inquérito foi declarada inconstitucional, ou seja, o inquérito continua integrado ao processo.

Vejamos alguns dispositivos:

Art. 3, A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

O Legislador enviou ao aplicador da lei o seguinte recado: A verdade real não se dá a qualquer preço!

Repise-se: O STF proclamou que embora o sistema vigente permaneça acusatório, o juiz, com base no princípio da legalidade, pode, em caráter suplementar/complementar buscar a prova: o juiz, autorizado por lei, pode determinar diligências suplementares pontuais.

Art. 3, B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019): prorrogação da prisão provisória em audiência pública e oral: O STF realiza uma interpretação conforme para determinar que **preferencialmente** se faça uma audiência pública e oral, com vistas a ofertar o contraditório. Preferencialmente denota facultatividade da audiência pública e oral.

Confira o leitor trecho da decisão: "Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo 12 (doze) meses, devendo a devida justificativa ser apresentada em procedimento realizado junto ao Conselho Nacional de Justiça, vencido, apenas quanto à inconstitucionalidade formal, o Relator, que entendia competir às leis de organização judiciária sua instituição". (ADI 6.300).

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019): O STF encampa uma interpretação conforme para determinar que preferencialmente se faça uma audiência pública e oral, com vistas a ofertar o contraditório. Preferencialmente denota facultatividade da audiência pública e oral.

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019):

De acordo com decisão exarada pelo STF podem existir novas prorrogações, não limitada a uma única vez, e o excesso de prazo, por si só, não é causa de ilegalidade e revogação automática da prisão.

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

O juiz de garantias vai ser o presidente da audiência de custódia. Tudo aquilo que era feito na fase inquisitorial veio para as mãos do juiz de garantias.

O pacote previu o seguinte:

O juiz de garantias iria atuar até a fase de apresentação de resposta à acusação. Quem rejeitaria ou receberia a denúncia seria o juiz de garantias, determinando a citação do réu e resposta a acusação, verificando se era o caso de absolvição sumária ou não. Era dele e somente dele tal juízo de admissibilidade. Confirmado o recebimento da denúncia, os autos seguiriam para o juízo de instrução. E lá seguiria o seu curso com a figura de um juízo descontaminado dos elementos informativos obtidos na fase inquisitorial. E, assim, faria sentido à frase bíblica: Dai a César o que é de César!

Contudo, de acordo com a decisão proferida pelo STF: Outra mudança substancial foi no sentido do destinatário da denúncia, ou seja, quem vai receber a denuncia não será mais o juiz das garantias e sim o juiz da instrução e julgamento. A denúncia ou queixa será oferecida pelo juiz das garantias e não recebida por ele. Logo: A competência do juiz das garantias se exaure com o oferecimento da denúncia.

Confira trecho da decisão: “**Por maioria**, declarar a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, vencido o Ministro Edson Fachin.” (ADI6.300)

São constitucionais os incisos, IV, VII, VII e IX do art. 3º. Foi determinado um prazo de 90 dias para que os pics (procedimentos investigatórios criminais) e outros procedimentos de investigação no prazo de 90 dias, ainda que não tenham sido implementado o juiz de garantias no Estado. Visualize o leitor:

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, no julgamento proferido no bojo da ADI 6.300: O juiz de garantias não se aplica ao júri, aos processos originários dos tribunais, aos processos de violência doméstica e familiar, bem como as infrações de pequeno potencial ofensivo, sendo aplicado ao processo eleitoral.

No que toca ao art. 310 do CPP, observe o leitor:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, a não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade

competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

De acordo com o STF, em decisão exarada: O STF considerou parágrafo 4º do art.310 considerou inconstitucional referido dispositivo legal. Em palavras simples: Se não cumpriu o prazo, a prisão segue o seu curso, tal como água de rio.

Confira o leitor trecho da decisão:

“Por unanimidade, atribuir interpretação conforme ao *caput* do art. 310 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, em caso de urgência e se o meio se revelar idôneo, poderá realizar a audiência de custódia por videoconferência. **Por unanimidade**, atribuir interpretação conforme ao § 4º do art. 310 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que a autoridade judiciária deverá avaliar se estão presentes os requisitos para a prorrogação excepcional do prazo ou para sua realização por videoconferência, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. **Por unanimidade**, fixar a seguinte regra de transição: quanto às ações penais já instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente.

4. Caso prático envolvendo o Pacote Anticrime:

Juca Canhão fez do roubo profissão. Achava bonito publicar nas redes sociais o luxo que o crime lhe proporcionava. Mas fato é que no último roubo “deu ruim”. Não foi a vítima, mas sim, ele, que perdeu a sua liberdade.

Preso em flagrante, da unidade prisional em que estava, ameaçou uma testemunha do crime pelo celular que ganhou como recheio do bolo levado por sua esposa.

Não é demais dizer que, após tal fato, a sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva.

Ultrapassado o lapso temporal de sessenta dias preso, por sorte ou azar, a testemunha ameaçada por ele veio a falecer, em virtude da pandemia da Covid19.

No nonagésimo primeiro dia, a defesa de Juca impetrou um habeas corpus sustentando que com a morte da testemunha não mais se justificaria a prisão preventiva de Juca, sem motivação idônea que a justificasse após o prazo de noventa dias.

Assiste razão a defesa quanto à ilegalidade da prisão?

A resposta afirmativa se impõe.

Instado a pronunciar-se sobre o tema, na lavra do Informativo 968, o Supremo Tribunal Federal examinou a questão à luz do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Com a nova lei, que alterou o artigo 316 parágrafo único do Código de Processo Penal, a necessidade da prisão preventiva deverá ser reavaliada a cada noventa dias pelo órgão emissor da decisão, que deverá fazer uma análise motivada acerca da manutenção ou revogação desta, já que há que se demonstrar fatos concretos e atuais que justifiquem tal medida extrema de cerceamento da liberdade de locomoção do preso.

Tal decisão fundamentada é respeito ao Estado Democrático de Direito e ao direito fundamental de locomoção do indivíduo. É certo que, depois da vida, a liberdade é o bem mais precioso que possuímos.

No caso hipotético, por nós narrado, a prisão de Juca até se justificaria, já que Juca era criminoso habitual e fazia do crime um estilo de vida. As redes sociais assim diziam. A testemunha, morta, estava a salvo, mas a sociedade não!

Contudo, a justificativa de tal encerramento preventivo restou ausente, no lapso temporal de noventa dias. A necessidade não foi demonstrada.

Logo, entendemos que a prisão de Juca tornou-se ilegal pela falta de fundamentação na sua manutenção, ainda que presentes faticamente os motivos que a justificassem. Para sermos fiéis ao julgado exarado pela Suprema Corte sobre o tema reproduzimos, aqui, trechos da decisão.

Confira o leitor: “A reforma legislativa operada pelo chamado “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019) introduziu a revisão periódica dos fundamentos da prisão preventiva, por meio da inclusão do parágrafo único ao art. 316 do CPP. A redação atual prevê que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar ilegal a prisão preventiva:

Art. 316 (...) Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Assim, a prisão preventiva é decretada sem prazo determinado. Contudo, o CPP agora prevê que o juízo que decretou a prisão preventiva deverá, a cada 90 dias, proferir uma nova decisão analisando se ainda está presente a necessidade da medida.

Isso significa que a manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que a justifiquem.

A existência desse substrato empírico mínimo, apto a lastrear a medida extrema, deverá ser regularmente apreciado por meio de decisão fundamentada. A esse respeito, importante mencionar também o § 2º do art. 312 do CPP, inserido pelo Pacote Anticrime: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.” STF. 2ª Turma. HC 179859 AgR/ RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/3/2020 (Informativo 968). CAVALCANTE, Márcio André. Informativos do STF e STJ. Versão Resumida. Dizer o Direito, 2020. Acesso em 22/06/2020.

Conclusão

Se por um lado a intenção do pacote Anticrime foi a de aumentar a eficácia de um juiz imparcial na luta contra o crime organizado, por outro lado flexibilizou o princípio da verdade real com a figura do juiz de garantias, impondo-se a absolvição do acusado no caso de ausência de provas, ante o impedimento de colheita de provas pelo juízo que irá julgá-las.

Fato é que o princípio da imparcialidade do julgador é a mola propulsora do juiz de garantias. Também não é menos certo de que o juiz da instrução não procura provas.

Fato é que com a decisão exarada pela Suprema Corte perdemos uma grande oportunidade de evoluirmos no aspecto de dar maior concretude ao sistema acusatório, com a separação das funções de acusa, defender e julgar. Na dúvida, o juiz não deveria buscar a prova, mas absolver o acusado. Houve, sem sobras de dúvidas, uma evolução em contraposição a antiga redação do art. 28 do CPP, no que toca ao aspecto de permitir a vítima, conjuntamente com o magistrado, em levar a questão do arquivamento a revisão ministerial, mas poderíamos ter avançado mais.

Isto posto, a verdade a qualquer preço não se coaduna com os Estado Democrático de Direito. Instituiu-se o juiz de garantias para que o sistema processual penal não sucumbisse frente às reformas parciais e cada vez menos eficazes e coerentes.

Esperamos que o pacote Anticrime, analisado sob a ótica da Suprema Corte, não seja um mero reflexo do direito penal simbólico - e que as garantias fundamentais do indivíduo não façam da Lei Maior mera folha de papel, nas palavras de Lassalle.

Que seja eterno enquanto dure! E que dure o suficiente para garantir efetividade ao sistema.

Referências Bibliográficas.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de: Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: Processo Penal. Vol. 1 a 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi: Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

YASMIN DA SILVA BITENCOURT:

Mestranda em Direito, com ênfase em Direito Tributário (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário. Advogada²⁰.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo examinar a problemática que envolve a instituição e majoração de tributos por meio de medida provisória. As medidas provisórias estão previstas no art. 62 da Constituição Federal de 1988, que determina que o Presidente da República é legitimado para edição de Medida Provisória, exclusivamente e por ato unilateral, atendidos os pressupostos constitucionais de relevância e urgência, tratando-se de competência restritíssima do Presidente. Por tratar-se de instrumento normativo de caráter excepcional expedido por ato unilateral, ao tratar de matéria tributária, as medidas provisórias devem guardar estrita observância aos princípios jurídicos constitucionais Republicano, da Legalidade, da Separação dos Poderes, da Anterioridade e da Segurança Jurídica, partindo de uma análise sistêmica do texto constitucional, de modo que, por não haver nenhuma previsão neste que autorize a instituição ou majoração de tributos por meio de medidas provisórias, conclui-se que somente a lei (ordinária ou complementar) pode criar ou aumentar tributos, uma vez que somente este ato normativo pode descrever ou alterar os aspectos que compõem a hipótese de incidência tributária, em observância aos princípios jurídicos constitucionais.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais Tributários; Medidas Provisórias; Instituição e Majoração de Tributos; Emenda Constitucional 32/2001.

ABSTRACT: This paper aims to examine the issue involving the Institution and Increase of Taxes through Provisional Measure. Provisional measures are provided for in art. 62 of the Federal Constitution of 1988, which determines that the President of the Republic is entitled to issue Provisional Measures, exclusively and by unilateral act, in compliance with the constitutional requirements of relevance and urgency, in the case of President's very restricted competence. As it is a normative instrument of exceptional character issued by unilateral act, when dealing with tax matters, the provisional measures must strictly observe to constitutional legal principles: Republican, Legality, Separation of Powers, Priority and Legal Security, from a systemic analysis of the constitutional text, so that, as there is no provision in it that authorizes the institution or increase of taxes through provisional

²⁰ E-mail: Yasmin_bittencourt@hotmail.com

measures, it is concluded that only the law (ordinary or complementary) can create or increase taxes, since only this normative act can describe or change the aspects that make up the tax incidence hypothesis, in compliance with the constitutional legal principles.

Keywords: Constitutional Tax Principles; Provisional Measure; Institution and Increase of Taxes; Constitutional Amendment 32/2001.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo examinar a problemática que envolve a instituição e majoração de tributos por meio da edição de medidas provisórias através de uma análise sistematizada da CF, tendo em vista: (i) os princípios jurídicos constitucionais a saber: Republicano, da Estrita Legalidade (determina que os tributos só podem ser instituídos ou majorados através de lei), da Segurança Jurídica (protege o contribuinte de ser surpreendido por alguma norma) e da Anterioridade (característica da norma tributária); (ii) o caráter precário e de eficácia imediata deste instrumento normativo; (iii) os limites impostos pelo poder constituinte originário a edição de medidas provisórias, tendo em vista que o legislador constituinte já dispôs sobre as circunstâncias de relevância e urgência em matéria tributária, prevendo de forma específica outros procedimentos que não a Medida Provisória; (iv) a edição da Emenda Constitucional nº 32 que alterou o art. 62 do texto constitucional permitindo expressamente a edição de medidas provisórias que instituem e majoram tributos, e (v) constitucionalidade da criação e aumento de tributos por meio de medidas provisórias.

No Brasil, o Poder Legislativo, através da sua função típica de legislar, é responsável por instituir e majorar tributos através de Lei Ordinária conforme disposto no art. 150, inciso I da CF/88, observadas as exceções previstas nos arts. 148 e 154, I da CF/88, atentando-se ao fato de que o termo Lei ora empregado deve ser interpretado com base nos princípios supracitados, de forma a garantir a generalidade e a igualdade inerentes à tributação.

Nesse sentido, destaca-se ainda o art. 48 da CF/88 que dispõem que cabe ao Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República dispor sobre todas as matérias de competência da União, *"especialmente" sobre sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas*" (inciso I). Importante ainda ressaltar que os contribuintes estão obrigados a pagar tributos a partir do consentimento dos legisladores, que são os representantes imediatos dos contribuintes.

Em um primeiro momento busca-se analisar o arcabouço jurídico relacionado, tratando dos seguintes temas: Estado Moderno, Estado Democrático de Direito, Interpretação Sistemática da Constituição Federal de 1988, Sistema de Freios e

Contrapesos e a Repartição dos Poderes e o Poder Legislativo e sua atividade precípua de Legislar. Em um segundo momento pretende-se analisar o contexto em que estão inseridas as medidas provisórias, sua natureza jurídica, os pressupostos formais e materiais, o controle destes pressupostos e limites à edição.

Depois, passa-se a análise da questão a partir da edição da EC 32/2001, de modo a esmiuçar a afirmação de que os tributos somente podem ser criados ou aumentados por meio de lei, tendo em vista a precariedade dos efeitos produzidos pelas medidas provisórias, tendo em vista a intenção do constituinte originário e exigibilidade da criação e majoração de tributos por meio de lei, conforme disposto no art. 150, I, CF/88 e princípio da anterioridade.

Impõe-se, ainda, nesta introdução, informar que método de pesquisa utilizado para a elaboração deste trabalho é o método bibliográfico, tendo sido pesquisados os seguintes materiais a) Constituição Federal de 1988 e EC 32/2001; b) acórdãos do Supremo Tribunal Federal; e c) livros doutrinários.

1. CONCEITOS E DEFINIÇÕES PRELIMINARES

1.1 Breves considerações sobre o Estado Moderno

As instituições evoluem à medida em que a sociedade identifica deficiências e reivindica mudanças, dando origem ao progresso social. Neste sentido, na busca da unidade que somente se afirma por meio de um poder soberano, surgiu um novo tipo de Estado – o Estado Moderno, com essa característica básica de unidade territorial e um único poder soberano²¹.

Enquanto unidade político-administrativa, dentre as várias posições sobre quais são os elementos essenciais à existência do Estado, grande parte dos autores explica-o como uma entidade formada por três elementos essenciais à sua existência, embora diverjam quando a eles.

Diante desta variedade, Dalmo de Abreu Dallari adota o conceito de Estado a partir da análise de quatro características essenciais: o território, o povo, a finalidade e a soberania.²² A noção de território como parte integrante do Estado somente surge apenas com o Estado Moderno, tratando-se *a priori* da base física, sob o aspecto geográfico. O termo povo neste contexto faz referência ao elemento humano necessário a existência do Estado.

²¹ Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do estado*, 30ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

²² Idem, *ibidem*, p. 80.

A ideia da finalidade constitui o Estado como um meio para que os indivíduos possam atingir seus objetivos, sendo o fim último do Estado o bem comum. Por fim, o conceito de soberania constitui uma das bases do ideal de Estado Moderno, sendo que este tem como principal característica a supremacia da lei no sentido formal. Assim ensina Bonavides:

“Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.”²³

Tendo em vista que a premissa de igualdade supramencionada é meramente formal, passaremos a tecer considerações sobre o Estado Democrático de Direito como um instrumento de garantia de direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

1.2 O Estado Democrático de Direito

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, regime jurídico este reforçado pelo princípio democrático previsto no parágrafo único do art. 1º do texto constitucional, podendo-se falar então em participação popular no poder:

“Art. 1º [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

A exigência de que todo Estado deve possuir uma Constituição e que esta deve conter limitações ao exercício do poder e regras de prevalência dos direitos fundamentais desenvolve-se no sentido da consagração de um Estado Democrático de Direito e, portanto, de soberania popular uma vez que o Estado Democrático representa o que se denomina de governo do povo para o povo, sendo que, neste sentido, tem revelada sua base instituída através do princípio democrático, previsto no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal Brasileira que diz que “*o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*”, como forma de garantia dos direitos fundamentais, sendo a lei o instrumento que garante tais direitos.

²³ Paulo Bonavides, *Teoria do Estado*, 11ª edição, São Paulo: Malheiros, 2019, p. 49.

Neste sentido, temos que o princípio da legalidade é o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, uma vez que este está subordinado a Constituição e encontra fundamento na legalidade democrática. Nos ensinamentos de Jose Afonso da Silva:

“A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.”²⁴

Cabe, portanto, ao Estado Democrático de Direito conduzir, nos termos da legislação vigente, intervenções estatais que atinjam a esfera particular dos indivíduos de modo a influir na realidade social de modo a transformar esta.

1.3 A Constituição Federal como um sistema

O sistema jurídico deve ser tratado como único, indissociável, coerente e harmônico em relação aos preceitos contidos na carta magna. Como norma jurídica fundamental, a Constituição Federal é formada por um conjunto de regras e princípios que dispões sobre a organização do Estado, tratando-se de critério último de existência e validade das demais normas. Sobre a concepção de Constituição, Jose Afonso da Silva faz a seguinte reflexão:

“Ferdinand Lassalle as entende no sentido sociológico. Para ele, a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país, sendo esta a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma "folha de papel". Outros, como Carl Schmitt, emprestam-lhes sentido político, considerando-as como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política, fazendo distinção entre constituição e leis constitucionais; aquela só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental.”

Outra corrente, liderada por Hans Kelsen, vê as apenas no sentido jurídico, constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-

²⁴ Jose Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.

ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no lógico jurídico e no jurídico-positivo; de acordo com o primeiro, a constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.

Todas essas concepções devem ser interpretadas de modo a revelar a unidade do ordenamento jurídico. Segundo Paulo Bonavides:

“A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.” 25

A interpretação sistemática da Constituição reafirma o postulado da unidade do ordenamento jurídico. Luís Roberto Barroso traz definição do princípio da unidade a partir desse postulado:

“O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema.” 26

Tendo em vista que a aplicação das normas pressupõe a atividade interpretativa do operador do direito, de forma a construir o conteúdo e alcance das normas, a interpretação do texto constitucional deve ser feita levando-se em consideração todo o sistema jurídico positivado, de forma sistêmica, tendo sempre como premissas os princípios jurídicos instituídos pelo poder originário. Michel Temer nos traz ainda a seguinte reflexão:

25 Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 21ª edição São Paulo: Malheiros, 2007, p. 445.

26 Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporânea*, 9ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 24.

“(...) a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribuiu às palavras do Texto Constitucional, perquirição que só é possível pelo exame de todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquelas palavras.” 27

Neste sentido, Carlos Ayres Britto esclarece que os preceitos contidos na Constituição “ (...) se articulam em feixes orgânicos, em blocos unitários de sentido, como peças de uma mesma engrenagem e instrumentos de uma só política legislativa”. 28

Ainda segundo Roque Antonio Carrazza:

“Daí este publicista preconizar o emprego preferencial do método exegético que há nome sistemático, com o quê o intérprete é conduzido aos patamares dos princípios jurídico-constitucionais, que, mais do que simples regras de comando, “são ideias-matrizes dessas regras singulares, vetores de todo o conjunto mandamental, fontes de inspiração de cada modelo deôntico, de sorte a operar como verdadeiro critério do mais íntimo significado do sistema como um todo e de cada qual das suas partes”. 29

Vale destacar que em caso de antinomia de normas, deve-se buscar a solução aparente de conflito por meio da interpretação sistemática, orientando-se sempre pelos princípios jurídicos constitucionais. Interpretação conforme à Constituição é, em sua essência, espécie de interpretação sistemática.

Ex positis, pretende-se demonstrar ao longo deste trabalho, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, que as medidas provisórias não são instrumentos hábeis para instituição e majoração de tributos.

1.4 Sistema de Freios e Contrapesos e a Repartição dos Poderes

É cediço o entendimento de que não há Estado sem Poder. No Estado Democrático de Direito, os poderes devem, obrigatoriamente, atuar de acordo com os preceitos constitucionais. As tentativas de centralização de poder na história são recorrentes, mesmo

27 Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, 24ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 25.

28 Carlos Ayres Britto, “Inidoneidade do decreto-lei para instituir ou majorar tributo”, in RDP 66/45.

29 Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p. 47.

quando em regimes democráticos. Também é comum que um dos entes tente utilizar de mecanismos para subjugar outros poderes. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi retomada a teoria clássica de tripartição de poderes de Montesquieu, prevista no Título I (Dos Princípios Fundamentais), com o objetivo de atingir maior equilíbrio entre poderes através do uso da técnica de freios e contrapesos. Neste sentido, a magna carta de 1988 estabeleceu em seu art. 2º que: *“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”*

De todo modo, cabe destacar que para que haja harmonia entre os Poderes, a independência destes não deve ser absoluta, tendo em vista as interferências preestabelecidas pelo sistema de freios e contrapesos. Em linhas gerais, cada Poder deve exercer uma função típica e outras duas funções atípicas – nesta ordem, o Poder Legislativo edita normas jurídicas gerais e abstratas, administra e julga; o Poder Executivo executa funções administrativas, julga e legisla; e por fim o Poder Judiciário exerce a jurisdição, legisla e administra. Michel Temer traz importantes considerações sobre a tripartição dos poderes:

“Ora, se há autorização expressa para o exercício de funções do Executivo, por membros do Legislativo, fica evidente que o exercício simultâneo de funções não é tolerado pela Constituição (salvo as hipóteses expressamente mencionadas).

O objetivo constitucional é evidente: quer-se preservar a independência de cada órgão do Poder. De fato, a vantagem da tripartição do poder reside na circunstância de os integrantes de cada qual deles se investirem, funcional e psicologicamente, nas suas atribuições próprias. Só assim se garante desempenho desenvolvido e livre. Se alguém é, ao mesmo tempo, deputado e governador, não poderá desempenhar nenhuma dessas funções a contento. Basta dizer que uma das funções do Legislativo é fiscalização dos atos do Executivo. Como realizá-la diante da duplicidade?”.³⁰

Neste sentido, toda afronta ao a autonomia e independência dos Poderes, viola a cláusula pétrea instituída no art. 60, § 4º, incisos III e IV, uma vez que a tripartição dos poderes é valor norteador que não se pode em hipótese alguma ser suprimido da ordem político-jurídica constitucional.

2. SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

³⁰ Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, 24ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 126.

2.1 Princípios Constitucionais Tributários

2.1.1 Noções preliminares

Analogia construída por Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello considera que o sistema jurídico assemelha-se a um vasto edifício, que se ergue a partir da combinação de vários elementos sendo que o princípio constituiria o seu alicerce, como que a sua viga mestra. Ora, se este ruir, nada sobrar. O princípio jurídico é, portanto, o "alicerce", a "viga mestra" do ordenamento jurídico.

É firme a convicção sobre a irrefutável importância dos princípios para criação e aplicação das leis. Nos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello:

"Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico". Eis porque: "violado um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra". 31

Com maestria técnica, Roque Antonio Carrazza determina em linguagem mais rigorosa o que vem a ser um princípio jurídico:

"Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam". 32

31 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

32 Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p. 42.

Neste sentido, os princípios jurídicos constitucionais tributários consagram valores que devem, obrigatoriamente, ser observados quando da interpretação e aplicação dos atos normativos e por óbvio interferem no exercício da competência tributária. Inicialmente os princípios não tinham força de norma jurídica: eram exortações de ordem moral ou política. Especificamente no caso do Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 os princípios jurídicos foram reconhecidos como verdadeiras normas dotadas de efetividade e juridicidade. Neste sentido, Norberto Bobbio teceu os seguintes comentários sobre o caráter normativo dos princípios:

“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”.³³

Aqui cabe uma breve digressão. O ordenamento jurídico brasileiro tem suas normas organizadas de forma hierárquica. Nos ensinamentos de Jose Afonso da Silva, tendo em vista que a Constituição Federal Brasileira é rígida, esta é *“a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro”*:

“Toda autoridade só nela (*Constituição*) encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental.

³³ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 6ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p.158-159.

Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. 34

Cumpra-se destacar que os princípios estão presentes em toda a hierarquia normativa uma vez que se verifica a existência de princípios constitucionais, legais e infralegais, sendo os primeiros os de maior relevância e “*demandam estrita observância, até por que, tendo amplitude maior, sua desobediência acarreta consequências muito mais danosas ao sistema jurídico que o descumprimento de uma simples regra, ainda que constitucional.*” 35

Pois bem, uma vez que os princípios jurídicos constitucionais constituem a base do ordenamento jurídico, resta evidente a exigência de que as leis devem observar os princípios quando da sua interpretação e aplicação. Neste sentido, cabe destacar importante lição de Roque Carrazza:

“Vai daí que a interpretação conforme a Constituição é importante instrumento de superação de conflitos entre normas constitucionais (máxime as contidas em emendas constitucionais) e entre estas e outras normas jurídicas, a elas inferiores.” 36

Uma lei para ser declarada inconstitucional não deve, obrigatoriamente, ser contrária ao texto expresso contido na Constituição, bastando, pois, ser contrária aos princípios. Na seara tributária, importante destacar que a Constituição e seus princípios são a base de todo o direito público, incluindo portando o direito tributário. Nesse mesmo sentido esclarece Humberto Ávila:

“O Sistema Tributário Nacional, que regula pormenorizadamente a matéria tributária, mantém relação com a Constituição toda, em especial com os princípios formais e materiais fundamentais – independentemente de estarem expressa ou implicitamente previstos – e com os direitos fundamentais, [...]; os princípios sistematicamente fundamentais (*systemtragenden Prinzipien*) que mantêm vinculação com o poder de tributar e atribuem significado a

34 Jose Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 48.

35 Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p. 44.

36 Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p. 45.

outros princípios, são o princípio republicano, o princípio federativo, o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade.” 37

Antes de passarmos a análise dos princípios que tangenciam o tema do presente trabalho de forma individual, é importante mencionarmos o princípio da certeza jurídica, este que norteia e é verdadeiro pressuposto para todos os demais princípios jurídicos. Vejamos como Paulo de Barros Carvalho descreve este princípio:

“Trata-se, também, de um sobreprincípio, estando acima de outros primados e regendo toda e qualquer porção da ordem jurídica.

Como valor imprescindível do ordenamento, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja. A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica. Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que ‘A possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu.’ Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o *certum* no conflito de condutas. E ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação A, B ou C, sobre uma delas há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inexorável da certeza jurídica. Substanciando a necessidade premente da segurança do indivíduo, o sistema empírico do direito elege a certeza como postulado indispensável para a convivência social organizada.

O princípio da certeza jurídica é implícito, mas todas as magnas diretrizes do ordenamento operam no sentido de realizá-lo.” 38

Em suma, o princípio da certeza do direito é pilar do Estado de Direito, indispensável para a concretização dos ideais de igualdade e de justiça, sendo que seu tem como ideal a vedação à existência de lacunas no ordenamento jurídico de forma a resguardar os direitos frente a situações de “complicação dos dispositivos legais, excesso

37 Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

38 Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 30ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 208.

de legislação, a demora nos julgamentos, o direito livre como forma de instabilidade, a mutabilidade ou a multiplicidade indiscriminada das leis.” 39

Resta evidente que a Administração Pública está obrigada a cumprir a vontade de seus subordinados, conforme prever a lei. Assim, toda e qualquer intervenção sobre a propriedade dos indivíduos apenas pode advir da lei. A partir da leitura do art. 150, I, não há dúvidas de que a Lei é o instrumento necessário para criar ou aumentar tributos. Em decorrência do exposto, é o Poder Legislativo quem deve determinar os rumos da tributação, reforçando a ideia de *autotributação* – conceito este manifestado da seguinte forma, como nos ensina Roque Antonio Carraza: “a) no consentimento dos representantes das pessoas que devem suportar os tributos; e b) na estrita vinculação à lei, seja do lançamento, seja da cobrança das exações.” 40

2.1.2 Princípio Republicano

Consta do art. 1º da CF que o Brasil é uma República. Inicialmente cumpre refletir sobre o conceito de República e para tanto trazemos a definição de Roque Antonio Carrazza: “República é o tipo de governo fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade.” 41

É no exercício da tributação que a ideia de República deve predominar de modo que não se cometam injustiças e arbitrariedades. Com fundamento no Princípio Republicano, o sujeito passivo somente estaria compelido a pagar tributos cuja cobrança houver consentido, sendo que tal consentimento deve ser dado por meio de lei que esteja em harmonia com o texto constitucional. A melhor doutrina giza que o princípio republicano, embora não tipifique “cláusula pétrea”, continua a ser um dos mais importantes princípios de nosso direito positivo. Paulo de Barros Carvalho faz importantes considerações sobre o tema:

“Por último, o argumento político. Faria senso uma Constituição democrática, que promoveu o controle congressional em níveis jamais vistos, em substituição a uma Carta outorgada, de cunho ditatorial, que consagrava a hipertrofia do Executivo, extinguir o decreto-lei para criar instrumento ainda mais abrangente, em matéria tão sensível como a tributária? De certo que não, a toda evidência. É por

39 Eliezer Pereira Martins, *Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar - Aspectos atuais*, Revista De Direito Administrativo, [S. l.], v. 230, p. 141–152, 2002.

40 Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p.212.

41 Idem, *ibidem*, p. 58.

isso que a Constituição obriga o legislador a consentir a tributação, impedindo, de maneira absoluta, salvo os casos previstos por essa mesma Carta, a delegabilidade da função legislativa. Afinal, de nada adiantaria, já descontadas as exceções, a Constituição reservar à lei o trato de determinada matéria se, depois, o legislador, fazendo dela tábula rasa, delegasse o seu manejo ao administrador. Seria o dito pelo não dito. Repetimos: a Constituição obriga o legislador a consentir a tributação. A competência legislativa em sede de tributação é indelegável. Esta é a razão pela qual, ocorrendo a delegação, surge a eiva de inconstitucionalidade.”⁴²

Com efeito, na seara tributária a discussão, votação e aprovação parlamentar devem ser entendidos como elemento de validade dos tributos. Neste sentido, deve-se prestigiar a fórmula do *“No taxation without representation”* - não há tributação sem representação.

2.1.3 Princípio da Legalidade

A legalidade é princípio absoluto nas relações tributárias e não deve sofrer qualquer limitação, tratando-se de uma garantia constitucional (art. 5º, inciso II – ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei) sendo também uma limitação ao Poder de Tributar conferido aos entes. O princípio da Legalidade em matéria tributária – Princípio da Estrita Legalidade está previsto no art. 150, inciso I, da CF:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Neste sentido, a legalidade tributária é estrita e alcança a todos os atos que levem à cobrança do tributo. Assim, o tributo somente estará validamente criado quando a lei estabelecer todos os elementos necessários à sua cobrança: (a) hipótese de incidência; (b) base de cálculo; (c) alíquota; (d) sujeito passivo e (e) sujeito ativo. Aqui cumpre destacar que legalidade tributária envolve toda a atividade da Administração Pública, especialmente o lançamento e a cobrança do tributo, tratando-se, pois, de verdadeira garantia da reserva

⁴² Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 30ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 267.

absoluta de lei tributária, uma vez que não admite qualquer ponderação com outros princípios ou adoção de atos discricionários.

Ao afirmar que não é admissível a instituição ou majoração de tributos sem lei, o constituinte confirma os preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito, pois a legalidade é garantia basilar do ordenamento jurídico constitucional. Em relação a este princípio, Geraldo Ataliba trata das exigências de nosso ordenamento jurídico da seguinte forma:

"Resulta claro da leitura do texto constitucional - em benefício da segurança do cidadão e terceiros submetidos à ordenação estatal - que só o Legislativo pode emanar normas genéricas e abstratas contendo preceitos vinculantes. Por outro lado, a tessitura informativa do processo de formação das leis garante não só ampla discussão dos projetos, com sua consequente publicidade, como possibilidade de colaboração, crítica, advertência e organização de movimentos de esclarecimento ou mesmo pressão sobre os legisladores (...).

"Isso se deve passar de tal maneira que jamais possam sobrevir surpresas, desigualdades e menos ainda arbitrariedades, contidas no bojo das leis."⁴³

Uma vez que todas as relações existentes entre a Administração Pública e seus Administrados exige a existência de lei que regule essa relação, para as obrigações tributárias temos o mesmo raciocínio. Paulo de Barros Carvalho ao tratar deste princípio tece as seguintes considerações:

"O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse plus caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade."⁴⁴

⁴³ Geraldo Ataliba, *Instituições de Direito Público e República*, tese de concurso, São Paulo, 1984, p. 8-9.

⁴⁴ Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 30ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 215 e ss.

Ao tratar do Princípio da Legalidade sob a ótica da legislação tributária, Roque Antonio Carraza traz importantes considerações:

“Para afugentar, desde já, possíveis dúvidas, é bom dizer que criar um tributo não é simplesmente nominá-lo, mas descrever abstratamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota. Em suma: é editar, pormenorizadamente, a *norma jurídica tributária*. Esta norma, por injunção do princípio da legalidade, repitamos, deve ser, no mais das vezes, veiculada por meio de lei ordinária (só as normas jurídicas dos empréstimos compulsórios, dos impostos da competência residual da União e das novas contribuições sociais, a que alude o art. 195, § 4º, da CF, devem ser veiculadas por intermédio de lei complementar). Portanto, as exigências do princípio da legalidade tributária somente são atendidas quando a lei delimita, concreta e exhaustivamente, o *fato tributável*.” 45

Por fim, nas palavras de Ferreiro Lapatza, o princípio da *legalidade* “*trata de garantir essencialmente a exigência da autoimposição, isto é, que sejam os próprios cidadãos, por meio de seus representantes, que determinem a repartição da carga tributária e, em consequência, os tributos que, de cada um deles, podem ser exigidos.*” 46

A) Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica costuma ser ancorado no caput do art. 5º da CF, que assegura, entre outras coisas, o direito à segurança, que abrange a segurança física e a segurança jurídica: “*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: (...)*”.

Este princípio é substancial no ordenamento jurídico, decorrendo dele outros valores como a anterioridade tributária e a estrita legalidade, tratando-se de verdadeiro sobreprincípio efetivando-se através da atuação dos princípios constitucionais. Nas relações jurídicas apresenta tanto o aspecto objetivo da estabilidade quanto o aspecto subjetivo da confiança legítima. Luiz Roberto Barroso nos ensina:

45 Roque Antonio Carraza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p.231.

46 Ferreiro Lapatza, “*El principio de legalidad y la reserva de ley*”, RDtributário 50/10.

“Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.” 47

Nas palavras de José Afonso da Silva:

"A segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída". 48

Não se pode cogitar a existência de um Estado Democrático de Direito sem que haja a segurança jurídica. Somente as leis elaboradas pelos legítimos representantes do povo podem conferir a este a necessária segurança jurídica.

Pelo disposto no inciso II, do art. 5º da CF, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, temos que o conceito de segurança jurídica está diretamente ligado ao princípio da estrita legalidade, não comportando flexibilização.

O princípio da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário em um Estado Democrático de Direito ganha força de verdadeiro pressuposto. Neste sentido, exige-se a elaboração de normas jurídico-tributárias estáveis, claras e objetivas, em conformidade com a Constituição.

B) Princípio da Anterioridade e a não surpresa dos Contribuintes

O Princípio da Anterioridade também chamado de Princípio da Não Surpresa tem sua previsão legal no art. 150, inciso III, alíneas *b* e *c* da CF:

47 Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 9ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 318.

48 José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;”

Neste sentido, a vigência dos tributos subordina-se aos princípios da anterioridade e noventena. Sendo assim, a lei que aumenta ou institui tributos somente produz efeitos a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que foi promulgada, respeitada a noventena. As exceções à anterioridade estão previstas no texto constitucional - art. 150, § 1º (II, IE, IPI, IOF e imposto extraordinário), art. 148, I (empréstimo compulsório criado nas hipóteses de calamidade pública ou guerra externa) e contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social previstas no art. 195 d. Paulo de Barros afirma a existência de quatro regimes para a vigência das leis que instituem ou aumentam tributos, decorrentes da conjugação dos princípios da anterioridade e da noventena, bem como suas exceções:

- (i) a regra geral é a aplicação cumulada desses dois princípios;
- (ii) em se tratando de empréstimos compulsórios motivados por calamidade pública ou guerra externa, imposto de importação, imposto de exportação, imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, e impostos extraordinários, não se aplica a anterioridade nem o prazo nonagesimal;
- (iii) o imposto sobre a renda e a fixação da base de cálculo dos impostos sobre a propriedade de veículos automotores e sobre a propriedade predial e territorial urbana sujeitam-se à

anterioridade, mas estão excluídos da exigência de vacância legislativa por noventa dias; e

- (iv) ao imposto sobre produtos industrializados e às contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social, conquanto excepcionados da anterioridade, aplica-se a noventena.⁴⁹

Em resumo, ainda que uma medida provisória institua ou aumente tributos, ela somente produzirá seus efeitos no exercício financeiro seguinte, caso tiver sido convolada em lei, no mínimo, noventa dias antes do término daquele em que foi editada, com exceção dos impostos previstos nos arts. 153, 1, II, IV e V, e 154, II, da CF. Além disso, em oposição à utilização de medidas provisórias que criem ou majorem tributos, temos que seus pressupostos autorizadores - relevância e urgência, não se amoldam ao princípio da anterioridade tributária, cuja finalidade precípua é conceder aos contribuintes tempo hábil para organização e planejamento tributário, garantindo que as regras tributárias sejam *'claras, estáveis e seguras'*.⁵⁰

3. MEDIDAS PROVISÓRIAS

3.1. A Introdução das Medidas Provisórias pela Constituição de 1988

A medida provisória tem sua previsão legal no art. 59, V e seu procedimento vem disciplinado pelo art. 62, ambos da Constituição Federal de 1988, tratando-se de ato normativo expedido pelo Presidente da República que inova a ordem jurídica, tratando-se de medida verdadeiramente excepcional exatamente porque não decorre do órgão de representação popular.

A versão originária disciplinou o alcance e a eficácia das medidas provisórias nos seguintes termos:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

⁴⁹ Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 30ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 216.

⁵⁰ Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p.166.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Seu antecedente lógico não mais existente no direito pátrio é o Decreto-lei. A respeito do regime jurídico deste, Andre Ramos Tavares faz importantes considerações:

“[...] O regime do decreto-lei era, contudo, diverso, em inúmeros pontos, do atual regime da medida provisória. O decreto-lei só poderia ser adotado em casos de urgência ou interesse público relevante, sendo, ademais, limitado a determinadas matérias. Realmente, apenas poderia haver edição de decreto-lei em matérias previamente selecionadas pelo constituinte, a saber: 1º) segurança nacional; 2º) finanças públicas, incluindo normas tributárias por expressa remissão constitucional, e 3º) criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. Considerava-se que o prazo do decreto-lei era de sessenta dias, com vigência imediata a partir da publicação de seu texto no Diário Oficial. A apreciação do Congresso Nacional havia sido bastante reduzida pela Constituição, que não admitia emendas e, ademais, considerava o texto do provimento provisório como definitivo caso o Congresso Nacional não se manifestasse naquele prazo de sessenta dias. Em outras palavras, havia aprovação do decreto-lei como lei pelo decurso de prazo sem manifestação da Casa de representantes do povo. Por fim, caso o Congresso viesse a rejeitar, dentro do prazo constitucional, o decreto-lei do Presidente da República, os efeitos da rejeição operariam apenas *ex nunc*, ou seja, a Constituição considerava que a rejeição não implicaria a nulidade dos atos praticados durante sua vigência [...]” 51

Desde sua entrada em vigor, as medidas provisórias são objeto de diversas críticas, o que assiste razão. Neste sentido, importante destacar a posição de José Afonso da Silva em relação a posição das medidas provisórias no art. 59 da CF, que trata do processo legislativo, tendo em vista que a formação deste ato não se dá em uma das casas legislativas, mas sim por meio da vontade unilateral do Presidente da República:

“As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que

51 André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 1302-1303.

constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88.”⁵²

É evidente a questão da limitação inerente as medidas provisórias, principalmente em matéria tributária. Entretanto, em sentido oposto ao que preconizou o texto originário, foi promulgada, em 11/09/2001, a Emenda Constitucional 32, alterando o art. 62 da CF, que será tratada mais à frente.

3.2. A Natureza Jurídica das Medidas Provisórias

Inicialmente, pedimos licença para transcrever diferentes correntes doutrinárias que definem a natureza jurídica das medidas provisórias demonstradas por André Ramos Tavares em seu manual:

“Para ALEXANDRE MARIOTTI, as medidas provisórias apresentam natureza legislativa. Tal se revelaria, consoante o pensamento do autor, pela análise do período de sua edição até a sua conversão ou rejeição, ou mesmo decadência, devendo esse ser o lapso temporal para a análise da natureza da medida provisória justamente porque é nesse período que ela alcança a “força de lei” de que fala a Constituição.

CLÈMERSON CLÈVE, após realizar ampla abordagem do assunto, conclui tratar-se de “hipótese de automática delegação legislativa (ocorrentes os pressupostos de habilitação)”.

Para JOEL DE MENEZES NIEBUHR a medida provisória “é ato político e normativo, com força de lei”.

Para MARCO AURELIO GRECO, a medida provisória é ato de natureza nitidamente administrativa, anotando: “Quanto ao órgão de emanção é administrativo; quanto à função que lhe dá origem é igualmente a de gerir interesses nacionais, o que já se chamou de função de governo”⁴⁶. E acrescenta: “A previsão contida no art. 59 de que o processo legislativo compreende também as medidas

⁵² Jose Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 528.

provisórias não lhes outorga natureza legislativa, pois o sentido da inclusão está em que elas tendem a se converter em lei” 53

A medida provisória teve como paradigma o *decreto legge* previsto na Constituição italiana de 1947. A primeira previsão do decreto de urgência no Direito pátrio deu-se, somente, na Constituição de 1967, denominado como decreto-lei.

Sob o prisma constitucional, neste trabalho seguimos parte da doutrina que define a medida provisória como um ato administrativo *lato sensu* com alguns atributos de lei, em que não se verifica a participação do Poder Legislativo quando da sua edição, na sua origem, mas sim e tão somente a participação uma e exclusiva do Presidente da República. Neste sentido, o próprio art. 62, caput, CF, afirma que a medida provisória possui “força de lei”, ou seja, não é lei. Reforçam este entendimento o fato de que as medidas provisórias estão sujeitas à conversão em lei. Além do mais, o art. 59 da Constituição Federal estabelece “lei” e “medida provisória” como espécies normativas distintas. Neste sentido, Roque Antonio Carrazza traz a seguinte reflexão:

“I – Inicialmente, queremos deixar marcado que medidas provisórias não são leis, mas atos administrativos *lato sensu*, dotados de alguns atributos de lei, que o Presidente da República pode expedir em casos de relevância e urgência.” 54

A discussão e aprovação pelo legislativo ocorrerão somente em momento posterior. Conquanto tenha força imediata de lei, resta evidente que medida provisória não é lei, uma vez que não houve processo legislativo prévio à sua formação. Este é feito somente em momento posterior.

3.3 Pressupostos e Limites à Edição

Para edição de medidas provisórias a Constituição Federal traz como pressupostos dois requisitos *cumulativos* previstos no caput do art. 62: urgência e relevância. Jose Afonso da Silva ao tratar do instituto traz a seguinte definição:

“Medidas provisórias’, como resulta das alterações introduzidas no art. 62 e parágrafos, da Constituição, pela Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001, são providências (como o próprio nome diz,

53 André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 1304-1305.

54 Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p.231.

provisórias) que o Presidente da República poderá expedir, com ressalva de certas matérias nas quais não são admitidas, 'em casos de relevância e urgência', e que terão 'força de lei', cuja eficácia, entretanto, será eliminada desde o início se o Congresso Nacional, a quem serão imediatamente submetidas, não as converter em lei dentro do prazo - que não correrá durante o recesso parlamentar - de 120 dias contados a partir de sua publicação. O que as regula, então, é o art. 62, agora compreensivo de doze parágrafos." 55

Neste sentido, as medidas provisórias são instrumentos jurídicos excepcionais, que devem ser utilizados em face de situações de relevância e urgência. Entretanto a experiência pós-1988 demonstra total inobservância aos requisitos necessários para a elaboração de medidas provisórias, que passaram a ser utilizadas indiscriminadamente pelos titulares do Poder Executivo para uma infinidade de assuntos, infringindo assim uma série de preceitos constitucionais. Cumpre destacar que o conceito de urgência deve ser considerado como a inexistência de tempo hábil, sem causar prejuízos à sociedade, para disciplinar a matéria através de lei ordinária, tendo em vista que é plenamente possível que esta seja aprovada no prazo de 100 (cem) dias, conforme preceitua o art. 64 da CF.

Em regra, esses pressupostos devem ser observados pelo Chefe do Poder Executivo no momento da edição da medida, sendo que cumpre ao Congresso Nacional apreciá-la em momento posterior. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de que a aferição desses requisitos poderá sofrer controle judicial, podendo o Judiciário decidir sobre a legitimidade da medida provisória. Neste sentido:

"Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para edição de medidas provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto." (ADIn n. 162, rel. Min. Moreira Alves, j. 14-12-1989).

"Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF." (ADIn 2.150-MC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23-

55 Jose Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 127.

03-2000) (Nesse sentido, também seguiu o Pretório Excelso, em duas ADIs: (I) ADIMC n. 1.397-DF- Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j.28-04-1997 e (II) ADI n.1.417-DF- Pleno, rel. Min. Octavio Gallotti, j.02-08-1999).

4. EMENDA CONSTITUCIONAL nº 32/01 E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

4.1. Considerações Gerais

A Emenda Constitucional 32 de 11/09/2001 alterou o art. 62 da CF nos seguintes termos:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.”

Nestes termos, é evidente que o Poder Constituinte Derivado tomou para si prerrogativas do Poder Constituinte Originário e reformulou o instituto da medida provisória, alterando seu alcance e eficácia. Roque Antonio Carrazza traz importantes considerações:

“Para tornar mais atraente a "reforma", o mesmo *constituente derivado* criou pretensos obstáculos às medidas provisórias. Escrevemos "pretensos obstáculos" porque onde os obstáculos jurídicos, postos pelo *constituente originário*, eram totais (v.g., a impossibilidade de reedição de medidas provisórias, ainda que por *inertia deliberandi* do Congresso Nacional) surgiram acanhadas peias, que, na real verdade, dilargaram, sensivelmente, o campo de ação destes atos normativos. Foi uma forma artilosa de, restringindo, ampliar.”⁵⁶

A doutrina majoritária sustenta a inidoneidade jurídico-constitucional da medida provisória para veicular a instituição e a majoração de tributos, com base no princípio da legalidade estrita em matéria tributária e com fundamento no princípio da reserva de lei em sentido formal. Neste sentido, nos ensina Roque Carrazza:

“A Constituição absolutamente não deu "carta branca" ao Presidente da República para baixar medidas provisórias. Pelo contrário, sua competência é restritíssima, como revela um exame sistemático do art. 62, e seu parágrafo único, da CF (versão originária).” ⁵⁷

Paulo de Barros Carvalho critica a adoção de medida provisória na seara tributária:

⁵⁶ Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p.234.

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 235.

“A medida provisória tem servido de instrumento para uma série de providências jurídico-políticas, nos mais variados campos. O Poder Público federal não tem hesitado em acioná-la para fazer valer seus propósitos governamentais, sem se preocupar com os limites materiais que a rígida discriminação de competências estabelece. Tudo isso sob o olhar complacente do Judiciário e muitas vezes até com o aplauso de representantes da doutrina. Faço questão de lembrar que desde a instalação da ordem jurídica vigente, até agora, tenho sustentado a incompatibilidade do expediente previsto no art. 62 da Constituição Federal, não só com o acatamento ao princípio da anterioridade tributária, como também com a manifestação de consentimento por parte dos administrados. Eis que a Emenda n. 32, em boa hora, veio a restabelecer o equilíbrio do sistema, dizendo por outra forma, mas deixando suficientemente claro, que a medida provisória não poderá instituir ou majorar tributos. Isso porque, nada obstante os termos da frase legislada, torna-se imprescindível que a lei de conversão tenha sido publicada antes de encerrado o exercício financeiro.”⁵⁸

Já a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal reconhece como idônea medida provisória - que pode ser reeditada - para dispor sobre matéria tributária, revelando-se apta para instituição e majoração de tributos: Esse é o posicionamento dominante no STF: “[...] já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei” (cf. ADIMC nº 1.417). A jurisprudência do STF é neste sentido:

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – SERVIDORES DA FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO DISTRITO FEDERAL – INSTITUIÇÃO – MAJORAÇÃO – MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 286/90, 560/94, 591/94 E 628/94 – CONSTITUCIONALIDADE – PRECEDENTE. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, **está em harmonia com a Constituição Federal a instituição ou majoração de tributo por meio de medida provisória.** Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.417/DF, relator Ministro Octavio Gallotti, julgada pelo Pleno em 2 de agosto de 1999. (RE 422313 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento:

⁵⁸ Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 30ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 113.

18/08/2015. Publicação: 03/09/2015. Órgão julgador: Primeira Turma).

EMENTA: I. Recurso extraordinário: devolução. Prejudicial de inconstitucionalidade suscitada pelo autor e repelida pelo acórdão recorrido, que, no entanto, por fundamento diverso, acolheu a demanda; RE da parte adversa, impugnando fundamento acolhido pelo Tribunal a quo; controvérsia possível, à luz da Súmula 456, sobre ficar ou não preclusa a questão prejudicial, à falta de recurso adesivo do autor: irrelevância no caso, em que **o ponto foi decidido conforme a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. II. Medida provisória: força de lei: idoneidade para instituir tributo, inclusive contribuição social (PIS).** III. Contribuição social: instituição ou aumento por medida provisória: prazo de anterioridade (CF., art. 195, § 6º). O termo a quo do prazo de anterioridade da contribuição social criada ou aumentada por medida provisória é a data de sua primitiva edição, e não daquela que - após sucessivas reedições - tenha sido convertida em lei. (RE 247243 / MG - MINAS GERAIS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 16/11/1999. Publicação: 14/04/2000. Órgão julgador: Primeira Turma)

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Medida provisória. Força de lei. 3. **A Medida Provisória, tendo força de lei, é instrumento idôneo para instituir e modificar tributos e contribuições sociais.** Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 236976 AgR, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 17/08/1999, DJ 24-09-1999 PP-00032 EMENT VOL-01964-05 PP-01106)

CONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA. MEDIDA PROVISÓRIA. MP Nº 1.807/99. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. INFRINGÊNCIA AO ART. 246 DA CF/88. INEXISTÊNCIA. **1. O STF tem entendido que a medida provisória é instrumento hábil para instituir e majorar tributos.** 2. A contagem do prazo nonagesimal, previsto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal, tem início a partir da publicação da primeira medida provisória, desde que reeditada dentro do prazo de validade de trinta dias. Precedentes do STF e deste Tribunal. 3. O art. 6º da MP nº 1.807/1999, que majorou a alíquota da CSSL, não ofende

o art. 246 da CF/88, uma vez que não regulamentou nenhuma alteração introduzida pela EC nº 20/1998 no art. 195 da Carta Política. 4. Apelação da Fazenda Nacional provida. 5. Apelação da impetrante improvida. 6. Remessa oficial prejudicada.” 2. Pois bem, a parte recorrente sustenta violação aos incisos II e LV do art. 5º, ao art. 59, ao parágrafo único do art. 62, ao inciso IX do art. 93, ao inciso I do art. 150, ao § 6º do art. 195 e ao art. 246, todos da Magna Carta de 1988. 3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco Adalberto Nóbrega, opina pelo não conhecimento do apelo extremo. 4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. É que o entendimento da Instância Judicante de origem afina com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que me parece juridicamente correta. Leia-se, a propósito, a ementa do RE 422.795-AgR, da relatoria do ministro Gilmar Mendes: “Agravos regimentais em recurso extraordinário. 2. Aumento de alíquota da contribuição social sobre o lucro - CSLL. Medida provisória nº 1.807/99. Possibilidade. 3. Agravo regimental que se nega provimento.” 5. Outros precedentes: AIs 489.734-AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 594.156-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; bem como os REs 378.691-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau; e 411.257-AgR, da relatoria do ministro Cezar Peluso. Isso posto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso. (RE 582293 / MG. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 18/12/2009. Publicação: 12/02/2010)

Pela nova redação dada pela EC 32/2001 ao art. 62 da CF, as medidas provisórias somente não poderiam instituir tributos colocados sob a reserva de lei complementar e, com exceção dos impostos previstos no art. 153, I, II, IV e V e art. 154, II, tributos instituídos ou majorados através de medida provisória só poderiam ser exigidos se esta fosse convertida em lei até noventa dias antes do término do exercício financeiro, em observância ao art. 150, III, c da CF.

4.2. Relevância e Urgência em Matéria Tributária

Inicialmente, cumpre destacar que a medida provisória editada com inobservância ao art. 62 da CF em seu texto original, ou seja, nula, não pode ser convertida em lei uma vez que é inconstitucional. Outrossim, a medida provisória apenas suspende a eficácia de lei que dispõe em sentido contrário sendo que a revogação apenas dar-se-á quando da conversão em lei e desde que não haja nenhuma inconstitucionalidade.

A observância aos requisitos de relevância e urgência para a edição das medidas provisórias é um dos pontos mais discutidos pela teoria constitucional em matéria tributária. Diante da análise dos requisitos da medida provisória é possível concluir pela sua incompatibilidade para instituir ou majorar tributos, o que não significa que não haja relevância ou urgência em matéria tributária.

O legislador constituinte já tratou de formas excepcionais a instituição de tributos expressamente quando vislumbra situações de urgência e relevância em matéria tributária. É o caso do imposto de guerra, e dos impostos extrafiscais que têm como objetivo regular a atividade econômica do país, que são os impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações financeiras. Neste sentido, Sacha Calmon ressalta que os casos de urgência em matéria tributária possuem soluções previstas na carta magna de 1988:

“Destarte, nosso entendimento é que os casos de urgência, em matéria tributária, já possuem os mecanismos arrolados no Texto Constitucional:

(A) Os empréstimos compulsórios de emergência em caso de calamidade pública ou de guerra externa ou de sua iminência e, por suposto, os impostos extraordinários sob o mesmo fundamento, *estão liberados do princípio da anterioridade* e, pois, pela urgência de que se revestem, *vigoram de imediato*.

(B) As contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social (art. 195, CF) cobram eficácia em 90 dias, desnecessário esperar o ano vindouro para serem cobradas (urgência de recursos para o sistema previdenciário).

(C) Naqueles impostos ligados ao mercado externo, importação e exportação, e às políticas industrial e financeira, IPI e IOF, a Constituição permitiu ao Executivo alterar-lhes as alíquotas para cima e para baixo, *sem lei*, vigorando a alteração de imediato (exceção à legalidade e à anterioridade e, salvo quanto ao IPI, exceção também ao prazo nonagesimal).” 59

No mesmo sentido, Sacha Calmon tece as seguintes considerações:

59 Sacha Calmon Navarro Coêlho. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 265.

“Quantos mais casos de urgência ou relevância em sede de tributação existem? Nenhum, menos ainda a justificar medida provisória. Certo, porque o que a tributação exige é planejamento prévio, não surpresa, duração das regras. Eis aí um campo infenso às situações de urgência. Os casos que exigiam a suspensão das grandes garantias do contribuinte foram devidamente sistematizados pelo constituinte. A Constituição nos dá com uma mão o que com outra tira. O Direito inadmite regras antitéticas, o que prevê são regras de atenuação. O Direito Tributário é regido por princípios de contenção. Neste campo, os grandes princípios pleiteiam: legalidade (lei formal e material). Medida provisória não é lei; não surpresa. A medida provisória surpreende os contribuintes. *Ex positis*, às luzes de uma interpretação sistêmica da Constituição, defendemos que não cabe medida provisória em matéria tributária, salvo nas exceções delineadas pela própria Lei Maior, que ora a afastam, ora a toleram, excepcionalmente, como visto.”⁶⁰

Ainda no mesmo sentido, assinala a Prof.^a Misabel de Abreu Machado Derzi:

“É evidente que o adiamento da eficácia provocado pelo princípio da anterioridade, como regra geral no Direito Tributário, é o resultado da primazia da segurança jurídica. Do ponto de vista axiológico, prevaleceu, nos desígnios constitucionais, a necessidade de previsão, de conhecimento antecipado e antecipatório, de planejamento dos encargos fiscais, sobre o imediatismo das medidas provisórias. Instituir tributo ou aumentar tributo já existente não é urgente, nem tampouco relevante para a Constituição, que, em tais casos, determina seja observado o princípio da anterioridade. Dessa forma, temos uma primeira delimitação, posta na Constituição, às expressões, aparentemente abertas, relevância e urgência. Trata-se de uma delimitação negativa que permite afirmar não ser, de modo algum urgente ou relevante, criar tributo novo ou majorar aqueles já existentes”.⁶¹

Pelo exposto, entendemos que os conceitos de relevância e urgência não se amoldam ao princípio da anterioridade tributária, uma vez que o fundamento deste princípio está em garantir a segurança jurídica necessária entre o Estado e seus cidadãos,

⁶⁰ Sacha Calmon Navarro Coêlho. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 17^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 265.

⁶¹ Conferência em São Paulo, 1991.

tendo como objetivo conceder aos contribuintes tempo para organização e planejamento orçamentário de modo que o contribuinte não seja lesado com manobras do Poder Público.

4.3. Exigência de Lei para estabelecer os elementos necessários à cobrança de tributos

Nos ensinamentos de Eduardo Sabbag, a medida provisória *“traduz em ato normativo de vida efêmera e de utilização excepcional, no trato de certos assuntos, cujos pressupostos materiais atrelam-se a elementos de relevância e urgência. Resumidamente, é ‘ato político, normativo, discricionário, excepcional, cautelar, precário e com força de lei’*.”⁶² Neste sentido, uma vez que a medida provisória, que não é lei pois deve ser convertida em lei antes do término do exercício para produzir efeitos no exercício seguinte, em matéria tributária perde sua eficácia imediata, constituindo-se em mecanismo de iniciativa pelo Presidente da República que pode valer-se da comodidade da medida provisória de modo a não se submeter ao processo legislativo. Sacha Calmon reafirma este entendimento nos seguintes termos:

“É importante observar também que o dispositivo exige que a medida provisória seja convertida em lei antes de findo o exercício para somente valer no exercício seguinte (exceção novamente ao II, IE, IPI, IOF e IEG). Destarte, embora a medida provisória possua eficácia imediata, em matéria tributária, via de regra, ela perde essa virtude, tornando-se um simples mecanismo de iniciativa de lei pelo Poder Executivo em razão de seu peculiar processo legislativo.”⁶³

Marco A. Greco ao tratar do tema reafirma a tese de que medida provisória é ato administrativo, e não lei:

“A medida provisória é convertida em lei, logo, em si mesma não é lei, pois não se converte o que já é. Quanto à natureza, não difere de um decreto, é ato administrativo com força de lei, igualmente um ato oriundo do Poder Executivo. A competência que ele se apoia não é legislativa em sentido técnico”.⁶⁴

Se não for convalidada em lei dentro do prazo de aprovação, a medida provisória opera efeitos *ex tunc*, dado seu caráter efêmero. Assim, resta evidente que medida

⁶² Eduardo Sabbag, *Manual de direito tributário*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 607

⁶³ Sacha Calmon Navarro Coêlho. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 268.

⁶⁴ Marco Aurélio Greco, *Medidas Provisórias*, São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 15.

provisória é medida excepcional e seu uso deve ser restrito a casos de urgência quando relevante a matéria para a sociedade. Por óbvio, não pode ela ser instrumento de instituição e majoração de tributos sem o respaldo dos cidadãos representados pelo legislativo em observância ao fortalecimento dos ideais do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, as medidas provisórias não são leis, mas sim atos administrativos *lato sensu* que possuem algumas características de lei e que somente podem ser expedidas pelo Presidente da República em casos de relevante interesse público e urgência, sendo que o constituinte originário traçou o seu perfil e alcance na redação originária ad carta magna.

4.4. A intenção precípua do constituinte originário em relação a edição de medidas provisórias

Para tratarmos do tema deste tópico, pedimos licença para transcrever importantes considerações detalhadamente expendidas por Roque Antonio Carrazza a respeito da EC 32/2001:

“O que se nota, *prima facie*, é que o poder *constituinte derivado* investiu-se das prerrogativas de *constituinte originário* e, sem a menor cerimônia, “reconstruiu”. a seu talante, a figura da *medida provisória*. Para tornar mais atraente a “reforma”, o mesmo *constituinte derivado* criou pretensos obstáculos às medidas provisórias. Escrevemos “pretensos obstáculos” porque onde os obstáculos jurídicos, postos pelo *constituinte originário*, eram totais (*v.g.*, a impossibilidade de reedição de medidas provisórias, ainda que por *inertia deliberandi* do Congresso Nacional) surgiram acanhadas peias, que, na real verdade, dilargaram, sensivelmente, sensivelmente, o capó de atuação de ação destes atos normativos. Foi uma forma ardilosa de, restringindo, ampliar.

[...] academicamente continuamos a obtemperar que tal emenda constitucional, na parte atinente às medidas provisórias, afronta o princípio da legalidade, máxime em matéria tributária, e, por via de consequência, a autonomia e independência do Poder Legislativo. Viola, pois, a *cláusula pétrea* do art. 60, §4º, III, da CF, que estabelece que nenhuma emenda constitucional poderá sequer tender a abolir a separação dos Poderes. Como se isto não bastasse, a mesma Emenda Constitucional 32/2001 – sempre no que concerne às medidas provisórias – atropela o direito fundamental dos contribuintes de só serem compelidos a pagar tributos que tenham

sido adequadamente “consentidos” por seus representantes imediatos: os legisladores.

Invocável, portanto, na espécie, também a *cláusula pétrea* do art. 60, §4^a, iv, da cf, que veda o amesquinamento, por meio de emenda constitucional, dos direitos e garantias individuais *lato sensu* [...]65 (grifos nossos)

No texto originário, com o fim de suprir possibilidade necessária e, principalmente, extraordinária do chefe do Executivo inovar a ordem jurídica, o Poder Constituinte previu a adoção de medidas provisórias, que como já exposto neste trabalho substituiu o antigo decreto-lei.

O que houve na prática é que o Presidente da República passou a editar inúmeras medidas provisórias de modo a se aproveitar da facilidade de não submeter seu pedido ao processo legislativo, criando um verdadeiro cenário de adoção generalizada de medidas provisórias. Até 02 de agosto de 2020, foram editadas 1.000 medidas provisórias desde a promulgação da EC 32/2001. Apenas em 2020, foram editadas 101 medidas provisórias.

O problema não se encerra na questão da adoção generalizada de medidas provisórias. Além de serem editadas sem observâncias aos requisitos constitucionais de relevância e urgência, são reeditadas por diversas vezes. Tais práticas ferem diretamente os ditames preconizados pelo constituinte originário além de violarem princípios constitucionais tributários, com destaque aqui para os temas de direito tributário.

Além disso, a partir de uma interpretação sistemática do Texto Constitucional é plenamente plausível a conclusão de que existem sim limitações materiais, tanto explícitas quanto implícitas, à adoção de medidas provisórias. Neste sentido, também não há nenhuma previsão na CF originária que autorize a criação ou majoração de tributos por meio de medida provisória. Assim, corroboramos com a doutrina que defende que tal prática (adoção de medidas provisórias para criar ou aumentar tributos) viola diretamente cláusula pétrea prevista no art. 60, §4^a, iv, da CF, que veda o amesquinamento, por meio de emenda constitucional, dos direitos e garantias individuais *lato sensu*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal, lei fundamental e suprema do Estado, detém plena autoridade para conceder poderes e competências. É ela que rege todas as relações entre

65 Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 33^a edição, São Paulo: Malheiros, 2021, p.234-235.

Estado e Cidadão. Neste sentido, o princípio da legalidade é princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Pelo exposto neste trabalho, a partir de interpretação sistêmica do texto constitucional que reafirma o postulado da unidade do ordenamento jurídico, conclui-se que as medidas provisórias não podem nem criar, nem aumentar tributos:

1 - Em sua versão original, ou seja, anterior à Emenda Constitucional nº 32, o legislador constituinte traçou o perfil e dispôs sobre o alcance das medidas provisórias. Entretanto, após diversos embates políticos, a PEC nº 472, deu origem a referida emenda, alterando por completo a estrutura jurídica do instituto das medidas provisórias, de modo a ratificar abusos cometidos pelos Executivo.

2 - Neste sentido, nota-se que foram inseridos vários parágrafos ao art. 62 da CF. Dentre as diversas mudanças estruturais, destacamos o § 2º do referido artigo que, ao nosso ver, é incompatível com os preceitos básicos do direito constitucional tributário pátrio pelas razões que expusemos ao longo deste trabalho.

3 - Conforme supramencionado, defendemos a absoluta impossibilidade de que medidas provisórias instituem ou majorem tributos tendo em vista a total inobservância aos postulados da legalidade, da separação dos poderes, o princípio republicano e a intenção precípua do constituinte originário, que instituiu as medidas provisórias como instrumento de caráter efêmero produzindo efeitos reversíveis e, portanto, totalmente incompatível com os princípios da segurança jurídica e da não surpresa.

4 - Além disso, cumpre destacar que para serem editadas, as medidas provisórias devem, necessariamente, atender aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, o que não guarda compatibilidade alguma com a imposição do ônus tributário.

5 - Vale lembrar que os casos de relevância e urgência em matéria tributária foram propriamente tratados pela carta magna, como por exemplo, as previstas nos artigos 148, I, 195, §6º, 150, §1º, 153, §1º e 154, II.

6 - Adicionalmente, o os pressupostos de relevância e urgência esbarram no princípio constitucional da anterioridade tributária uma vez que as medidas provisórias produzem efeitos imediatamente.

7 - No Brasil, o Poder Legislativo, através da sua função típica de legislar, é responsável por instituir e majorar tributos através de Lei Ordinária conforme disposto no art. 150, inciso I da CF/88, observadas as exceções previstas nos arts. 148 e 154, I da CF/88.

8 - A medida provisória é verdadeira medida de exceção uma vez que a atividade de legislativa é de competência privativa do Poder Legislativo, em observância ao Princípio da tripartição dos Poderes.

9 - Também confirma o entendimento supramencionado o art. 5º, II e art. 150, I da Constituição Federal, que determinam que somente a lei em sentido estrito, emanada pelo Poder Legislativo, é instrumento normativo hábil para instituir ou majorar tributos de forma a garantir a generalidade e a igualdade inerentes à tributação.

10 - Ou seja, a estrita observância ao princípio da legalidade garante a exigência da autoimposição (que determina que somente os cidadãos por meio de seus representantes legalmente investidos no cargo podem determinar a repartição da carga tributária e, conseqüentemente quais tributos podem ser exigidos), reafirmando direitos fundamentais do contribuinte uma vez que o patrimônio dos contribuintes somente pode ser atingido nos termos de lei geral, abstrata e irretroativa.

11\ - O próprio art. 59 da CF indica que a "lei" e as "medidas provisórias" são espécies normativas distintas.

11 - Conquanto tenha força imediata de lei, resta evidente que medida provisória não é lei, uma vez que não houve processo legislativo prévio à sua formação.

12 - Aqui cumpre destacar também que somente a lei pode descrever ou alterar os aspectos que compõem a hipótese de incidência tributária, em observância aos princípios jurídicos constitucionais.

13 - A competência tributária sofre limitações com base nos princípios constitucionais, como o princípio da legalidade.

14 - Diante da EC n.º 32/0110 nota-se ainda violação a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, III, da CF que estabelece que nenhuma emenda poderá sequer ser tendente a abolir a separação dos poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. Sistema Constitucional Tributário. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

_____ Instituições de Direito Público e República. Tese de concurso, São Paulo, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____ O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2006.

_____ Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. São Paulo. Editora Saraiva: 2020.

BRITTO, Carlos Ayres, "Inidoneidade do decreto-lei para instituir ou majorar tributo", in RDP 66/45.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC). São Paulo, v.2, jul/dez, 2003, p. 209-223.

_____ Teoria do Estado. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____ Curso de Direito Constitucional. 21 ed São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____ Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. Coimbra. 7 ed. Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

_____ ICMS. 18 ed. São Paulo: JusPodivm, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. – 30. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUCCI, Jorge Bravo. Fundamento de Derecho Tributario. Segunda Edición Digitale 2018. Crea Libros.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DA SILVA, Jose Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____ Comentário Contextual à Constituição. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECO, Marco Aurélio. Medidas Provisórias. São Paulo: Ed. RT, 1991.

MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar - Aspectos atuais. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 230, p. 141–152, 2002. DOI: 10.12660/rda.v230.2002.46338. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46338>. Acesso em: 26 set. 2021.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TILEY, John. Studies in the History of Tax Law, Volume 1. Tax Law History Conference in Cambridge. 2004.

DESAFIOS À EMANCIPAÇÃO FEMININA NUM CONTEXTO DE VULNERABILIDADES SOCIAIS

MARCELO DIAS SILVA DE SOUZA:

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, aluno do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Veni Creator University e Servidor Público Estadual⁶⁶.

RESUMO: É sabido que a desigualdade social configura uma realidade que penaliza grande parte das populações do globo terrestre independentemente de o modelo de Estado adotado ser de natureza democrática ou autoritária. Nos países que integram o sul global, sobretudo os que compõem a América-Latina, pode-se evidenciar a carência de condições básicas de sobrevivência que relativizam a efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos por seus Estados constitucionais e democráticos de direitos. É nesse cenário de violação de direitos fundamentais que se pretende discorrer sobre a emancipação do ser humano na perspectiva de Nancy Fraser que teoriza sobre os pilares epistemológicos em que se sustentaria o enfrentamento das desigualdades humanas com vistas a concretização de direitos essenciais. Nesse sentido problematizar e contextualizar as causas da mitigação das potencialidades da pessoa humana que implica na restrição de direitos humanos fundamentais, que em geral se relacionam a distorções de naturezas socioeconômicas e culturais, para, a partir dessas vulnerabilidades sociais, mensurar os desafios que se contrapõem à mulher no que se refere à ampliação de seus direitos reprodutivos para neles se incluírem a interrupção de gestação fundado em sua autonomia da vontade, para além dos casos previstos em lei, como mais um instrumento de emancipação social e econômica da mulher que romperia paradigmas de dominação impostos pela lógica capitalista e pelo modelo de sociedade patriarcal ainda vigente. Ao final conclui-se que discutir emancipação feminina se torna uma luta constante e de conquista gradual na medida em que para se agregar novos direitos a sua esfera de liberdade individual à luz de uma nova perspectiva de gênero, em conformidade com os normativos de direitos regionais e internacionais, há que se enfrentar paradigmas sociais, culturais, histórico e econômicos que se encontram na origem das sociedades modernas, e que no caso das demandas feministas brasileiras esse embate passa por uma maior representatividade da mulher nos centros de poder haja vista seu déficit em comparação com outros países latino-americanos.

⁶⁶ E-mail: marcdssouza@yahoo.com.br

Palavras-chave: vulnerabilidade humana, paradigmas socioeconômico, emancipação feminina, direitos fundamentais e aborto.

ABSTRACT: It is known that social inequality constitutes a reality that penalizes a large part of the world's populations, regardless of whether the State model adopted is democratic or authoritarian in nature. In countries that make up the global south, especially those that make up Latin America, there is a lack of basic survival conditions that relativize the effectiveness of fundamental rights recognized by their constitutional and democratic states of rights. It is in this scenario of violation of fundamental rights that we intend to discuss the emancipation of human beings from the perspective of Nancy Fraser, who theorizes about the epistemological pillars on which the confrontation of human inequalities would be supported with a view to realizing essential rights. In this sense, problematize and contextualize the causes of the mitigation of human potential, which implies the restriction of fundamental human rights, which are generally related to distortions of socioeconomic and cultural natures, in order to, based on these social vulnerabilities, measure the challenges that oppose each other. to women with regard to the expansion of their reproductive rights to include the interruption of pregnancy based on their autonomy of will, in addition to the cases provided for by law, as yet another instrument of social and economic emancipation of women that would break paradigms of domination imposed by capitalist logic and the model of patriarchal society still in force. In the end, it is concluded that discussing female emancipation becomes a constant struggle and gradual achievement as new rights are added to their sphere of individual freedom in the light of a new gender perspective, in accordance with regional rights regulations. and international, it is necessary to face social, cultural, historical and economic paradigms that are at the origin of modern societies, and in the case of Brazilian feminist demands, this clash involves greater representation of women in the centers of power, given their deficit compared to other Latin American countries.

Keywords: human vulnerability, socioeconomic paradigms, female emancipation, fundamental rights and abortion

INTRODUÇÃO

As reflexões que serão abordadas ao longo dessas linhas fazem parte de uma pesquisa de mestrado intitulada "interferência na autonomia feminina: sanções penais decorrentes de práticas abortivas?". Na busca em se estabelecer uma crítica sobre a forte influência do Estado na autonomia individual das mulheres que simplesmente não desejam levar uma gestação a termo, e que se veem compelidas sob ameaça de serem estigmatizadas pela submissão a uma ação penal e sua consequente penalização, é que se vem promovendo investigações e trazendo à discussão acadêmica argumentos de

natureza jurídica e filosófica que possam servir de fundamentos para se questionar a atual regulação do aborto no Brasil.

Na presente investigação objetiva-se com enfoque na teoria das injustiças desenvolvida por Nancy Fraser levantar as causas que explicariam as desigualdades sociais e regionais com vistas as possíveis soluções para seu enfrentamento em nível de Brasil e América-latina. Para tanto faz-se necessário discorrer sobre os conceitos de distribuição, reconhecimento e representatividade com o propósito de se estabelecer as razões desse contexto de vulnerabilidades sociais por que passa contingentes consideráveis de populações em âmbito global - não só na América-latina -, a fim de que com base nos possíveis "remédios" teorizados por Fraser se possa entender as raízes da desigualdade sociocultural e econômica que assola grupos minoritários – mulheres, negros, quilombolas, integrantes da sigla LGBTQIA+, dentre outros, e que, no caso de mulheres e negros, são, em verdade, maiorias minorizadas que vêm sendo mitigadas no exercício de direitos fundamentais universais e inalienáveis.

Nesse sentido pretende-se a partir desse viés epistemológico levantado por Fraser situar as demandas feministas nesse cenário maior que é a emancipação da pessoa humana por se entender que muitas das reivindicações daquele movimento para serem atendidas precisam ser analisadas à luz de estruturas sociais – capitalismo disfuncional, patriarcalismo, discriminação racial, dentre outros -, que precarizam seguimentos expressivos das sociedades aumentando o fosso de desigualdade social sobretudo nos países subdesenvolvidos.

É nesse cenário de caos social limitante dos direitos fundamentais que se quer aprofundar sobre os desafios que relativizam a autonomia feminina enquanto pessoa humana – elemento integrante do princípio da dignidade e que serve de referencial interpretativo de direitos fundamentais -, que tem desdobramentos na discussão e efetividade sobre direitos de natureza política, social e econômica da mulher na ótica da perspectiva de gênero, que a despeito de formalmente integrarem sua esfera de liberdade individual, o que se constata é que não são usufruídos em níveis satisfatórios. A pesquisa que se vem desenvolvendo entende que a ampliação de direitos sociais e econômicos da mulher guarda estrita relação com os chamados direitos sexuais e reprodutivos no sentido de se inserir no conteúdo desses últimos a prerrogativa feminina de interromper uma gestação indesejada como expressão de sua vontade, para além dos casos previstos em lei, podendo constituir mais um instrumento emancipador da mulher num cenário que ainda predomina a dominação masculina imposto por uma lógica capitalista e por um modelo de sociedade patriarcal que instrumentaliza o gênero feminino em muitos aspectos das relações sociais.

Nesse sentido fazer uma reflexão dessas demandas feministas à luz desses entraves que causam a vulneração de parcela significativa das coletividades humanas a fim

de lastreado nessas carências limitantes encontrar respostas de ordem sociológicas e filosóficas, para além das teses jurídicas, as quais possam compreender e apontar novas perspectivas a serem desenvolvidas socialmente a fim de legitimar o direito de a mulher possuir uma maior autonomia sobre seu corpo e sobre suas escolhas existenciais em matéria abortiva.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Nas linhas da pesquisa que se vem produzindo já se levantou a matéria de ordem jurisprudencial e de direitos e princípios positivados constitucionalmente que, ao menos, apontam para a possibilidade jurídica de atendimento da demanda feminina de ampliação das possibilidades do abortamento legal como expressão de sua dignidade humana. Todavia a partir da concepção da justiça de Nancy Fraser se agregará a essa investigação científica novos referenciais teóricos que apontam no sentido de que para ampliar a autonomia feminina sobre seus poderes reprodutivos não basta simplesmente reconhecer a eventual viabilidade jurídica de suas demandas. Seria insuficiente para a ampliação de seus direitos reprodutivos desenvolver uma doutrina jurídica que defenda a constitucionalidade de uma ampliação das possibilidades legais de aborto fundado em sua autonomia da vontade. A alteração do Código Penal, ou mesmo a regulamentação da matéria numa lei civil, ou ainda, a ampliação de seus direitos reprodutivos através de uma demanda judicial estão imbricados com outros referenciais teóricos que funcionariam como pressupostos de natureza prestacional, política e cultural e que, a despeito de clarear os rumos da pesquisa, apontam para uma maior dificuldade em ampliar as hipóteses legais do aborto voluntário e a conseqüente limitação da interferência do Estado nas escolhas reprodutivas femininas. Nesse sentido segue os referenciais teóricos que ajudam a “pavimentar” os rumos da pesquisa que tem como referencial maior a autonomia feminina e sua relação com a hipertrofia punitiva do Estado em matéria abortiva no Brasil.

1.1 DIREITOS HUMANOS E LIMITAÇÕES A EMANCIPAÇÃO DA MULHER NAS SOCIEDADES PÓS-MODERNAS

O presente texto científico fora intitulado ‘desafios à emancipação feminina num contexto de vulnerabilidades sociais’ por se entender que se torna muito difícil discutir e defender bandeiras de segmentos específicos quando não existe uma estabilidade social em níveis que se permita o exercício das potencialidades humanas que se entendem como necessários ao desenvolvimento do humano tanto no aspecto individual como no coletivo. Como defender as terras indígenas se no Brasil existem milhares de pessoas que demandam por uma reforma agrária que se bem conduzida traria estabilidade e mais justiça sociais? Como diminuir a criminalidade organizada se no Brasil o combate ao tráfico de drogas através das legislações em vigor arregimenta mão de obra jovem e pobre num

número exponencialmente maior que o encarceramento dos grandes traficantes? Como criar uma política de preservação ambiental que promova inclusão social se o próprio Estado brasileiro não consegue romper com uma lógica capitalista que além de manter a condição do Brasil como um país extrativista e agroexportador a serviço das nações desenvolvidas, degrada o ambiente natural através de uma exploração desenfreada e não razoável dos recursos naturais? Essas são indagações, dentre outras que poderiam facilmente ser formuladas, que demonstram como é difícil satisfazer demandas históricas num país extremamente desigual como o Brasil. Acesso igualitário a educação independente de classe social – que também contribuiria com a estabilidade das finanças do Estado a longo prazo –, igualdade material tributária que não encontra efetividade na legislação de regência da matéria, onde o pobre possui uma carga tributária proporcionalmente muito maior do que os seguimentos de maior poder econômico; uma distribuição de renda mais eficiente que reduza as desigualdades e que estimule a emancipação econômica do indivíduo; acesso à saúde de forma homogênea e efetiva que garanta a manutenção da vida humana por ser o bem de maior valor em nossa espécie. Temáticas essas que se efetivamente implementadas contribuiriam para a construção de uma sociedade estável e que criaria “terra fértil” para a emancipação humana.

Na presente pesquisa vem se pontuando a emancipação econômica da mulher como condição necessária para o enfrentamento generalizado da violência física e psicológica por ela sofrida. Relaciona-se ainda o aborto voluntário e a emancipação econômica e social do gênero feminino por se entender que sua autonomia para ser alcançada necessita do reconhecimento de um conjunto de direitos de caráter emancipatório que para sua fruição depende da quebra de paradigmas como patriarcalismo e classificação de raças.

Não obstante se considerar a emancipação socioeconômica feminina e relacioná-la a uma maior autonomia em matéria abortiva, foi a partir da teoria de justiça social de Nancy Fraser que se passou a compreender que uma maior liberdade da mulher sobre suas escolhas existenciais deve ser entendida à luz de alguns pressupostos sistematizados que apontam as possíveis causas dos entraves e/ou dificuldades a serem superados para que se chegue a tão pretendida igualdade de gênero.

É a partir da sistematização de conceitos como distribuição, reconhecimento e representatividade que se pretende situar as demandas femininas dentro desse cenário maior que é a emancipação do gênero humano.

1.2 AS DIMENSÕES DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DE NANCY FRASER

Para que se possa aprofundar ainda mais nas raízes da problemática proposta na presente pesquisa buscou-se se socorrer da teoria tridimensional de Nancy Fraser para se

compreender o que poderia ser classificado como (in) justiça e a partir desses postulados extraídos traçar um panorama sobre demandas específicas de grupos minoritários.

Interessante que Fraser parece estabelecer o desenvolvimento de seu conceito de justiça pautado na premissa de que a despeito de críticas aos movimentos identitários esses seriam importantes no processo de construção da justiça social na medida em que implicaria na construção de um quadro social em que se chegaria a uma igualdade material independentemente de interesses específicos. Seria aquelas pautas identitárias admitidas nesse processo quando sua integração não destoasse da construção da igualdade social como objetivo maior FRASER (2006).

Esclarece Fraser (2006, pág. 1) que: “Meu objetivo maior é ligar duas problemáticas políticas atualmente dissociadas; pois é somente integrando reconhecimento e redistribuição que chegaremos a um quadro conceitual adequado às demandas de nossa era”.

Na teoria da injustiça de Fraser a redistribuição e o reconhecimento seriam partes dos “remédios” para se chegar a um estado de emancipação do gênero humano. Explicitando sobre tais conceitos a filósofa esclarece sobre o elemento redistribuição ao relacioná-lo a estrutura social e econômica das sociedades FRASER (2006), e traz através de exemplos as injustiças econômicas que decorrem desse modelo de desenvolvimento Fraser (2006, pág. 2):

“[...] Seus exemplos incluem a exploração (ser expropriado do fruto do próprio trabalho em benefício de outros); a marginalização econômica (ser obrigado a um trabalho indesejável e mal pago, como também não ter acesso a trabalho remunerado); e a privação (não ter acesso a um padrão de vida material adequado)”.

A autora apresenta algumas soluções para se combater a injustiça econômica que funcionaria como “remédios” para Fraser (2006, pág. 02):

“[...] O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas”.

Explicitando sobre o elemento reconhecimento, que integra sua teoria de justiça, a autora relaciona-o a aspectos cultural ou simbólicos e se materializam através de

modelos sociais de representação, interpretação e comunicação FRASER (2006), e traz exemplos desse aspecto de injustiça simbólica que decorre desse padrão social que estigmatiza e marginaliza:

“[...] Seus exemplos incluem a dominação cultural (ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria); o ocultamento (tornar-se invisível por efeito das práticas comunicativas, interpretativas e representacionais autorizadas da própria cultura); e o desrespeito (ser difamado ou desqualificado rotineiramente nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações da vida cotidiana)”.

A autora apresenta algumas soluções para se combater a injustiça cultural ou simbólica que funcionaria como “remédios” para Fraser (2006, pág. 02):

“[...] O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas”.

Nas transcrições acima depreende-se que Fraser fundamenta a solução para a emancipação humana a partir de políticas públicas redistributivas e de reconhecimento que beneficiaria grupos vulneráveis a fim de se conseguir reduzir os níveis de desigualdade social. Na presente pesquisa já se desenvolveu argumentos a partir de referenciais teóricos conhecidos nacionalmente no sentido de que na ótica de uma interseccionalidade de raça e gênero existe uma carência de políticas públicas que implica na marginalização social e econômica de elevados contingentes populacionais específicos, como mulheres, sobretudo as pobres e negras, indígenas, quilombolas, dentre outros RIBEIRO (2019); realidade não só no Brasil, mas na América-latina em geral. Tal constatação corrobora com os ‘desafios a emancipação feminina num contexto de vulnerabilidades sociais’ que intitula o presente trabalho acadêmico.

Não bastasse essa omissão estatal que discrimina ao não resolver o problema da emancipação humana através da promoção de uma efetiva igualdade material, ou, ao menos, já que se vive num modelo econômico-capitalista excludente por natureza, continua o Estado a se omitir na promoção de mínimas condições de vida para que todos

tenham garantidas suas necessidades existenciais básicas indispensáveis ao processo emancipatório humano que ainda contribuiria com a mitigação daquelas políticas públicas assistencialistas tão criticadas pelas doutrinas liberais e capitalistas. Não bastasse essa realidade cruel, ainda se institucionaliza políticas públicas que tem como resultado o estímulo de valores e a criação de leis que destituídas de uma perspectiva de gênero e raça contribuem para a manutenção e aprofundamento da marginalização de determinados grupos historicamente vulnerabilizados.

Nesse sentido argumentou-se e argumenta-se que a atual regulamentação do aborto no Brasil configura uma política que discrimina socialmente haja vista impor um agir que vem onerando um seguimento populacional historicamente vulnerado. Essa discriminação do gênero feminino tem a pretensão de impor um modo de ser e pensar que não necessariamente corresponde às suas necessidades existenciais. Essa restrição de pensamento e de autonomia reprodutiva institucionalizada por lei – flagrantemente não recepcionada pelo Constituição Cidadã de 88 – contribui com um problema de saúde pública que vitimiza sobretudo as mulheres pobres - em geral negras - que se submetem a procedimentos interruptivos de gestação extremamente inseguros que acarretam danos à saúde quando não implicam em sua morte.

A discriminação de gênero teve seu sentido ampliado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH - ao inserir em seu conceito não só a violência física e psíquica sofrida pelas mulheres, mas também aquela que decorre da discriminação social e econômica. É perfeitamente defensável do ponto de vista constitucional e do sistema de direitos humanos internacional, que a regulamentação do aborto pelo Código Penal Brasileiro - CPB - configuraria uma discriminação de gênero por violar direitos humanos essenciais, sejam positivados no texto constitucional local, sejam previstos em normas internacionais FACHIN e OLSEN (2022).

E a partir dos argumentos de Fraser, os quais agregam à presente pesquisa - que extrapola o campo das teses jurídicas - na medida em que sistematizam conceitos como redistribuição e reconhecimento na busca de se compreender de maneira macro o estado de injustiças sociais que limita a emancipação humana, que se pretende buscar argumentos sociológicos e filosóficos que contribuam para um aprofundamento das causas e efeitos da problemática sujeita à investigação com vistas a se apontar possíveis caminhos para corrigir essa distorção legal que restringe a autonomia feminina e impõe sanções penais em níveis que se entende incompatível com a sistemática normativa de direitos humanos internacionais, e que, defende-se não recepcionados pelos princípios e direitos fundamentais que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito materializado pela Constituição Federal de 88.

Sobre a anacronia da legislação que rege o aborto no Brasil e, sobretudo, pelos efeitos danosos sobre os mais vulneráveis, interessante à pesquisa o entendimento das características das coletividades bivalentes proposta por Fraser (2006, pág. 3):

“[...] São diferenciadas como coletividades tanto em virtude da estrutura econômico-política quanto da estrutura cultural-valorativa da sociedade. Oprimidas ou subordinadas, portanto, sofrem injustiças que remontam simultaneamente à economia política e à cultura. Coletividades bivalentes, em suma, podem sofrer da má distribuição socioeconômica e da desconsideração cultural de forma que nenhuma dessas injustiças seja um efeito indireto da outra, mas ambas primárias e co-originais. Nesse caso, nem os remédios de redistribuição nem os de reconhecimento, por si sós, são suficientes. Coletividades bivalentes necessitam dos dois”.

Dentro desse espectro de coletividades bivalente estariam as chamadas classificação de gênero e raça como herança colonial brasileira que se encontram na raiz das injustiças sociais e econômicas MIGNOLO (2017). A teoria tridimensional de Fraser ilumina a pesquisa ao ir além da identificação das origens dos problemas de gênero e raça quando aponta que a promoção da igualdade social, incluídas as de gênero e raça, passaria por políticas distributiva e de reconhecimento que impactariam, em último grau, as bases dos sistemas patriarcal e capitalista que se entendem como razão de ser das desigualdades culturais, sociais, econômicas e institucionais. Como enfrentar as desigualdades de gênero de forma profunda, e que no sentir da pesquisa, invariavelmente levariam num momento posterior a discutir temáticas desconfortantes como o aborto? Fraser (2006, pág. 3):

“[...] De modo muito semelhante à classe, a injustiça de gênero exige a transformação da economia política para que se elimine a estruturação de gênero desta. Para eliminar a exploração, marginalização e privação especificamente marcadas pelo gênero é preciso abolir a divisão do trabalho segundo ele – a divisão de gênero entre trabalho remunerado e não-remunerado e dentro do trabalho remunerado. A lógica do remédio é semelhante à lógica relativa à classe: trata-se de acabar com esse negócio de gênero. Se o gênero não é nada mais do que uma diferenciação econômico política, a justiça exige, em suma, que ele seja abolido”.

Respondendo a indagação acima formulada, e se valendo da teoria das injustiças de Fraser, seria através do enfrentamento das desigualdades de classe, e aplicando essa mesma lógica às desigualdade de gênero, através das técnicas da redistribuição e de

reconhecimento, as quais atuariam sobre os sistemas patriarcal e capitalista que estruturam o modelo econômico-produtivo e social de maneira a romper com a subalternização e instrumentalização do gênero feminino num processo que quebraria a lógica de manutenção das estruturas sociais e econômicas vigentes FRASER (2006). É o paradigma da famigerada divisão sexual do trabalho que ainda destina o homem ao labor formal e remunerado e a mulher ao trabalho doméstico e não remunerado. É nesse contexto que se encontram as raízes da “vocação reprodutiva feminina” de forma incondicional em pleno século XXI. Esse   o paradigma que ainda desestimula a inser o da mulher no mercado formal de trabalho ao imp -la remunera o muito a quem dá dos homens, e ainda, as oneram com políticas de Estado que lhes impõem uma gesta o obrigatória quando não amparadas pelas hipóteses permitidas em lei. Seria a partir do enfrentamento desses paradigmas socioecon micos, fundados nos sistemas patriarcal e capitalista, que integram as estruturas de Estado e que se encontram fortemente disseminados nas sociedades, que se poderia corrigir as injustiças de gênero e contribuir com um maior nível de igualdade social ao distribuir e reconhecer justiça a partir da emancipa o social e econômica da mulher.

Por ser a coletividade de gênero de característica bivalente - demandando técnicas de redistribui o e de reconhecimento concomitantemente - como dito alhures, sobre o elemento reconhecimento FRASER (2006):

“[...] Seguramente, uma característica central da injustiça de gênero   o androcentrismo: a constru o autorizada de normas que privilegiam os traços associados   masculinidade. Em sua companhia está o sexismo cultural: a desqualifica o generalizada das coisas codificadas como “femininas”, paradigmaticamente – mas não só –, as mulheres. Essa desvaloriza o se expressa numa variedade de danos sofridos pelas mulheres, incluindo a violência e a explora o sexual, a violência doméstica generalizada; as representa es banalizastes, objetificadoras e humilhantes na m dia; o assédio e a desqualifica o em todas as esferas da vida cotidiana; a sujei o às normas androc tricas, que fazem com que as mulheres pareçam inferiores ou desviantes e que contribuem para mantê-las em desvantagem, mesmo na ausência de qualquer inten o de discriminar; a discrimina o atitudinal; a exclusão ou marginaliza o das esferas públicas e centros de decisão; e a nega o de direitos legais plenos e prote es igualitárias. Esses danos são injustiças de reconhecimento”.

Seriam o androcentrismo e o sexismo valores impregnados nas sociedades contemporâneas que refletiriam muito do processo de colonização introjetado pela cultura eurocentrista no Brasil e na América-Latina como um todo. Naturalmente são simbologias fortemente arraigadas nessas sociedades e que invariavelmente são institucionalizadas a nível de Estado pelos poderes constituídos. Nos textos que se vem desenvolvendo estabelece-se que a autonomia feminina perpassa por um complexo de direitos que precisam ser compreendidos de forma holística para que se supere diversas violações dos direitos das mulheres, os quais vem sendo destacados ao longo destas reflexões, e que podem ser mais bem sistematizados a partir da teoria das injustiças que se vem dando destaque.

Com o propósito de superar as injustiças de reconhecimento transcritas acima, as quais, juntamente com os problemas distributivos contribuem para manter a mulher como instrumento de um desenvolvimento social e econômico que as colocam numa posição subalternizada frente suas necessidades existenciais, importante contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH – que vem tentado através de seus julgados promover e disseminar para as ordens jurídicas nacionais uma nova perspectiva pautada no gênero com o fito de superar esses entraves de natureza androcêntrica e sexista que impedem o pleno desenvolvimento do gênero feminino no que tange à fruição de direitos humanos essenciais. Nesse passo a jurisprudência da Corte ao adotar a perspectiva de gênero em suas decisões passa a tutelar a mulher na sua dimensão econômica e social e não apenas em aspectos físicos e sexuais como já argumentado alhures FACHIN E OLSEN (2022).

Ainda sobre essa cultura sexista e androcêntrica que vem paulatinamente sendo combatida argumentam Fachin e Olsen (2022, pág. 105):

“[...] A desigualdade histórica e estrutural que afeta as mulheres no continente latino-americano demanda uma resposta das constituições, leis internas, documentos regionais e internacionais, e sobretudo de seus intérpretes. Mais além, seu enfrentamento exige medidas transformadoras eficazes para promover igualdade em sua dimensão de reconhecimento, afastando os estereótipos de oportunidades econômicas e sociais e de rechaço a toda forma de violência e discriminação”.

Definitivamente a discriminação social e econômica passaram a ser entendidas como uma forma de violência que viola os direitos humanos das mulheres. A chamada injustiça cultural ou simbólica, ou simplesmente, a ausência de reconhecimento ao gênero feminino teorizada por Fraser passa a integrar a jurisprudência dos tribunais regionais como o é a Corte IDH. Tecendo considerações sobre a importância da decisão daquela Corte como órgão indutor e padronizador de um diálogo entre as diversas instituições

responsáveis por criar, aplicar e interpretar o direito continuam Fachin e Olsen (2022, pág. 105):

“[...] Enfrentar estes desafios é um convite ao diálogo cooperativo entre os Estados e os órgãos regionais e internacionais, notadamente nos processos de interpretação e aplicação das normas de direitos humanos das mulheres. Como resultado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce um papel fundamental na determinação de standards de proteção dos direitos das mulheres sob uma perspectiva de gênero, seja para apontar o caminho para os Estados em suas ações internas, seja para responsabilizá-los quando falham na promoção da igualdade de gênero”.

Por todos os argumentos colacionados pode-se dizer que ao menos nas instâncias de aplicação e interpretação do direito, e por que não dizer na instituição legislativa - veja-se a aprovação do Projeto de Lei 1.085/2023, que trata da igualdade salarial e remuneratória entre homens e mulheres, e altera a Consolidação das Leis do Trabalho -, se inicia um lento e gradual processo de adoção de uma nova perspectiva ao direito que passa a ser produzido e interpretado à luz de uma efetiva igualdade de gênero.

Não por acaso o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – editou em 2021 o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero que demonstra que o Poder Judiciário brasileiro vem atento e se adequando a uma nova simbologia ou cultura em que se busca superar as discriminações historicamente sofridas pelo sexo feminino e que vêm sendo discutidas no presente texto acadêmico. A lógica da divisão laboral baseada no gênero e o modelo incondicional do feminino que tem uma “vocação natural” para a reprodução humana – como colocado alhures – se encontram nas origens de valores patriarcais e capitalistas que implicam num tratamento discriminatória que limita a existência feminina e abre possibilidades para a manutenção e aprofundamento de diversas desigualdades que afligem as mulheres em pleno século XXI. Constata-se ainda uma sociedade extremamente androcêntrica e sexista em que a mulher é tolhida em sua autonomia em diversos aspectos de sua vida, e que aqui optou-se em dar um destaque em função dos objetivos perseguidos pela pesquisa, à temática da autonomia reprodutiva com sua ampliação a partir de uma nova regulamentação do aborto.

Nesse contexto são os objetivos buscados com a edição pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça desse Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero que reconhece implicitamente que as instituições de Estado ainda são carentes de uma doutrina jurídica em que ao gênero feminino seja oportunizado o

exercício de direitos humanos igualmente disponibilizados ao homem nos mais diversos campos das interações sociais.

As considerações do Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria n. 27, de 27 de fevereiro de 2021, e complementado pela Portaria n. 116, de 12 de abril de 2021, ambas do Conselho Nacional de Justiça, são extremamente claras ao tecer considerações sobre as razões das portarias e os objetivos pretendidos, senão vejamos:

“[...] Este protocolo é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passa a reconhecer a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito e, a partir disso, identifica a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas. (grifo nosso)”.

Aprofundando ainda mais sobre as causas dessa cultura androcêntrica e sexista que discrimina fisicamente, sexualmente, psicologicamente e economicamente segue o Grupo de Trabalho em suas considerações:

“[...] Nesse caminho, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar este documento, avança na direção de reconhecer que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica, e produzem efeitos na sua interpretação e aplicação, inclusive, nas áreas de direito penal, direito do trabalho, tributário, cível, previdenciário etc. (grifo nosso)”

Reconhecendo ainda a influência das Cortes Regionais e Internacionais de Direitos Humanos sobre a ordem jurídica brasileira, continua o Grupo de Trabalho:

“[...] O Poder Judiciário brasileiro, voltando seu olhar para os países vizinhos na América Latina, como México, Chile, Bolívia, Colômbia e Uruguai, que já editaram protocolos, dirige sua atenção também às decisões de Cortes Regionais e Internacionais de Direitos Humanos que chamam à atenção da importância e da necessidade de se adotar protocolos oficiais de julgamentos com perspectiva de gênero, para que casos envolvendo direito das mulheres sejam tratados de forma adequada. Em ordem nacional, os trabalhos do CNJ robustecem

cotidianamente o diálogo quanto às interseccionalidades múltiplas que guarnecem a perspectiva de gênero. Decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, sustentadas por um compromisso forte na defesa dos direitos humanos, igualmente avançam na pauta de reconhecimento às minorias do direito à igualdade substancial, tais como as decisões sobre união homoafetiva, reconhecimento da autodeterminação de identidade de gênero, concessão de prisão domiciliar para gestantes e mães, exclusão da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, dentre outras decisões. (grifo nosso)”.

A quebra dos paradigmas sociais e econômicos com o propósito extirpar o gênero como elemento estruturante da divisão do trabalho, que em geral estigmatiza e limita as potencialidades femininas FRASER (2006), têm mais aceitação na órbita do Judiciário quando em comparação com as instâncias legislativas, as quais em razão de diversos interesses e concepções individuais dos legisladores, acabam por ter uma postura mais conservadora quando o tema é reconhecimento das demandas femininas.

Pode-se dizer que a perspectiva de gênero na aplicação e interpretação do direito que vem sendo paulatinamente implementada pelo Judiciário brasileiro com vistas a superação dos entraves históricos que subalternizaram e instrumentalizaram - e ainda o fazem - o gênero feminino por séculos, a qual se encontra em sintonia com a teoria tridimensional das injustiças FRASER (2006), e com uma postura bastante progressista dos julgamentos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH -, que tem um importante papel de influenciar nas jurisprudências nacionais, se vislumbra um avanço consistente nas demandas por igualdade de gênero e que invariavelmente toca a discussão sobre uma nova regulamentação do aborto a fim de se reconhecer uma autonomia feminina condizente com os direitos humanos irrenunciáveis e com uma maior restrição dos casos submetidos ao estigma do Direito Penal.

Nos escritos anteriores e que se somam ao presente artigo na busca por compreender o fato social aborto no Brasil defende-se que uma nova regulamentação do direito ao aborto está inserida no espectro dos direitos sociais e econômicos femininos na busca por sua emancipação plena, com reflexos, inclusive, nos elevados índices de feminicídio no país. Não há como se discutir desenvolvimento econômico-social da mulher e a consequente quebra do modelo produtivo e remuneratório baseado no gênero sem lhe franquear um maior nível de autonomia sobre sua capacidade reprodutiva com a prerrogativa de interromper uma gestação fundada simplesmente na sua vontade. Defende-se inclusive que essa prerrogativa pode ser extraída do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental ao planejamento familiar como livre decisão do

casal ou, em último grau, da mulher - ambos positivados no texto constitucional -, com jurisprudência, inclusive, que trata da autonomia individual e do direito ao planejamento familiar que se sobrepõe e relativiza o embrião humano ao admitir seu descarte como efeito colateral de procedimentos de reprodução assistida (BRASIL, 2008).

1.3 A CARÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA COMO ENTRAVE PARA UMA NOVA REGULAMENTAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Nesse ponto, e já diluindo ao longo do presente texto as considerações, cabe destacar que a matéria se encontra “madura” para ser discutida e se estabelecer consensos tanto a nível de Poder Legislativo como de Judiciário. Não obstante haver fundamentação jurídica para se conceber uma legislação que amplie a autonomia reprodutiva da mulher sem perder de vista em que momento se vedaria a prática abortiva no sentido de tutelar a vida do nascituro, não há um debate político que tenha como referência maior o direito posto, que tem lastro suficiente para a discussão da matéria, e nem mesmo os integrantes da Suprema Corte na formatação atual aparentam ter uma jurisprudência consolidada sobre uma eventual ampliação das possibilidades de abortamento legal. Não há um enfrentamento da matéria por parte do Congresso Nacional à luz das normas de direitos humanos internacionais e dos direitos e princípios fundamentais previsto na Constituição Federal de 88, as quais estabelecem o princípio da laicidade estatal, e o postulado da dignidade da pessoa humana como maior referencial interpretativa para diversos de direitos fundamentais, tais como o direito à saúde física e psicológica, à autonomia individual, à intimidade, à vida privada e ao planejamento familiar fundado na livre decisão do casal e na responsabilidade.

E nesse contexto de inatividade política ganha importância os conceitos de representatividade que integra a teoria das injustiças de Fraser na medida em que se faz necessário para o avanço da agenda feminista não somente no Legislativo como também no Judiciário brasileiros.

Considerando os aspectos políticos de sua teoria da justiça social Fraser (2009, p.21 apud DAMIÃO; CARLOTO, 2017, p. 9):

“[...] as fronteiras políticas e/ou as regras decisórias funcionam de modo a negar a algumas pessoas, erroneamente, a possibilidade de participar como um par, com os demais, na interação social – inclusive, mas não apenas, nas arenas políticas”.

No caso brasileiro há carência de representatividade nas instâncias de poder para se discutir em que bases legais seriam sustentadas uma nova regulamentação do aborto na medida em que esse direito aparenta encontrar lastro jurídico no texto constitucional

francamente democrático promulgado em 88. Seria um problema a pouca representatividade da mulher nas instâncias do Legislativo e do Judiciário na medida em que esse debate em torno do aborto vem sendo postergado no maior país da América Latina. Essa constatação se coaduna com a dimensão representativa ou política da teoria da (in) justiça social como colocado por Fraser (2009, p. 19 apud DAMIÃO; CARLOTO, 2017, p. 19) com: “[...] a natureza da jurisdição do Estado e das regras de decisão pelas quais ele estrutura as disputas sociais.”

As lutas por justiça social a partir de sua dimensão política ou representativa se relacionariam e seriam tão importantes quanto os aspectos distributivos e de reconhecimento e guardariam uma interdependência para se chegar a um estado de emancipação do humano a superar as diversas injustiças perpetradas ao longo da história das civilizações FRASER (2009).

No caso de demandas feministas que buscam a ampliação de seus direitos reprodutivos nos moldes colocados pela pesquisa, e levando em consideração o contexto político e social do Brasil atual, bem como a politização das instâncias jurídicas, nunca se fez tão importante a dimensão representativa dessa teoria das injustiças a ponto de se defender que seria tal dimensão pressuposto para a fruição de diversos direitos ditos por essenciais, os quais demandariam políticas redistributivos e de reconhecimento para se chegar à redução, ao menos, de diversas desigualdades que limitam e condicionam os direitos sexuais e reprodutivos da mulher brasileira em pleno século XXI. Seria a teoria das injustiças de Fraser uma espécie de tratado supraindividual em que se buscaria remédios para superar um estado de vulnerabilidade social pela superação de sistemas capitalista e patriarcal que classificam as pessoas em níveis de importância fundados no gênero e na raça, dentre outros aspectos.

Essa luta por emancipação do gênero humano já foi teorizada por diversos pensadores como Karl Max que tratou sobre a desigualdade social decorrente do sistema capitalista. Esses paradigmas sociais e legais que têm origem no modelo de sociedade patriarcal e capitalista ainda hoje estimulados a partir de uma epistemologia androcêntrica e sexista só podem ser questionados por meio de uma representatividade feminina nos centros de poder vocacionados ao estabelecimento das regras sociais que devem ser seguidas indistintamente. Passa a representatividade por uma maior participação do gênero feminino como membros do Poder Legislativo e do Judiciário. As demandas feministas teriam mais legitimidade no Parlamento. Seria mais eficaz a efetivação do protocolo com perspectiva de gênero se nos Tribunais Superiores existissem uma paridade de gênero entre seus integrantes.

O problema da representatividade feminina nos órgãos de poder, vale dizer no Congresso Nacional e nos Tribunais Superiores, que em última análise controlam a produção e a aplicação das normas jurídicas em âmbito nacional, está longe de ser conformado à proporcionalidade da população pelo critério de gênero.

Quando se fala em representatividade feminina no Congresso Nacional, constata-se que apenas 17,7% de suas cadeiras são ocupadas por mulheres, não obstante a Lei de Cotas estabelecer uma obrigatoriedade de 30% das vagas serem previstas para as mulheres. O Brasil se encontra na condição incômoda de último colocado quando o assunto é representatividade política do segmento feminino na América-latina (THOMÉ; GATTO (2023).

Diante desse cenário entende-se por que diversos países latino-americanos possuem consideráveis avanços em matéria de direitos das mulheres. Na temática de interrupção voluntária da gestação países fronteiriços têm promovido uma maior autonomia feminina no que tange a seus direitos reprodutivos e reduzido os níveis de mortalidades decorrentes de abortos clandestinos e inseguros.

Fazendo um recorte apenas da América do Sul, países em geral que ainda sofre forte influência das religiões, tem-se que o Uruguai, Guiana e Argentina, este com regulamentação em dezembro de 2020, possuem legislações que permitem o aborto independentemente de qualquer motivo até da 14ª semana de gestação (OTOBONI, 2020). A Bolívia, o Peru, o Equador e a Colômbia, permitem a interrupção voluntário da gravidez quando houver riscos à saúde da gestante. Já o Brasil, o Chile, a Venezuela, e o Paraguai, apenas permitem a interrupção da gravidez quando houver risco de morte a gestante. E, por fim, o Suriname não permite o aborto em qualquer circunstância, nem mesmo quando há risco de morte para a gestante (OTOBONI, 2020). No cenário sul-americano, portanto, tem-se que o Brasil se situa no grupo de países em que a legislação sobre o aborto ainda interfere de forma significativa na autonomia feminina de maneira que sua flexibilização, a exemplo do que já acontece nos países vizinhos, como Argentina e o Uruguai, permitiria não só uma maior autonomia sobre a capacidade reprodutiva da mulher como também resolveria um problema de saúde pública que tem como principais vítimas as mulheres de classes sociais mais vulneráveis social e economicamente. Registre-se ainda que o problema de saúde pública que decorre da clandestinidade e da insegurança na prática abortiva, as pesquisas apontam que no Brasil a cada 02 dias uma mulher morre por aborto inseguro e que se estima 1 milhão de abortos induzidos realizados por ano, tendo como vítimas em sua maioria mulheres negras, menores de 14 anos e moradoras de periferias (OTOBONI, 2020).

Ainda sobre o problema da representatividade que coloca a mulher brasileira numa posição de inferioridade quando comparada às de outros países latino-americanos pesquisas demonstram que a Lei de Cotas do Brasil é pouco eficiente na medida em que

não possui a exemplo de outros países vizinhos uma lista fechada, mesmo o sistema proporcional favorecendo um número maior de mulheres eleitas. Faltam ainda instrumentos que garantam a competitividade das candidaturas femininas, como no Chile; ou leis que exijam o cumprimento estrito das regras, a exemplo do México. Na Lei de Cotas brasileira não há regra que preveja a paridade de vagas para as mulheres, como na Argentina, Costa Rica e Bolívia, que definem em suas leis que 50% das candidaturas devem ser de mulheres (THOMÉ; GATTO (2023).

Outro aspecto relacionado à representatividade a considerar é que não bastasse o baixo número de mulheres nas instâncias de poder as que lá se encontram na maioria das vezes apesar de “representarem as mulheres na política” não realizam efetivamente a defesa das bandeiras feministas, o que agrava o problema de representatividade do gênero feminino na política brasileira.

Não bastasse uma legislação ineficiente que não traz instrumentos que viabilize a participação das mulheres de forma efetiva na política brasileira, a cultura patriarcal e machista inibe a participação da mulher no processo eleitoral e a submete a esses padrões que limitam sua autonomia em matérias emancipatórias como o é uma nova regulamentação do aborto. Nesses sentidos são os argumentos de mulheres que defendem a temática no campo do direito como PAULA (2023):

“[...] Isso porque o patriarcado é ainda muito presente na cultura brasileira. O corpo e a sexualidade da mulher são controlados, as próprias mulheres legitimam essa situação a maioria das vezes, em virtude da construção patriarcal, do machismo. Aliado a isso, as religiões cristãs, sejam pela vertente católica ou evangélica, que são as que mais possuem força política e mais seguidores, são machistas, colocam a vida de um feto sempre acima da autonomia da mulher, do seu direito ao próprio corpo. A sociedade é pró-nascimento, mas não é provida”.

2. METODOLOGIA

O presente artigo se relaciona às investigações formuladas no bojo de uma pesquisa em mestrado na área de ciências jurídicas, que se encontra em curso. O tema da pesquisa é ‘intervenção na autonomia feminina: sanções penais decorrentes de práticas abortivas?’. A pesquisa tem como objetivo geral analisar se há fundamento jurídico e filosófico para se extrair a ampliação da autonomia reprodutiva em matéria abortiva do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental a intimidade e da vida privada. No presente artigo científico as investigações partiram de bases bibliográficas e documentais na medida em que teve como referências livros, artigos científicos,

dissertações e teses, além de legislações pertinentes à temática e à própria jurisprudência. Por fim, pode-se dizer que a investigação proposta no presente trabalho acadêmico adotou o método indutivo na medida em que a partir de vulnerabilidades sociais mais acentuadas e constatadas em países em desenvolvimento se buscou fixar os pressupostos para sua superação e estabelecer conexões com demandas feministas de forma a se extrair possíveis soluções para ampliar a autonomia reprodutiva em matéria abortiva.

3. CONCLUSÃO

Acreditamos e optamos por diluir nossas conclusões ao longo do desenvolvimento do texto a fim de que o leitor não perdesse de vista os objetivos da investigação desenvolvida e seus resultados pretendidos.

Há que se colocar de início que a teoria da justiça social de Nancy Fraser contribuiu para aprofundar a problemática da emancipação humana, suas causas e efeitos com desdobramentos sobre problemas específicos sobre grupos identitários, como negros, integrantes da coletividade LGBTQIA+, quilombolas, dentre outros. No que tange às demandas relacionadas ao gênero feminino nos foi evidenciado a partir daquela teoria que demandas emancipatórias voltadas a satisfação de direitos humanos da mulher se relacionam a problemas históricos que só a partir de sociedades com uma base democrático-participativa muito sólida se vislumbra o enfrentamento daqueles paradigmas de discriminação de gênero conforme textos levantados.

O Brasil se situa nos grupos dos países sul-americanos em que se têm uma legislação que ainda interfere de forma muito intensa na autonomia da mulher em matéria de direitos reprodutivos. A regulação do aborto estigmatiza e leva a mulher a clandestinidade vez que se trata de caso de polícia. Considerando a América-latina como um todo as mulheres brasileiras são as que têm a menor representatividade política quando são a maioria da população do país. Não por acaso temos uma legislação violadora da dignidade da mulher que se encontra atrasada em relação a nossos vizinhos Argentina e Uruguai. Lei de Cotas eleitoral não garante o acesso da mulher aos mandatos eletivos quando em comparação com outros países. A quem interessa uma legislação que não promove o acesso das mulheres ao mandato eletivo? Apesar dos esforços que o Judiciário vem empreendendo para criar uma cultura jurídica de igualdade de gênero ainda existe um número muito a quem de magistradas nas instâncias superiores o que dificulta o julgamento das demandas femininas nas Cortes Superiores.

A despeito de Nancy Fraser não hierarquizar seus “remédios” para o combate as injustiças entendemos que no caso brasileiro urge uma maior representatividade do gênero feminino para que se venha à público através das instâncias de Estado discussões como interrupção voluntária da gestação e sua nova regulamentação com vistas a construção de novos valores ao gênero feminino.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 14.611, de 23 de julho de 2023**. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14611.htm Acessado em: 23 set. 2023

BRITTO, Carlos Ayres. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal – Inteiro teor**. STF - Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 21dez. 2022

DE PAULA, Lisa Alencar. Direito ao aborto: barreiras da legalização e legitimação do procedimento no Brasil. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/22476/3/TCCG%20-%20Direito%20-%20Lisa%20Alencar%20de%20Paula%20-%202023.pdf>. Acessado em: 01/07/2023.

DAMIÃO, Nayara André; CARLOTO, Cássia Maria. A contribuição de Nancy Fraser para a construção da emancipação das mulheres: Reflexões sobre o aborto no Brasil. Disponível em: easyplanners.net. Acessado em: 17/06/2023

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era “pós-socialista”. Tradução: Julio Assis Simão. Cadernos de Campo (São Paulo – 1991), 2006, revista.usp.br. Acessado em 09/06/2023

FACHIN, Melina Girard; OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen. Perspectiva de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mulheres e Justiça, Revista CNJ edição Agosto2022. Acessado em: 01 nov. 2022

MIGNOLO, Walter D. Colonialidade: o lado mais obscuro da modernidade. 2017. Tradução de Marco Oliveira https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7232729/mod_resource/content/1/Quijano.pdf. Acessado em 15 de abril de 2023

OTOBONI, Jéssica. da CNN, em São Paulo. 10 de dezembro de 2020 às 09h41. Atualizado em 30 de dezembro de 2020 às 07h09. Acessado em 31 de dezembro de 2020. Quais países da América do Sul legalizaram o aborto?

Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021. Conselho Nacional de Justiça. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ENFAM

RIBEIRO, Djamila. Lugar de fala. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. (Livro eletrônico).

THOMÉ, Débora; GATTO, Malu. Reforma política por mais presença das mulheres. Disponível em: instituto.update.org.br acessado em: 02/07/2023

EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ENSINO INFANTIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

RAPHAELA DA SILVA NASCIMENTO:

Pós-graduada em Direito e Estado⁶⁷.

RESUMO: Este artigo científico explora o conceito do direito fundamental à educação no ensino infantil, analisando sua relevância e desafios na sociedade contemporânea. A temática abordada envolve a garantia do acesso igualitário e de qualidade à educação na primeira infância. O problema central reside na lacuna entre o reconhecimento normativo deste direito e sua implementação efetiva. Os objetivos consistem em analisar profundamente esse direito, identificar desafios e contribuir para políticas e práticas que assegurem um acesso igualitário e de qualidade. A justificativa desta pesquisa reside na importância de assegurar o pleno desenvolvimento das crianças desde a primeira infância, contribuindo para uma sociedade mais igualitária e preparada para os desafios do século XXI.

Palavras-chave: Direito fundamental; Educação infantil; Desigualdade; Políticas públicas; Desenvolvimento infantil.

1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental à educação no ensino infantil, no contexto científico, compreende-se como o acesso universal e inalienável das crianças à educação na primeira infância, reconhecido e assegurado por instrumentos legais e constitucionais. Esse direito visa garantir o pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e social das crianças, proporcionando-lhes uma base sólida para seu crescimento pessoal e cidadania ativa.

A temática que emerge dessa perspectiva é a análise aprofundada do direito fundamental à educação no ensino infantil, considerando sua relevância para o desenvolvimento humano e social. O tema, nesse contexto, reside na investigação das implicações jurídicas e sociais desse direito, explorando seus desafios e potencialidades na promoção do bem-estar infantil.

A problematização aqui não se resume a uma pergunta, mas sim a uma análise crítica dos obstáculos e dilemas que afetam a efetivação do direito à educação infantil. A falta de recursos, a qualidade das instituições, as desigualdades regionais e a necessidade de políticas públicas adequadas são elementos fundamentais dessa problemática.

O problema central abordado neste artigo é a lacuna entre o reconhecimento do direito fundamental à educação no ensino infantil e sua implementação efetiva. A falta de

⁶⁷ E-mail: raphadsn@gmail.com

políticas adequadas e recursos suficientes cria um cenário onde muitas crianças não conseguem acessar uma educação de qualidade na primeira infância, comprometendo seu futuro e perpetuando desigualdades.

A situação problemática revela-se na constante discrepância entre a normativa jurídica que garante o direito à educação infantil e a realidade vivenciada pelas crianças em muitas regiões, onde a falta de infraestrutura, professores qualificados e acesso adequado à educação infantil persiste como um desafio crítico.

Assim, a questão problema que orientará este artigo com abordagem qualitativa e método dedutivo é: Como superar as barreiras que impedem a plena efetivação do direito fundamental à educação no ensino infantil e garantir um acesso igualitário e de qualidade para todas as crianças?

Nesse contexto, consideramos como hipóteses e premissas primárias que a implementação efetiva do direito à educação infantil requer a mobilização de recursos financeiros adequados, a formação contínua de profissionais capacitados e políticas públicas eficazes voltadas para a primeira infância. Além disso, a participação ativa da sociedade civil e a conscientização sobre a importância desse direito são fatores fundamentais para promover mudanças significativas sobre a temática.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação é um dos principais componentes que trazem crescimento e progresso à sociedade. Assim, quanto mais as pessoas em uma sociedade são educadas, mais essas podem oferecer uma contribuição benéfica para o meio em que vivem. Diante da importância e relevância dessa categoria, é fundamental que o Estado desenvolva ações que visem a concretização desse bem.

A pesquisa de Veronese e Vieira (2003) faz uma revisão sistemática da educação básica na legislação brasileira. De pronto, destaca-se que um dos pontos negativos do estudo é a falta expressa de elementos metodológicos importantes como objetivos, problemática, justificativa, metodologia e hipóteses.

Além mais, uma variável determinável exposta no estudo é que a obrigação do Estado para com a educação surge com a Revolução Francesa. Antes desta, a educação era vista como um interesse privado, ou seja, não era considerada direito a ser garantido pelo Poder Público.

Assim, fazendo um resgate histórico, as autoras verificaram que até o século XVIII, mais precisamente até o ano de 1759, quando o Marques de Pombal expulsa a Companhia

de Jesus dos domínios portugueses, predominou, no Brasil, a educação caracterizada pela presença quase absoluta dos jesuítas, com ênfase no caráter religioso do ensino.

Iniciando o estudo histórico comparativo das normas do ordenamento jurídico interno, Veronese e Vieira (2003) apontam que a Magna Carta outorgada em 1824 assegurava a gratuidade da instrução primária e inseria a criação de colégios e universidades no rol dos direitos civis e políticos (art. 179, XXXII e XXXIII). Contudo, as autoras admitem que a Constituição de 1871 foi a primeira carta constitucional da República preocupou-se mais com questões de ordem formal - como estabelecer competências do que com questões propriamente educacionais.

Por sua vez, as autoras expõem que com advento da Constituição de 1934, a Constituição Cidadã, a educação passava a ser vista como um direito de todos, devendo ser ministrada pelo Estado e pela família. Neste sentido, caberia ao Estado tragar, com exclusividade, as diretrizes da educação nacional

Por sua vez, o Máximo texto de 1967 é posto como um produto das contradições que assolavam o país. A exemplo, as autoras refletem que ao mesmo tempo em que o texto constitucional estendia a obrigatoriedade do ensino para a faixa dos sete aos quatorze anos (art. 168, §3º, II), permitia o trabalho infantil a partir dos doze anos (art. 158, X). Mais um retrocesso da política social do Governo Militar, uma vez que a Carta de 46 estipulara em quatorze anos a idade mínima para o trabalho de adolescentes.

Contudo, o grande impacto para a educação ocorre com o Golpe Militar quando educação é mitigada pela liberdade de comunicação dos conhecimentos" (art. 176, §3º, VII), em nítido prejuízo a qualquer processo educacional baseado na liberdade como ferramenta mais eficaz de construção do saber

No âmbito infraconstitucional, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB/96), Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabelece os parâmetros para a educação básica. Atualmente, percebe-se a importância de um processo de ensino e aprendizagem que possibilite o aluno a desenvolver, dentre outras, a habilidade de reflexão crítica e capacidade de raciocínio lógico.

As políticas públicas compreendem um conjunto de ações, diretrizes e programas estatais objetivando a concretização e garantias individuais estabelecidas, principalmente, pela Constituição Federal de 1988 (CFRB/88). Trata-se de mecanismos que os entes estatais, de todas as esferas hierárquicas, possuem para garantir os inúmeros direitos ligados à cidadania.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu reconheceu o direito à educação como um direito fundamental de segunda dimensão. Por ser um direito social

destinado a todos, cabe ao estado desenvolver um conjunto de políticas públicas que viabilizem o acesso ao ensino desde sua modalidade básica ao chamado ensino superior.

Diante disso, com o advento da CFRB/88, o constituinte elencou um rol exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais. Dentre estes, destaca-se a tutela aos direitos sociais que são considerados direitos subjetivos e podem ser exigidos para que se opere sua efetividade, entretanto, não são absolutos e por este motivo é necessária sua harmonização, de forma que estes direitos sociais podem ser cumulados e são irrenunciáveis.

Nesta perspectiva, a educação foi o primeiro direito social a ser elencado pelo legislador constitucional em seu art. 6º. Diante de sua importância, sua efetivação é um dever do Estado, da Família e da Sociedade. Assim, o constituinte deixa claro que apenas com solidariedade e a colaboração de todos os entes sociais é que o processo de educação alcançará sua plenitude. Desta forma, a CFRB/88, art. 205 promulga que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Portanto, enquanto dever jurídico do Estado, originalmente o legislador preocupava-se com o aspecto da qualidade do ensino e sua obrigação. Trata-se do reconhecimento do ente público de garantir ao indivíduo o seu pleno desenvolvimento individual. Assim, o legislador propicia a concretização da igualdade de oportunidades quando da oferta do ensino público obrigatório.

Dentro desse contexto é fundamental lembrar que no que tange ao aspecto do ensino e da aprendizagem formal, diante da sua função social, o legislador optou por ser um dever basilar do Estado. Todavia, tal responsabilidade não foi uma inovação do sistema jurídico pátrio, mas sim um alinhamento da Carta Magna com os diversos documentos que tratam da matéria dos direitos humanos. Neste sentido, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos dos Homens (ONU, 1948), de 10 de dezembro de 1948, que, em seu art. 26, promulga que:

Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito (ONU, 1948).

A Educação é, portanto, responsável pela formação e transformação do homem fazendo-o desfrutar da liberdade e autonomia que lhe é devida, é um mecanismo eficaz de inclusão e construção para a cidadania. Assim, sendo, deve ser entendida enquanto formativo contínuo do indivíduo no sentido de valorização da transformação da realidade em que atua.

Trata-se, portanto, de um conjunto responsável pelo aperfeiçoamento do indivíduo, mas mais do que isso, de um instrumento capaz de transformar as relações sociais e possibilitar a concretização do princípio da igualdade em seu sentido material.

Ainda conforme a LDB/96, em seu art. 1, § a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias. O legislador garante que o Estado deve ofertar a sociedade instituições de ensino de forma gratuita a todos. Ou seja, a Família e a Sociedade, diante do também dever de educação, devem criar outras formas de ensino para além daquelas ofertadas pelo Estado.

Contudo, após análise de pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2019, é possível verificar que o país possui uma intensa desigualdade social cujos reflexos podem ser vistos, até mesmo, no âmbito educacional, uma vez que, a taxa média de analfabetismo no país é de aproximadamente 7% e pouco mais de 34% tem acesso ao ensino superior.

Ainda assim, a CF/88 é o marco fundamental que estabelece as bases legais para a educação no país. No artigo 205, fica clara a prioridade da educação como um direito de todos e um dever do Estado, destacando seu papel como agente de transformação social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90), por sua vez, reforça a importância da educação como um direito fundamental da criança, assegurando o acesso a uma educação de qualidade desde os primeiros anos de vida. O artigo 54 do ECA/90 destaca que é dever da família, da comunidade, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), em seu capítulo dedicado à educação infantil, estabelece a obrigatoriedade da oferta de educação infantil a todas as crianças a partir de quatro anos de idade, reforçando a importância desse direito como um alicerce fundamental para o desenvolvimento futuro.

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) é outra fonte normativa relevante, que delinea os objetivos e conteúdos a serem trabalhados na educação infantil. A BNCC busca promover uma educação de qualidade, voltada para o desenvolvimento integral da criança, considerando suas dimensões cognitivas, emocionais, sociais e físicas.

O Plano Nacional de Educação (PNE) apresenta metas e estratégias específicas para o cumprimento do direito à educação, estabelecendo prazos e indicadores para avaliar o progresso na efetivação desse direito. O PNE alinha-se com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSD), da Organização das Nações Unidas (ONU), que incluem a promoção de uma educação de qualidade e inclusiva.

Assim, a fundamentação teórica que respalda o direito fundamental à educação no ensino infantil baseia-se em um arcabouço normativo sólido, que reconhece a educação como um direito inalienável das crianças e estabelece as diretrizes para sua efetivação. Essas fontes normativas, aliadas às teorias pedagógicas e sociológicas, embasam a compreensão da importância da educação infantil como um alicerce crucial para o desenvolvimento individual e social, contribuindo para a construção de uma sociedade mais igualitária e preparada para os desafios do século XXI.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo sobre a efetivação do direito fundamental à educação no ensino infantil buscou lançar luz sobre a temática de forma a trazer um paralelo sobre a importância da efetividade de tal direito para o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Assim, apesar dos obstáculos identificados, é possível, sim, alcançar avanços significativos na promoção do acesso igualitário e de qualidade à educação na primeira infância, desde que os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo estejam alinhados para concretizar tal direito social.

Portanto, a alocação adequada de recursos financeiros, o investimento na capacitação contínua dos profissionais da educação e a mobilização da sociedade civil são caminhos para resolver o problema da disparidade no acesso à educação infantil.

Ademais, a efetivação do direito à educação infantil requer políticas públicas robustas e a participação ativa da comunidade. Além disso, as premissas secundárias, que consideraram a importância da qualidade das instituições e a necessidade de conscientização sobre o direito à educação na primeira infância, são também pontos cruciais de reflexão sobre a temática.

Diante disso, denota-se que uma educação de qualidade na primeira infância contribui para o desenvolvimento integral das crianças, preparando-as para um futuro mais promissor por meio do desenvolvimento integral de suas potencialidades, uma vez que a efetivação do direito à educação infantil é fundamental para construir uma

sociedade mais justa, inclusiva e igualitária, sendo um importante caminho para reduzir as desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal da República Brasileira de 1988. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Lei nº 9394, 20 de dezembro de 1996. Institui as bases da educação nacional no Brasil. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo Saraiva, 2023.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 05 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação-PNE e dá outras providências. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo Saraiva, 2023.

BRASIL. Lei nº 14,191, de 24 de novembro de 2021. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre a modalidade de educação bilíngue de surdos. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo Saraiva, 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Base nacional comum curricular (BNCC)**. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/>

BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_sit e.pdf. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Estratégia Nacional de Educação **Inclusiva**. Brasília, 2008. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14716estrategianacionaldeeducacaoinclusiva&category_slug=marco2010pdf&Itemid=30192. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL. **Parâmetros Curriculares Nacionais**: apresentação dos Temas Contemporâneos Transversais, ética/Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1997.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Políticas de Educação Especial. Orientações para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, Brasília, 2015. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/component/docman/doc_download/18739libroorientacao?Itemid=30192. Acesso em: 27 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**: as perguntas mais frequentes sobre os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), 2018. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/artilhadeperguntasresp>.

VERONESE, R. P.; VIEIRA, E. A educação básica na legislação brasileira. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, [S. l.], v. 24, n. 47, p. 99–126, 2003.

UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DA COVID-19 NA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

MARIA DO SOCORRO MOREIRA DE RESENDE:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí-UFPI. Especialista em Direito Processual pela UFPI. Advogada e Procuradora do Município de Guaratinguetá/SP⁶⁸

RESUMO: Esse trabalho tem como intuito analisar os impactos da COVID-19 na repartição de competências da federação brasileira. Para isso, analisa-se o modelo de inicial de repartição de competências disposto na Constituição Brasileira e o Federalismo Cooperativo que se desenhou diante dos conflitos de competência decorrentes da crise sanitária proveniente da pandemia. Ainda, discorrer-se-á sobre a jurisprudência majoritária do STF nesse seguimento, em especial as recentes decisões na ADI nº 6.341, ADI nº 6.343 e ADPF nº 690, buscando concluir se este novo arranjo respeita princípios constitucionais basilares brasileiros, nos quais se baseia a Federação. Será utilizado o método de estudo bibliográfico, a partir de fontes doutrinárias, em especial constitucionais, e na jurisprudência.

Palavras-Chaves: Federalismo; Repartição de Competências; Covid-19; Saúde Pública; STF.

ABSTRACT: This work aims to analyze the impacts of COVID-19 on the division of competences of the Brazilian federation. For this, the initial model of division of competences provided for in the Brazilian Constitution and the Cooperative Federalism that was designed in view of the conflicts of competence resulting from the health crisis resulting from the pandemic are analyzed. Furthermore, the majority of the Supreme Court's jurisprudence will be discussed in this regard, in particular the recent decisions in ADI nº 6341, ADI Nº 6.343 and ADPF Nº 690, seeking to conclude whether this new arrangement respects basic Brazilian constitutional principles, on which it is based the Federation. The bibliographic study method will be used, from doctrinal sources, especially constitutional, and jurisprudence.

Keywords: Federalism; Division of Competences; Covid-19; Public Health; STF.

1 INTRODUÇÃO

A Pandemia de Covid-19 apresentou mudanças de grande impacto em todos os âmbitos da sociedade. Por óbvio, o Direito, que é produto da sociedade e se precisa

68 [e-mail:mariasmresende@gmail.com](mailto:mariasmresende@gmail.com)

adequar às mudanças da mesma, foi drasticamente afetado. Em especial, deve se considerar que o próprio arranjo da federação brasileira sofreu modificações.

Sem dúvidas, um federalismo de cooperação ganhou destaque, especialmente diante do papel de protagonismo assumido por Estados e Municípios frente à União. As competências formais e materiais para enfrentamento da pandemia foram descentralizadas e distribuídas pelos entes em todos os graus de federalismo. Neste sentido, as decisões do Supremo Tribunal Federal tiveram forte impacto e pavimentaram a construção desse novo arranjo.

Entretanto, os estudiosos do Direito se dividiram quanto à constitucionalidade desta suposta “ampliação” de competências estaduais e municipais durante a pandemia, especialmente no âmbito da proteção e defesa da saúde em suas diversas frentes.

Então, o objetivo da presente pesquisa busca observar se o novo reajuste na repartição de competências do Estado Brasileiro que surgiu diante da pandemia de Covid-19 trouxe modificações que ofenderam ou não princípios basilares da Federação Brasileira. O presente trabalho está dividido em três partes.

Na primeira parte, aborda-se o impacto da Pandemia de Covid-19 sobre os Entes Federativos. Em um segundo momento, retrata-se o modelo de federalismo brasileiro, partindo-se do modelo tradicional de repartição de competências previsto constitucionalmente para um modelo de federalismo de cooperação, destacando a competência administrativa e legislativa em relação à saúde pública.

Na terceira parte, avaliam-se as decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal que começaram a traçar a nova divisão da repartição de competências no âmbito da pandemia, com descentralização das competências da União frente a Estado e Municípios, que ganham muito maior poder e independência normativa e administrativa para tratar dos assuntos relativos à crise sanitária da Covid-19.

Por fim, reflete-se sobre os possíveis impactos dessas mudanças nas repartições de competências constitucionais trazidas a tonas e se são as mesmas embasadas constitucionalmente.

A metodologia utilizada para desenvolvimento deste trabalho foi a abordagem qualitativa, sendo feita uma pesquisa exploratória de cunho bibliográfico e documental, assim como uma análise empírica jurisprudencial.

2 A PANDEMIA DE COVID-19 E OS ENTES FEDERATIVOS

No final de 2019, a sociedade conheceu o novo Coronavírus, que se espalhou pelo globo com absurda rapidez. Essa doença viral, ao atingir diversos países do mundo, causou

mortes em massa e o esgotamento do sistema de saúde pública mesmo das nações consideradas mais “preparadas”. No Brasil não foi diferente.

No entanto, diferentemente de outros governos federais, o brasileiro deixou a desejar em suas medidas de enfrentamento da pandemia, quedando omissas quanto a medidas de isolamento social, por exemplo, ou, mais gravemente ainda, divergindo e contradizendo as principais medidas profiláticas adotadas no pelo mundo e incentivadas pela Organização Mundial da Saúde, como uso de máscaras, higienização constante e distanciamento social.

Essa divergência ocorreu também entre as unidades da Federação, em seus âmbitos estaduais e municipais. Isso trouxe uma discussão acerca das competências dos entes no que tange a saúde pública brasileira, como a competência material comum dos atos e medidas do Poder Executivo e a competência legislativa concorrente das leis federais e estaduais.

Como se sabe, exige-se que a Administração Pública, em todas as suas esferas, busque efetivar os objetivos fundamentais dispostos no art. 3º da Constituição, colocando em prática, na medida do financeiramente possível, direitos e garantias fundamentais, entre estes, o direito à saúde. E para isso, é claro, torna-se necessário prestações positivas através de atos administrativos e atos legislativos para a efetivação desses direitos.

De fato, a crise do COVID-19 exigiu que fossem adotadas medidas extraordinárias na tentativa de frear o avanço da pandemia no país, medidas que foram tomadas pela União e pelos demais entes federativos, mas que não se mostraram harmônicas, pelo contrário, entraram muitas vezes em contradição. Essas contradições, influenciadas pelas dúvidas que permeavam o âmbito científico sobre a melhor maneira de enfrentar o vírus, acabaram gerando repercussão jurídica sobre a competência de cada ente federativo na tratativa do problema, tanto tratando - se de competência material comum como de competência legislativa concorrente.

Sobre o tema:

A situação se torna mais complexa quando (i) atos do Poder Executivo ou (ii) leis que tratem de questões de saúde pública “como objetivo final” afetam ou normatizam de modo direto ou indireto questões como transporte (interestadual, intermunicipal ou municipal), finanças, tributos e obrigações acessórias, acesso a água, saneamento, produção, consumo, sanções por descumprimento de normas, etc.

Dependendo da área de gestão afetada ou de lei específica pode emergir novo conflito em que haja uma competência privativa da União, seja de ordem executiva (material), seja de natureza legislativa, de que tratam os artigos 21 e 22 da CF.

Ou pode surgir nova questão de competência comum ou concorrente entre União e estados (artigos 23 e 24 da CF) em área que extrapola a saúde pública, sobre o qual os Tribunais Estaduais ou Superiores têm firmado jurisprudência ora garantindo maior autonomia executiva ou legislativa aos Estados, ora reconhecendo que as normas gerais da União são prevalentes, do ponto de vista prático, sobre quase todos os aspectos de uma matéria ou assunto. (Silva; Napoleão; Lamare, 2020).

Diante disso, para que se possa compreender os impactos que esses conflitos trouxeram, é necessário fazer uma breve análise do modelo de federalismo adotado no Brasil.

3 O MODELO DE FEDERALISMO BRASILEIRO

De forma geral, os doutrinadores entendem a existência de dois tipos de federalismo adotados no mundo. O primeiro modelo, chamado de federalismo dual, tem uma separação de atribuições entre os entes federativos extremamente rígidas, sem qualquer interferência ou cooperação entre estes. Com o nascimento do Estado de Bem-Estar Social e o menor interesse em governos rígidos, mas sim na manutenção dos direitos fundamentais sociais, ou direitos de segunda geração, surgiu o federalismo cooperativo.

O federalismo cooperativo, na contramão do federalismo anterior, baseia-se em uma verdadeira cooperação entre os entes, como diz o próprio nome. Nele, as atribuições devem ser exercidas de modo comum ou concorrente, não centralizando todo o poder em apenas um deles. Foi esse o modelo adotado pelo Estado Brasileiro, consagrado pela Constituição de 1988, descrito no artigo 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal" (BRASIL, 1988). Ressalve-se que a forma federativa é tão importante para o Estado brasileiro que é cláusula pétrea, isto é, não poderá ser objeto de proposta de emenda para altera-la ou aboli-la (artigo 60, § 4º, inciso I, da CF/88).

Além disso, nosso modelo também traz o reconhecimento de três ordens político-administrativas, denominado de "terceiro grau" do federalismo ou de "federalismo tridimensional". No federalismo brasileiro, são entes federados a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, todos autônomos nos termos no artigo 18, da CF/88.

Segundo o professor Pedro Lenza em seu livro *Direito Constitucional Esquematzado*:

Estados federados são autônomos, em decorrência da capacidade de auto organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Trata-se de autonomia, e não de soberania, na medida em que a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. (LENZA, 2019, p.767)

Nessa linha, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ensinam que:

Os entes federados são todos autônomos (nunca soberanos), nos termos estabelecidos na Constituição Federal, inexistindo subordinação entre eles. Todos os entes federados retiram sua autonomia do texto da Constituição, isto é, das competências que lhes são por ela outorgadas. Não há precedência de um ente federado sobre outro, mas sim distribuição de competências, em caráter privativo ou concorrente. No exercício de suas atribuições fixadas constitucionalmente, o Município é tão autônomo quanto a União, quando esta atua no desempenho de suas competências próprias. (Paulo; Alexandrino, 2011, p. 280)

Desta maneira, observa-se que importante que a autonomia, diferentemente da soberania, implica, necessariamente, descentralização do poder, tanto administrativa como política. Logo, todos os entes federados podem, por suas próprias autoridades, executar leis, através de atos administrativos (competência material ou administrativa), além de elaborá-las (competência legislativa).

O pacto federativo, como dito anteriormente, teve como intuito facilitar a contato entre os entes para efetivar os direitos da sociedade, cada qual em sua esfera cabível. Para isso, também foram instituídos os princípios de inexistência de hierarquia e subsidiariedade. Enquanto o primeiro veda a prevalência da União sobre os estados ou destes sobre os Municípios, conforme suas competências, o segundo esclarece que tudo aquilo que o ente menor puder fazer de forma mais econômica, célere e eficaz não deve ser feito pelo ente maior.

De acordo com os ensinamentos de Carvalho:

No Estado Federal, assinala-se que as normas não são hierarquizadas em função da origem de sua emanção, mas em virtude de um critério de competências para editá-las, estabelecido pela Constituição Federal. Desse modo, o que coloca as leis em posição

de superioridade ou inferioridade em relação umas às outras, é a sua espécie e o exercício de competências legislativas que dará à lei a sua posição hierárquica. (CARVALHO, 2010, p.1036)

3.1 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Como explanado anteriormente, a repartição de competências entre os entes federados está diretamente relacionada ao conceito de federalismo. Essa repartição de competências é efetuada diretamente pela Constituição ou autorizada por ela.

No tocante a competência administrativa, a CF/88 dispõe, em seu artigo 21, sobre a competência exclusiva da União, que trata de questões relacionadas ao estado-nação, sendo indelegável a qualquer ente e, em seu artigo 23, de regras próprias para competência comum aos quatro entes federativos.

No âmbito da competência legislativa, subdivide-se em: privativa, concorrente, suplementar e reservada. O artigo 22, caput, prevê a competência legislativa privativa da União, enquanto o parágrafo único do mesmo instrumento expõe a competência delegada. Esta última é o meio pelo qual a União autoriza, por lei complementar, que os Estados a legislem acerca de questões específicas de matérias de sua competência privativa.

O artigo 24, por sua vez, traz a competência concorrente. Essa existe entre a União, os Estados e o Distrito Federal, de maneira que cabe a União legislar sobre normas gerais e aos Estados e Distrito Federal legislar sobre questões específicas, além de exercer a competência suplementar em caso de inércia legislativa da União.

Finalmente, a competência reservada, também conhecida como remanescente ou residual, é conferida aos Estados após a enumeração dos outros entes federativos e possibilita a atividade legislativa em relação às matérias não vedadas implícita ou explicitamente (artigo 25, § 1º, da CF/88).

3.1.1 COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA EM RELAÇÃO À SAÚDE PÚBLICA

A competência administrativa no tocante à saúde pública é comum aos quatro entes federativos, artigo 23, da CF/88: "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência" (BRASIL, 1988).

Em outras palavras, compete à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal formular e executar políticas públicas de saúde, incumbindo-lhes o dever de atuação, através da cooperação entre os entes, em uma das áreas vulneráveis do Estado Moderno. Vislumbra-se um exemplo da competência comum no Sistema Único de Saúde (SUS), que foi criado pela própria Lei Magna, artigo 198.

3.1.2 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM RELAÇÃO À SAÚDE PÚBLICA

A CF/88 atribuiu competência concorrente aos entes federativos para legislar sobre a proteção e defesa da saúde, artigo 24, inciso XII: "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde" (BRASIL, 1988).

Como explicado acima, nessa espécie de competência legislativa, cabe à União elaborar normas gerais; aos Estados incumbe estabelecer normas específicas, de acordo com as peculiaridades regionais e de modo a suplementar a legislação federal; e aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local, podendo suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (artigo 30, incisos I e II, da CF/88).

4 A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS QUANTO AO COMBATE A PANDEMIA: DEMOCRACIA EM RISCO?

Como dito, a má atuação do governo federal, aliada a necessidade de elaboração e concretização de medidas urgentes de combate à pandemia, foi um dos estopins do conflito de competências federativas.

Em fevereiro de 2020, foi editada a Lei federal nº 13.979/2020 para esse enfrentamento. Nela, citaram-se as medidas a serem adotados para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, artigos 2º, I e II e 3º, I a VIII e § 1º, *in verbis*.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Parágrafo único. As definições estabelecidas pelo Artigo 1 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020, aplicam-se ao disposto nesta Lei, no que couber.

~~Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)~~

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

~~VI – restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)~~

~~a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)~~

~~b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020) (Vide ADI 6343)~~

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020)

~~a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e~~

a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020)

1. Food and Drug Administration (FDA); (Incluído pela Lei nº 14.006, de 2020)

2. European Medicines Agency (EMA); (Incluído pela Lei nº 14.006, de 2020)

3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); (Incluído pela Lei nº 14.006, de 2020)

4. National Medical Products Administration (NMPA); (Incluído pela Lei nº 14.006, de 2020)

b) (revogada). (Redação dada pela Lei nº 14.006, de 2020)

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no

tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. (BRASIL, 2020)

Ocorre que, quando em março de 2020 chegaram os primeiros casos da doença ao Brasil, alguns prefeitos e governadores editaram decretos restringindo direitos previstos constitucionalmente, de maneira descoordenada, desprezando a esfera de competência destinada à União para tratar sobre questões de saúde. Em alguns Estados e Municípios houve proibição de atividade econômica, ao mesmo tempo em que em outros não houve qualquer restrição.

O conflito foi levado ao STF que, por meio da ADI nº 6341, constatou que prefeitos e governadores estão aptos a adotarem medidas de combate ao vírus, visto tratar-se de proteção à saúde, matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o disposto no artigo 23, inciso II, da CF/88. Outrossim, entendeu-se que, mesmo que o Presidente da República possa dispor de decreto sobre os serviços públicos e atividades essenciais, esse deve incluir a atribuição de cada esfera governamental, por meio da interpretação do artigo 198, inciso I, da CF/88.

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas

é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (BRASIL, 2020)

Nesse sentido também foi o entendimento do Congresso Nacional, por meio da Lei nº 14.035/2020:

~~§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)~~

§ 9º A adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) (BRASIL, 2020)

Outro conflito de competência se originou dos decretos estaduais e municipais restringindo a entrada e saída de pessoas de seus territórios, como medida de isolamento. Entendendo que tais medidas não eram cabíveis, a União alterou a Lei citada, deixando claro que somente o Poder Executivo Federal poderia dispor sobre restrição de locomoção interestadual e municipal.

A ADI nº 6343 tratou sobre o tema:

Ementa: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS SÃO ALICERCES DO FEDERALISMO E CONSAGRAM A FÓRMULA DE DIVISÃO DE CENTROS DE PODER EM UM ESTADO DE DIREITO (ARTS. 1º E 18 DA CF). COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. 3. A União tem papel central, primordial e imprescindível de coordenação em uma pandemia internacional nos moldes que a

própria Constituição estabeleceu no SUS. 4. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF); permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 5. Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores). 6. Os condicionamentos imposto pelo art. 3º, VI, "b", §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei 13.979/2020, aos Estados e Municípios para a adoção de determinadas medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia do COVID-19, restringem indevidamente o exercício das competências constitucionais desses entes, em detrimento do pacto federativo. 7. Medida Cautelar parcialmente concedida para: (a) suspender, sem redução de texto, o art. 3º, VI, "b", e §§ 6º, 6º-A e 7º, II, excluídos Estados e Municípios da exigência de autorização da União, ou obediência a determinações de órgãos federais, para adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas; e (b) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos para estabelecer

que as medidas neles previstas devem ser fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo. (BRASIL, 2020)

Nesta, o STF determinou a suspensão parcial, sem redução de texto, dos artigos. 3º, VI, "b", e §§ 6º e 7º, II, da lei inicialmente editada:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

entrada e saída do País; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

§ 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre as medidas previstas no inciso VI do caput deste artigo, observado o disposto no inciso I do § 6º-B deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:

II – pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, III-A, V e VI do caput deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) (BRASIL, 2020)

Para isso, o Supremo também se baseou nas competências federativas dos entes, determinando a desnecessidade de autorização ou observância dos estados e municípios ao ente federal, que devem ter resguardadas a locomoção de seus produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, assim como a importância de que as medidas sejam precedidas de recomendação técnica e fundamentação.

Por fim, a ADPF nº 690 decidiu que o Ministério da Saúde tem a obrigação de fazer a divulgação integral e diário de dados sobre a Covid-19, em virtude dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência, em uma interpretação dos artigos 5º, XXXIII e 37, caput (STF, 2021).

Logo, a análise dos casos relatados revela que o Supremo Tribunal através dessas decisões, demonstrou, no âmbito do Judiciário, preocupação diante de possíveis efeitos negativos que uma centralização de poder na área da saúde poderia vir a desencadear. De fato, as problemáticas da gestão pública na área da saúde ficaram claras com o avanço da pandemia do Covid-19 em inúmeros países.

A constituição brasileira, demonstrou, já no início do enfrentamento da pandemia, que a divisão e distribuição de competências entre os entes federados, da forma como desenhada pelo constituinte originário, não era apta a permitir o enfrentamento da crise sanitária de maneira satisfatória.

Sem dúvidas, as decisões do Supremo Tribunal Federal, com uma interpretação ampliada e que aumentou a autonomia de Estados e Municípios em na questão sanitária, foram ao encontro do que o próprio texto constitucional já indicava a partir de sua leitura como um todo: que as competências no âmbito da saúde são de caráter comum na busca pela efetivação do direito fundamental à saúde.

Neste sentido, para enfrentar uma crise que se manifestava em proporções desastrosas pelo mundo e não recebia tratamento satisfatório em âmbito federal, um modelo de federação baseado na cooperação e na sintonia política entre os entes se apresentou mais eficiente para garantir de forma eficaz as demandas da população.

Sobre isso, Carvalho Filho em seu artigo intitulado “Instituições desalinhadas e ameaça à democracia”, afirma que:

Democracia e instituições são indissociáveis e interdependentes: aquela por traduzir o regime do Estado e estas por serem as estruturas de apoio. Se as instituições funcionam bem, o regime democrático tende a se estabilizar e consolidar; se atuam em desalinho, a tendência é que cresçam as ameaças ao regime. E, para funcionar bem, as instituições devem prover-se de harmonia, como uma máquina de peças bem ajustadas, e nunca de antagonismos, ressentimentos e ambições.

No âmbito de uma república democrática federativa, devem sobressair as instituições inerentes aos Poderes, fixados para a

distribuição de funções, e ao Estado federal, adequado à descentralização política.

(...)

Vários têm sido os exemplos de desalinhamento das instituições.

No concernente aos Poderes da república, as instituições que os representam invadem frequentemente, de forma abusiva, a esfera de atribuições constitucionais pertencentes a Poder diverso. O Executivo se arvora em legislador, editando medidas provisórias precipitadas e inconstitucionais. O STF ofende a competência do Congresso Nacional e profere decisões com verdadeira força de lei; viola também a competência do Executivo, julgando questões de políticas públicas privativas da Administração, ou expede determinações de fazer ou não fazer às autoridades administrativas. Além disso, instaura inquéritos anômalos e expede medidas arbitrárias e prescindíveis.

Já quanto à desarmonia no âmbito federativo, o cenário não é diferente, e a pandemia comprovou isso. Há um flagrante desencontro entre as instituições federais, estaduais e municipais. Isso ficou ainda mais evidente com a decisão do STF que reconheceu a Estados e Municípios competência concorrente para as medidas de enfrentamento à COVID-19. E qual foi o efeito? Cada uma das unidades passou a agir por conta própria, umas liberando a circulação e outras permanecendo com a quarentena rígida. E ninguém se entende: os entes federativos brigam entre si e se acusam reciprocamente. As populações ficam sem saber o que fazer.

Logo, O STF decidiu que as medidas de saúde são de competência de todos os entes, vez que, dentro dos quadros do “federalismo cooperativo” ou “federalismo de integração”, compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, § 1 da CF/88). Além disso, constitui competência comum da União, Estados, DF e Municípios “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II da CF).

Tal decisão teve por fundamento precípuo o próprio federalismo cooperativo ou federalismo de integração anteriormente explanado. Tal federalismo fortalece a democracia, pois promove a desconcentração do poder e facilita a aproximação do povo com os governantes, gravitando em torno do princípio da autonomia e da participação política.

O Estado federal repousa sobre dois importantes valores: inexistência de hierarquia entre os seus integrantes e o princípio da subsidiariedade. Por meio da inexistência de hierarquia não se permite cogitar da prevalência da União sobre os Estados, ou destes sobre os Municípios, consideradas as competências que lhe são próprias. Já o princípio da subsidiariedade significa que tudo aquilo que o ente menor puder fazer de forma mais célere, econômica e eficaz não deve ser empreendido pelo ente maior.

Ao modelar a repartição de competências do Estado Brasileiro através da jurisprudência, e desta maneira, o Supremo Tribunal Federal demonstrou mais uma vez a importância do poder constituinte difuso e da mutação constitucional no Ordenamento Jurídico Brasileiro ao adaptar o Direito ao enfrentamento da crise sanitária em concreto.

O STF construiu uma linha de entendimento baseada nos princípios da precaução e da eficácia, com competências comuns mais evidenciadas frente às chamadas competências concorrentes que por muitas vezes esvaziavam o poder de ação de Estados e Municípios no aguardo de normativos gerais da União.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a repartição de competências no combate ao Covid-19, foi possível considerar alguns aspectos.

O modelo de repartição de competências tradicional do Estado Brasileiro não se mostrou viável no momento de crise desencadeado inicialmente pela pandemia. Não há como ignorar que o contexto político do país influenciou na forma em que o Executivo Federal se portou, com a adoção de medidas provisórias que esvaziavam as ações do Executivo tanto em âmbito Estadual como Municipal. O que se percebeu recentemente comprova a fragilidade e incapacidade do nosso sistema federativo de lidar com a dinâmica de crise

De fato, ficou claro que os entes sentiram sua autonomia invadida. Além disso, o próprio Poder Executivo Federal sentiu as interferências em seu poder através das medidas que os entes tomaram para lidar com a pandemia, as quais não necessariamente estavam de acordo com o pensamento em âmbito federal

Entretanto, como visto, os legisladores, em todos os âmbitos, precisaram agir de maneira rápida visando enfrentar a crise de acordo com suas realidades concretas, tão distintas em termos sociais e econômicos tanto em plano Estadual como Municipal.

Na verdade, conclui-se que principal preocupação no que tange aos conflitos de competência não consiste na discursão das competências em si, mas a preocupação democrática que se põe em foco – até mesmo uma crise humanitária e econômica.

Este conflito entre entes acabou levando a discussão para o STF, que consolidou uma jurisprudência que flexibiliza o modelo de repartição de competências constitucional e efetiva a ideia de federalismo por cooperação.

Assim, as decisões da Suprema Corte brasileira balizam uma nova ideia de repartição de competências, trazendo uma nova interpretação sobre a dinâmica das competências consideradas comuns e das competências consideradas concorrentes.

Esta nova interpretação fortaleceu os entes subnacionais no arranjo federativo brasileiro e possibilitou a ampliação das restrições no combate da pandemia, restrições estas que não estavam em harmonia com o modelo de combate a pandemia que vinha sendo adotado em âmbito federal, mas se mostraram acertadas e necessárias.

Não há dúvidas de que o entendimento do STF e do Congresso Nacional vão de encontro ao disposto da CF/88, que principia o federalismo cooperativo, e não rígido. Como cada ente foi afetado de maneira diferente conforme seu espaço, não seria cabível a proibição de cada um acerca da essencialidade ou não de serviços para a proteção de seus indivíduos. De fato, essa é claramente a maneira mais efetiva e responsável de proteção diante da pandemia.

Assim como observado anteriormente, parece acertada a posição do STF, vez que muito mais lógico e racional que cada entidade federativa seja tratada com suas particularidades, de acordo com as realidades locais, analisando a situação em cotejo com o número de casos confirmados, índices de contágio e número de mortos. A situação extraordinária também exigia adoção de medidas extraordinárias, nem sempre iguais em um país de dimensões continentais como o Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.979, 6 de fevereiro de 2020.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.341**, Brasília, DF, 15 de abril de 2020. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>>. Acesso em: 20 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.343**, Brasília, DF, 06 de maio de 2020. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436409/false>>. Acesso em: 20 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental nº 690, Brasília, DF, 15 de março de 2021. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755586015>>.
Acesso em: 20 maio 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Instituições desalinhadas e ameaça à democracia**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/06/01/instituicoes-ameaca-democracia/>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito administrativo da emergência – Um modelo jurídico. Covid-19 e o direito brasileiro**, Curitiba, Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 19 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019..

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6 ed. São Paulo. Editora Método, 2011.

PEREIRA LUZ, Daysey Christina Rodrigues et. al. **Movimento antivacinação: uma ameaça à humanidade**. Disponível em <<http://www.revistafjn.com.br/revista/index.php/eficiencia/article/view/885>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

SILVA, Carlos Eduardo Konder Lins; NAPOLEÃO, Aluizio; LAMARE, Gisela. **Disputa entre entes federativos desarticula os poderes no combate à pandemia**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324171/disputa-entre-entes-federativos-desarticula-os-poderes-no-combate-a-pandemia>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

COLETA DE AMOSTRAS PARA EXAMES GENÉTICOS (DNA – ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO) NO PROTOCOLO NACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E PERÍCIAS NOS CRIMES DE FEMINICÍDIO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (MJSP)

ELDER BEZERRA TAVARES DA SILVA:

Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direitos Penal e Processual Penal. Servidor Público estadual - Delegado de Polícia de Pernambuco⁶⁹.

RESUMO: O presente artigo tem como foco principal o estudo do exame de DNA no esclarecimento do crime de feminicídio, abordando, para tanto, cada item contido no Protocolo Nacional de Investigação e Perícias nos Crimes de Feminicídio do Ministério da Justiça e Segurança Pública que guarde relação com tal temática. Dessa forma, partir-se-á do estudo dos aspectos históricos envolvendo o ácido desoxirribonucleico (DNA) e a teoria do *Fingerprints* para se chegar à utilização do exame de DNA no ordenamento jurídico pátrio. Feito isso, passar-se-á para a análise do protocolo acima, especificamente no que toca ao procedimento de coleta de amostras de materiais genéticos existentes na vítima, no suspeito, assim como os percebidos em objetos e locais de interesse investigativo, no fito de elucidar a autoria do delito de feminicídio. Ao final, dar-se-á atenção aos exames que antecedem os exames de DNA e à identificação da vítima por meio deste.

Palavras-chave: DNA. Exame. Investigação. Feminicídio. Protocolo.

ABSTRACT: The main focus of this article is the study of DNA testing in clarifying the crime of femicide, addressing, to this end, each item contained in the National Protocol for Investigation and Expertise in Crimes of Femicide of the Ministry of Justice and Public Security that is related with such a theme. In this way, we will start from the study of the historical aspects involving deoxyribonucleic acid (DNA) and the Fingerprints theory to arrive at the use of the DNA test in the national legal system. Once this is done, we will proceed to the analysis of the above protocol, specifically with regard to the procedure for collecting samples of genetic materials existing in the victim, the suspect, as well as those perceived in objects and places of investigative interest, in order to elucidate the authorship of the crime of femicide. In the end, attention will be paid to the tests that precede the DNA tests and the identification of the victim through this.

Keywords: DNA. Exam. Investigation. Femicide. Protocol.

⁶⁹ E-mail: elder_tavares@hotmail.com.br

1. INTRODUÇÃO

Conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, mil quatrocentas e trinta e sete mulheres foram vítimas de feminicídio no Brasil no ano de dois mil e vinte e dois, o que representa um aumento de 6,5% em relação ao ano anterior e consiste na assustadora marca de uma mulher assassinada a cada seis horas.

Como causa do fenômeno acima, pode-se elencar a cultura machista e sexista que ainda vigora no país, onde, infelizmente, a mulher é tratada como objeto de propriedade de seus parceiros.

Criado através da edição da Lei 13.104/2015, onde o legislador pátrio modificou o artigo 121 do Código Penal para nele incluir o inciso VI, o crime de feminicídio consiste na supressão da vida da mulher simplesmente em razão da condição de seu gênero.

No intuito de padronizar os procedimentos investigativos quem têm o delito em apreço como objeto, o Ministério da Justiça e Segurança Pública publicou, em 2019, o Protocolo Nacional de Investigação e Perícias atinentes àquele ilícito.

Em capítulo próprio, o documento acima previu e disciplinou a coleta de amostras para exames genéticos. É nesse contexto que surge o exame de DNA, instrumento útil e relevante para a elucidação da autoria criminosa, ante o elevado grau de certeza de seu resultado.

É sobre tal temática que dedicar-se-á atenção, sendo explorado cada detalhe envolvendo o exame de DNA na investigação do crime de feminicídio, conforme o disposto no protocolo aqui discutido.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (DNA)

Os ácidos nucleicos, assim chamados por terem sido observados, primeiramente, no núcleo da célula, constituem-se no ácido desoxirribonucleico (DNA) e no ácido ribonucleico (RNA), os quais foram descobertos em 1869, a partir dos estudos realizados pelo médico e pesquisador Johann Friedrich Miescher, ao analisar o núcleo de glóbulos brancos do pus de feridas.

Nascia, assim, a genética, que ao longo dos tempos passou a ser objeto de estudos de cientistas, como, por exemplo, Frederick Griffith, que em 1928, através da tese denominada de Princípio da Transformação, defendeu a transmissão de informações genéticas entre organismos, sem, todavia, ter êxito na definição do agente transformador.

Anos mais tarde, em 1944, valendo-se dos conhecimentos produzidos por seus antecessores, Colin Mac Lead, Maclyn Mc Carty e Oswald Avery, pesquisadores do Instituto

Rockfeller, concluíram que o DNA consistiria no material genético responsável pela transmissão das características entre os organismos.

Em 1953, Francis Crick, James Watson e Maurice Wilkins, cientistas da Universidade de Cambridge, Inglaterra, apresentaram a molécula de DNA na forma como atualmente se conhece, ou seja, constituída de duas longas cadeias paralelas – dupla hélice, formadas por nucleotídeos dispostos em sequência. Como consequência, o estudo restou publicado na revista científica *Nature*, rendendo-lhes, no ano de 1962, o prêmio Nobel de Medicina.

A descoberta de Crick, Watson e Wilkins causou profundo impacto nas ciências da vida, sendo difícil mensurar até onde irão os efeitos de seus estudos. A título de exemplo, cite-se o surgimento da biologia molecular, fonte de conhecimentos úteis na detecção de doenças genéticas e hereditárias, na investigação de paternidade, assim como na identificação de vítimas e autores de delitos.

3. O DNA E A TEORIA DO *FINGERPRINTS*

Ao observar que o DNA carrega consigo todas as informações genéticas de cada pessoa, Alec John Jeffreys, geneticista britânico da Universidade de Leicester, no Reino Unido, desenvolveu, em 1984, um método capaz de identificar marcadores genéticos tão específicos quanto as impressões digitais obtidas em exames datiloscópicos, motivo pelo qual referida técnica restou batizada de "*Fingerprints*".

Defendendo a sua metodologia, Jeffreys asseverou que a probabilidade de pessoas que não possuam vínculo familiar apresentarem a mesma "impressão digital de DNA" é de apenas uma para cinco trilhões, admitindo, como única e remota hipótese de erro, o caso de gêmeos idênticos (*univitelinos*).

Já em 1986, o conteúdo do estudo de Jeffreys foi utilizado numa investigação criminal que inocentou o suspeito do cometimento de dois estupros e terminou por incriminar o verdadeiro autor dos ilícitos. Em razão disso, constatou-se uma rápida absorção do conhecimento produzido pelo cientista por parte da Medicina Legal, fazendo surgir mais um ramo no campo da Criminalística, o qual veio a se ocupar dos vestígios humanos para, dessa forma, elucidar as reais circunstâncias dos fatos criminosos, contribuindo, por consequência, na efetivação da justiça.

Nesse diapasão, ossos, cabelos, saliva, sangue e sêmen, nestes últimos casos, até ressecos, servem como parâmetro para definir a identidade de vítimas e autores de crimes no curso de uma investigação, fazendo-se abandonar antigas técnicas que traziam resultados inconclusivos.

4. O EXAME DE DNA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Ante o elevado grau de certeza que empresta ao resultado, algo estimado em aproximadamente 99%, o exame de DNA cada vez mais vem sendo abraçado pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se citar, a título ilustrativo, a lei n.º 12.004/09, conhecida como Lei de Presunção de Paternidade, que trouxe uma presunção relativa (*juris tantum*) de paternidade em caso de negativa injustificável do suposto pai.

Com o advento da lei n.º 12.654/12, passou-se a admitir a coleta de material genético para fins de identificação criminal. Com efeito, dispositivos das leis n.º 12.037/09 (que dispunham sobre a identificação criminal do civilmente identificado) e 7.210/84 (Lei de Execução Penal) foram alterados. Quanto a esta, por exemplo, houve a autorização de coleta de material genético de condenados pela prática de delito doloso cometido com o emprego de violência de natureza grave contra a pessoa ou por qualquer daqueles definidos como hediondo pela lei n.º 8.072/90. No que concerne àquela, ficou estabelecida a criação de bancos de dados de perfis genéticos, os quais deverão ser gerenciados por unidades oficiais de perícia criminal.

Não se olvide que os perfis genéticos constantes em referidos bancos de dados somente poderão ser excluídos em caso de absolvição do acusado ou, em se observando a respectiva condenação, mediante requerimento feito nesse sentido após o decurso de 20 (vinte) anos do cumprimento da pena, conforme determina o artigo 7º da lei 12.037/09, com as alterações veiculadas pela lei 13.964/19.

Em 2019, o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) criou o protocolo nacional de investigação e perícias nos crimes de feminicídio, inserindo, em seu bojo, um capítulo específico para a coleta de amostras genéticas, restando evidente, mais uma vez, o relevo dado ao exame de DNA em nosso arcabouço jurídico, sendo este o tema que a partir desse momento será analisado de uma forma mais detida.

5. COLETA DE AMOSTRAS PARA EXAMES GENÉTICOS (DNA – ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO) NO PROTOCOLO NACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E PERÍCIAS NOS CRIMES DE FEMINICÍDIO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (MJSP)

O Protocolo Nacional de Investigação e Perícias nos Crimes de Feminicídio do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) trata, no capítulo III, da coleta de amostras para exames genéticos, distribuindo o assunto por 9 (nove) Seções, as quais serão analisadas separadamente por questões didáticas.

5.1 Coleta de Amostras de Referência da Vítima

A Seção em apreço é inaugurada pelo artigo 15, que determina que, a título de amostra de referência, será coletado material biológico da vítima em todos aqueles casos em que houver a simples suspeita de que a morte da mulher guarde relação com o crime de feminicídio.

Nestes casos, cumprindo o disposto no artigo 16, em sendo a morte recente, deve-se primar pela coleta de material sanguíneo, o qual deverá ser transferido para cartões de coleta. No que concerne aos casos em que o corpo da vítima esteja em estado de decomposição, o parágrafo primeiro de referido artigo preconiza que outros tipos de amostra deverão ser coletadas, como, por exemplo, cartilagem, ossos ou dentes.

No que tange aos casos de feminicídio na modalidade tentada, a coleta da amostra deverá ser de células da mucosa oral da vítima, especificamente da parte interna da bochecha, cumprindo, assim, o contido no parágrafo segundo do artigo 16. Para tanto, deverá ser empregado suabe compatível com papel quimicamente tratado. Neste ponto, acredita-se que se quis emprestar maior segurança e eficácia no manuseio do material coletado, posto que, ante a instabilidade apresentada, o DNA e RNA tendem a se degradar quando submetidos a temperaturas ambientes, precisando, por isso, de refrigeração ou congelamento adequados (4°C a – 80°C). Utilizando-se de suabe com papel quimicamente tratado, garante-se a devida estabilidade dos ácidos nucleicos, sumindo, por consequência, os riscos relativos ao transporte e estocagem da saliva.

Em não sendo possível se valer do modelo de suabe retrocitado, orienta o protocolo que suabes tradicionais (confeccionados em algodão) poderão ser usados, desde que em número total de quatro, onde dois serão empregados para cada lado da região interna da bochecha. (artigo 16, §3º)

Apesar da notória importância que o ato normativo empresta à coleta de material biológico através de suabes orais, não podemos deixar de tratar aqui da relevância da coleta de material genético através de exame subungueal. Frequentemente a vítima, ao ser alvo de ato de violência, termina por travar verdadeira luta corporal com o seu agressor, lesionando-o em seu transcurso. Como consequência, material genético do autor do delito é herdado, o qual, em alguns casos, fica depositado embaixo das unhas.

Nessa linha de raciocínio, atentar para a coleta de referido material biológico se apresenta como medida de bom alvitre para o espancamento de dúvidas e fixação da autoria delitiva. De grande valia observar, nesse campo, o contido no Protocolo Operacional Padrão de Perícia Criminal, documento oriundo da, à época, Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, que prevê em seu corpo o seguinte:

“Nos casos de suspeita de ter havido luta corporal entre agressor e vítima, deverá ser coletado material subungueal dos dedos da vítima a fim de se buscar detectar material biológico do possível agressor. Esta coleta deverá ser realizada com swab esterilizado, conforme exemplificado anteriormente, e, se possível, recorte da extremidade das unhas dos dedos das mãos, utilizando-se tesoura descontaminada ou bisturi, com o cuidado de não ferir a pele dos dedos e de não perder material abaixo das unhas. Deve-se utilizar 1 (um) swab para cada mão, com a respectiva identificação de mão direita e esquerda. [...]” (Protocolo Operacional Padrão de Perícia Criminal, pág.151)

Frise-se que o item retrocitado registra a possibilidade de se proceder da mesma forma em relação ao possível agressor, desde que, como veremos mais à frente, o mesmo assine a Declaração de Doação Voluntária (DDV). Com isso, protege-se o procedimento de posteriores arguições de nulidades por violação a preceito constitucional, como a seguir será mais bem explicado.

Por fim, o artigo 17 orienta, naquelas hipóteses em que a vítima estiver grávida, a coletar amostras do concepto, e anexos embrionários, para eventual futuro exame de DNA, caso haja necessidade.

5.2 Coleta de Amostras de Referência do Suposto Autor

A segunda seção do capítulo sob análise estipula, em seu artigo 18, a necessidade de coleta de material genético do suspeito de cometimento do crime de feminicídio. Referido procedimento deverá adotar, igualmente, suabe compatível com papel quimicamente tratado e, em não sendo viável a sua utilização, deverão ser usados dois suabes tradicionais para cada lado da região interna da bochecha. (artigo 18, parágrafo único)

Repise-se aqui tudo o que fora escrito acima no que concerne a coleta de material genético por intermédio do exame subungueal.

5.3 Declaração de Doação Voluntária (DDV)

Abrindo a terceira seção do protocolo em tela, o artigo 19 determina que a coleta de amostras de referência da vítima sobrevivente (feminicídio tentado), assim como do suposto autor, necessitará de autorização prévia materializada na Declaração de Doação Voluntária (DDV) devidamente assinada, ou, dependendo do caso, dos respectivos representantes legais.

Tratando um pouco sobre o sistema de garantias vigentes no sistema jurídico pátrio, é sabido que se incluem em seu rol os princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação.

O princípio da presunção de inocência, ou princípio da não-culpabilidade, consiste num dos pilares do Estado Democrático de Direito e está insculpido no artigo 5º, inc. LVII, da Carta Magna de 1988, onde está escrito que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, 20XX, o princípio da presunção de inocência:

“É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre [...]. Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia. [...] Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente.”

Percebe-se que o princípio constitucional da presunção de inocência inspira todo o processo penal pátrio, repercutindo demasiadamente na seara probatória, representando, em suma, no ônus do Estado apurar a culpabilidade do acusado.

Tratando do tema, Pedro Lenza, 2019, página 1921, faz referência a Bechara e Campos, que ensinam: “melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado”.

Além de se fazer presente no texto constitucional, referido princípio também encontra-se albergado pelo Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 8, 2, alínea “g”, preceitua que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. [...]”.

Importante ressaltar que referido princípio possui grande interação com os princípios da não autoincriminação, bem como com o instituto constitucional dele derivado, qual seja, o direito ao silêncio.

No que versa sobre o princípio da não autoincriminação, do latim *nemo tenetur se detegere* (*nada a temer por se deter*), o mesmo encontra respaldo no artigo 5º, inc. LXII do Pergaminho Constitucional, o qual veda a possibilidade de qualquer pessoa produzir provas contra si mesmo, ao dispor que “o preso será informado de seus direitos, entre os

quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Mas em termos pragmáticos, qual a principal mudança veiculada pelo princípio da não autoincriminação?

Ora, analisando o seu conteúdo, resta evidente a mudança de *status* do imputado, o qual abandona a sua condição de objeto de prova, inato ao processo inquisitivo, passando a desfrutar da posição de sujeito de direito. Nessa toada, não está obrigado o suspeito a produzir prova contra si próprio, podendo, inclusive, ficar em silêncio, inerte, sem que disso possa advir qualquer presunção de culpabilidade em seu desfavor.

Assim, fácil concluir que o princípio da não autoincriminação materializa verdadeiro direito fundamental, oponível a qualquer espécie de abuso proveniente do Estado.

Sobre o assunto, relevante transcrever os ensinamentos de Elizabeth Queijo, 2012, página 73, que diz:

[...] o princípio do *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

Feitas essas considerações, entende-se que, caso a coleta do material genético seja feita em confronto com o contido no artigo ora estudado, ou seja, sem a devida colheita da assinatura do suspeito na Declaração de Doação Voluntária (DDV), haverá grande probabilidade de sua validade probatória ser questionada durante o trâmite processual, com possíveis arguições de nulidades e buscas pelo respectivo desentranhamento dos autos do processo.

Questão totalmente diversa diz respeito aos elementos de prova descartados pelo suspeito, como, por exemplo, copos e pontas de cigarros utilizados e que, por isso, possuem o respectivo material biológico.

Como anteriormente analisado, ao Estado é vedado constranger o investigado a produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*). Em contrapartida, nenhum óbice há para que o ente estatal, valendo-se de métodos não invasivos, venha a colher material despreendido do corpo do agente de um crime para, assim, realizar a tão almejada investigação genética. Nessa situação, autorizado estará o Estado a proceder à

apreensão e à análise dos vestígios desprezados pelo autor, sem necessitar de seu consentimento, e, por via reflexa, da assinatura do documento em questão.

Referido entendimento, inclusive, foi adotado pela 5ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando do julgamento do habeas corpus n.º 354068, impetrado pela Defensoria Pública do estado de Minas Gerais, que visava o desentranhamento da prova pericial realizada sobre objetos utilizados por um homem denunciado por homicídio triplamente qualificado, estupro e extorsão.

Em sua decisão, o Relator firmou o entendimento de que:

“No caso, entretanto, não há que se falar em violação à intimidade já que o investigado, no momento em que dispensou o copo e a colher de plástico por ele utilizados em uma refeição, deixou de ter o controle sobre o que outrora lhe pertencia (saliva que estava em seu corpo). [...]”.

Prosseguindo em sua linha de raciocínio, o Julgador ainda afirmou que:

“[...] inexistente violação do direito à não autoincriminação, pois, embora o investigado, no primeiro momento, tenha se recusado a ceder material genético para análise, o exame do DNA foi realizado sem violência moral ou física, utilizando-se de material descartado pelo paciente, o que afasta o apontado constrangimento ilegal. [...]”. (STJ. HC n.º 354068, julgado em 13/03/2018. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

5.4 Coleta de Amostras (vestígios) em Objetos, Suportes, Vestuário ou no Local do Crime ou em Outros Locais de Interesse Investigativo

O exame de todos os objetos que circundam a vítima e que guardam relação com o fato criminoso, assim como a análise do cadáver e de suas vestes no local onde se encontrem estão insertos no rol de atribuições do perito criminal. Dessa forma, a atuação do médico legista, em regra, fica restrita ao âmbito do necrotério.

Incorporando referido entendimento, dispõe o artigo 20 do protocolo ora estudado que “as amostras deverão ser coletadas pelos peritos criminais, que avaliarão se existem amostras de interesse investigativo para o caso, que poderão ser coletadas para fins de exames genéticos”.

Orientando os trabalhos dos *experts*, dispõe o artigo 21 que estes poderão coletar amostras de material biológico (vestígios):

I – que possam estar presentes no local do fato e em outros locais que o perito criminal julgar pertinentes e que possam ter vínculo com o suposto autor e/ou vítima;

II – em objetos, suportes, vestuário, dentre outros, que o suposto autor possa ter entrado em contato e possam ter nexos com o crime; e

III – em objetos, suportes, vestuário, dentre outros, que a vítima possa ter entrado em contato e que foram apreendidos com o suposto autor e possam ter nexos com o crime.

Local de crime nada mais é do que o espaço físico, de interesse público, onde aconteceu uma infração penal, dividindo-se em mediato e imediato. Este consiste na área onde o ilícito efetivamente ocorreu e que, por isso, contém a maioria dos vestígios relacionados com o mesmo. Aquele incide sobre a área adjacente ao local imediato, como corredores, jardins, trilhas, entre outros.

O artigo 6º do Código de Processo Penal determina, em seu inciso I, que a autoridade policial, ao tomar ciência de uma infração penal, deverá se dirigir ao local de sua ocorrência e providenciar o respectivo isolamento até a chegada dos peritos. Como é sabido, referida medida tem por fim evitar que se alterem o estado e conservação das coisas relacionadas ao ilícito, o que pode prejudicar, sobremaneira, na respectiva elucidação. Conforme o inciso II do mesmo artigo, o delegado de polícia deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, desde que liberados pelos peritos criminais.

Ainda sobre o tema, de grande valia analisar aqui as alterações introduzidas pela lei n.º 13.964/19, batizada de Pacote Anticrime, no ordenamento jurídico vigente, uma vez que incidem diretamente sobre o disposto nos artigos 20 e 21 ora examinados. Referida norma inseriu o artigo 158-A no bojo do Código de Processo Penal, fazendo surgir, a nível legal, o conceito de “cadeia de custódia”, senão vejamos:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Segundo doutrina de Eugênio Pacelli, página 547, cadeia de custódia das provas “[...] nada mais é do que a preservação e o registro do caminho da prova, desde sua coleta até a apreciação pelo Poder Judiciário. [...]”.

Discorrendo sobre o intento de referido procedimento, o processualista acima ensina que:

“[...] A finalidade precípua é garantir a lisura e validade das provas que serão valoradas pelo julgador, maximizando-se o devido processo legal, sob duplo vetor: a) tanto sob a ótica da necessária apuração dos fatos na sua maior inteireza; b) como também para permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam considerados como válidos à luz do ordenamento jurídico.” PÁGINA 547

Complementando o mandamento contido no *caput*, o parágrafo primeiro estabelece que o início da cadeia de custódia ocorre com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais sejam detectados vestígios (artigo 158-A, § 1º, do CPP). Além disso, o § 2º do mesmo dispositivo incumbe o agente público que reconhecer qualquer elemento de potencial interesse para a produção da prova pericial da obrigação de preservá-lo. O conceito de vestígio ficou estabelecido no § 3º e consiste em todo o objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona com a infração penal.

O novel artigo 158-B do CPP estipulou que são fases da cadeia de custódia o reconhecimento, o isolamento, a fixação, a coleta, o acondicionamento, o transporte, o recebimento, o processamento, o armazenamento e o descarte, trazendo ao lado de cada elemento a respectiva definição.

Especificamente no que versa sobre as etapas de fixação e acondicionamento, alguns apontamentos se fazem necessários tendo em vista o objeto de estudo da presente obra.

Com relação à fixação, o código não previu a forma pela qual a mesma deverá ser realizada, somente sugerindo, a título ilustrativo, que seja materializada mediante fotografias e filmagens, sendo imprescindível a sua descrição no laudo pericial.

Quanto ao acondicionamento, que se trata do procedimento por meio do qual o vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação de hora e nome de quem realizou a coleta e acondicionamento, importante registrar que o artigo 158-D do CPP complementa o seu sentido, detalhando como o mesmo deverá acontecer na prática.

O artigo 158-C determina que a coleta de vestígios deverá ser procedida, de forma preferencial, por perito oficial, que cuidará de seu envio à central de custódia, mesmo nos casos em que exames complementares se apresentem como necessários.

Questão curiosa diz respeito à inexistência de perito oficial na localidade de coleta do vestígio. Nesses casos, através de uma análise conjunta do artigo em apreço com o disposto no § 1º do artigo 159 do CPP, defende-se que duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, poderão realizar a coleta.

E se referidos elementos de convicção puderem ser encontrados na residência do suspeito ou de pessoa relacionada ao mesmo? Nessas situações, acredita-se que o delegado de polícia e o perito deverão agir conjuntamente. Ao delegado de polícia caberá representar pela busca e apreensão domiciliar, demonstrando ao magistrado, de forma fundamentada, a necessidade da medida excepcional. Uma vez concedida a autorização para ingresso no imóvel, o delegado de polícia deverá comparecer ao local na companhia do corpo técnico-científico, os quais terão todo o conhecimento para manejar o objeto visado sem macular as suas propriedades.

5.5 Coleta de Amostras (vestígios) no Corpo da Vítima e no Corpo do Suposto Autor

A Seção V trata da coleta de vestígios no corpo da vítima e no corpo do suposto autor, dispondo, no artigo 22, que “as amostras serão coletadas pelos peritos médicos-legistas, durante o exame da vítima no IML (Instituto Médico Legal), ou em hospitais quando a vítima tiver sobrevivido e estiver internada, e do suposto autor durante os exames realizados no IML”.

Inicialmente, importante realizar a leitura do artigo supra em conjunto com o disposto no artigo 158 do Código de Processo Penal pátrio, com as alterações veiculadas pela lei n.º 13.721/18.

Determina o *caput* de referido artigo que nos casos em que a infração deixar vestígios, o exame de corpo de delito se apresenta como indispensável, não podendo ser suprido, sequer, pela confissão do acusado.

Sobre tal assunto, vale a pena destacar que “exame de corpo de delito”, “corpo de delito” e “corpo da vítima” são expressões absolutamente distintas, não devendo ser confundidas.

Exame de corpo de delito consiste no conjunto de atos praticados no seio da perícia que tem por objeto a análise dos vestígios deixados pela ação criminosa com o fim de elucidar alguns questionamentos intrínsecos à investigação, como, por exemplo, o

instrumento utilizado no delito, a relação causal entre ambos e o local onde o fato criminoso se efetivou.

Corpo de delito, segundo ensinamento de Wilson Luiz Palermo Ferreira, vem a ser “o conjunto de elementos sensíveis, denunciadores do fato criminoso. É composto pelos elementos percebidos pelos sentidos ou pela intuição humana” PÁGINA 49. Referido termo se diferencia da expressão “exame de corpo de delito”, posto que esta representa a perícia feita a partir dos vestígios deixados pelo crime.

O corpo de delito pode ser classificado em indireto e direto. Este se trata dos resíduos deixados pela ação criminosa e que podem ser captados pelos sentidos ou intuição humana. Aquele consiste no preenchimento de uma lacuna através da prova testemunhal ante a inexistência de vestígios, conforme prevê o artigo 167 do Código de Processo Penal.

Por sua vez, o corpo de delito direto pode se subdividir em *delicta factis permanentis*, quando tiver caráter permanente, ou *delicta factis transeuntis*, quando os vestígios forem passageiros.

Já o termo “corpo da vítima” designa apenas um dos elementos sobre o qual a perícia irá se ocupar na busca por vestígios materiais que guardem nexos com o fato delituoso.

Caso a perícia não seja realizada, em flagrante desrespeito ao artigo 158, *caput*, do CPP, o processo será passível de ser declarado nulo, conforme preconiza o artigo 564, III, b, da mesma lei.

A lei n.º 13.721/18, inovando em nosso ordenamento jurídico, alterou o conteúdo do artigo 158 supramencionado. Conforme mandamento do parágrafo único de referido dispositivo, **terá prioridade na realização do exame de corpo de delito os casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher (inc. I)**, bem como aqueles atinentes à violência contra a criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência (inc. II).

Finalizando a seção, prevê o artigo 23 que “os vestígios detectados durante o exame perinecropsóptico deverão ser, preferencialmente, coletados pelo perito criminal no local de crime”.

Perinecropsopia nada mais é do que é o exame realizado por peritos criminais no local do crime.

5.6 Coleta de Amostras (vestígios) no Corpo da Vítima

A coleta de vestígios no corpo da vítima tem por escopo a identificação de possível material genético do suposto autor. Para tanto, rotineiramente será realizada a coleta de material biológico nas cavidades oral, vaginal e anal daquela. (artigos 24 e 25 do protocolo)

O artigo 26 orienta que nos casos de presença ou suspeita de deposição de secreções ou fluídos (saliva, sêmen, sangue) do agressor em outras regiões do corpo da vítima, como, por exemplo, facial, mamária, abdominal, perivaginal e inguinal, deverá ser realizada a coleta de amostras nessas regiões por meio da técnica do duplo suabe (um úmido e um seco), indicando-se a ordem da coleta.

Deverá ser realizada, de rotina, coleta de material na região subungueal (sob as unhas) das duas mãos por meio da técnica do duplo suabe (um úmido e um seco), indicando-se a ordem da coleta, acondicionando separadamente as amostras procedentes da mão direita e da mão esquerda. (artigo 27)

A depender da avaliação pericial sobre a possibilidade de existir material biológico do agressor em regiões do corpo da vítima que apresentem marcas de mordida, equimoses ou outras lesões recentes, poderá ser realizada coleta de amostras dessas regiões por meio da técnica do duplo suabe (um úmido e um seco), indicando-se a ordem da coleta. (artigo 28)

5.7 Coleta de Amostras (vestígios) no Corpo do Suposto Autor

Os artigos 29 e 30 da Seção VII regulam a coleta de vestígios no corpo do suposto autor do crime.

O artigo 29 preconiza que a coleta do vestígio terá por escopo a identificação de possível material genético da vítima no corpo do suposto autor, mediante sua anuência por escrito, conforme foi observado ao abordarmos a Declaração de Doação Voluntária (DDV), documento previsto no artigo 19 do protocolo examinado.

O artigo 30 dispõe que a depender do tempo decorrido entre o exame realizado no suposto autor e o crime, poderão ser realizadas coletas de amostras nas seguintes regiões: a) subungueal, conforme já observado neste trabalho, procedimento que também deverá ser realizado na vítima; b) bucal do suposto autor, devendo-se priorizar a mucosa dos lábios e dos dentes; c) peniana, através de suabe peniano; d) áreas que apresentem marcas de mordida, equimoses e escoriações recentes, onde a técnica do duplo suabe (um úmido e um seco) também deverá ser empregada, indicando-se a ordem da coleta; d) fios de cabelo e/ou pelo diferentes do suposto autor, materiais que deverão ser coletados por meio de pinça e acondicionados em envelope de papel identificado; e) outras regiões de interesse investigativo.

5.8 Exames Prévios aos Exames de DNA

O artigo 31 contido na Seção VIII orienta que na maioria dos casos, as amostras coletadas deverão ser submetidas a exames prévios para detecção de sêmen, antígeno prostático específico (PSA), espermatozoides, sangue humano, dentre outros, para que, a depender dos resultados, sejam submetidos a exames de DNA.

5.9 Identificação da Vítima por Exames de DNA

O artigo 32 da Seção IX estabelece que para a definição da identidade da vítima, poderá ser realizado exame de comparação genética do DNA entre a amostra biológica da vítima, sendo esta a amostra de referência, e amostras biológicas coletadas de possíveis familiares da vítima ou amostras coletadas de objetos de uso pessoal seu, como, por exemplo, escova de dentes, escova de cabelos e/ou roupas íntimas.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve, por fim, demonstrar a utilização do exame de DNA sob o enfoque do Protocolo Nacional de Investigação e Perícias nos Crimes de Feminicídio, documento oriundo do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Primeiramente foram abordados aspectos históricos relacionados ao Ácido Desoxirribonucleico (DNA) até a apresentação de sua molécula pelos cientistas da Universidade de Cambridge Francis Crick, James Watson e Maurice Wilkins, no ano de 1953.

Em seguida, com o fim de expor a utilidade do DNA, discorreu-se sobre a teoria do *Fingerprints*, de autoria do geneticista britânico Alec John Jeffreys, que em 1984 apresentou um método capaz de identificar marcadores genéticos tão específicos quanto impressões digitais, conhecimento que foi aplicado, posteriormente, em investigação criminal que foi capaz de asseverar a inocência de um acusado de dois estupros e de indicar a verdadeira autoria.

No terceiro capítulo, analisou-se o papel do exame de DNA no ordenamento jurídico pátrio, observando-se que aquele vem sendo empregado para dirimir questões relativas à investigação de paternidade, à identificação criminal, chegando-se, ao final, à sua aplicação na elucidação dos crimes de feminicídio.

No quarto capítulo, explorou-se o papel do exame de DNA no bojo do protocolo retrocitado, abordando o processo de sua coleta na vítima, autor, a declaração de doação voluntária (DDV), a coleta de amostras em objetos, suportes, vestuário ou no local do crime ou outros lugares de interesse investigativo, os exames prévios aos exames de DNA e a identificação da vítima através deste.

Dessa forma, conclui-se que, apesar da regulamentação tardia do tema, a previsão do exame de DNA no protocolo se apresenta como medida de bom alvitre e que consiste numa ferramenta importante não só para o sucesso do inquérito policial, mas também do processo penal, acarretando, assim, uma diminuição dos casos de impunidade e um aumento no nível da certeza jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Procedimento operacional padrão: perícia criminal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Protocolo Nacional de Investigação e Perícias nos Crimes de Femicídio**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 354068/MG**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma. 13.03.2018. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860062851/habeas-corpus-hc-354068-mg-2016-0103028-0/inteiro-teor-860062861?ref=serp>> Acesso em 12 de abril de 2021.

____. **Tratado Internacional. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em:
<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/8883?TipoAcordo=BL%2CTL%2CML&TituloAcordo=conven%C3%A7%C3%A3o%20americana%20sobre%20direitos%20humanos&page=2+3&tipoPesquisa=1> Acesso em 08 de abril de 2021.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Medicina legal**. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2021. (Coleção Sinopses para Concursos)

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

MACHADO, Simone. **Feminicídio: 4 mulheres são mortas por dia no Brasil — por que isso ainda acontece com tanta frequência?**. BBC News Brasil, 2023. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/articles/cqqg2ezpk3po>>. Acesso em: 20 de setembro de 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE TRANSMISSÃO IMOBILIÁRIA E O ITBI

LIANA COSTA PÁDUA: bacharel em direito (ICF); pós graduada em direito constitucional aplicado (Faculdade Dâmasio) e pós graduada em direito público (Faculdade Legale)⁷⁰

RESUMO: A presente pesquisa apresenta uma análise geral do Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, expondo o seu conceito, natureza, fundamento legal e constitucional, fato gerador e aspecto material, bem como diversas decisões sobre o tema. Tem como objetivo, de maneira mais específica, demonstrar as possíveis consequências da anulação do negócio jurídico de transmissão imobiliária em relação ao ITBI. Toda a abordagem é feita com base na legislação brasileira, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Imposto. ITBI. Fato Gerador. Anulação do Negócio Jurídico. Consequências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre o Imposto de Transmissão de bens "*inter vivos*" - ITBI e seu aspecto material. Mais especificamente, trata das possíveis consequências da anulação do negócio jurídico de transmissão imobiliária em relação ao ITBI.

O objetivo geral é investigar se o recolhimento do ITBI decorrente de transmissão de propriedade, posteriormente anulada, é válido, com base na lei, doutrina e jurisprudência. Este tema é de suma importância, pois trata de casos práticos que ocorrem com frequência no âmbito dos municípios brasileiros.

Para responder à pergunta, será analisado também a previsão constitucional do mencionado imposto, o ente competente para instituí-lo, seu fato gerador, seu aspecto material e a aplicação do princípio *do non olet* no âmbito do direito tributário.

Por fim, trata-se especificamente sobre a anulação do negócio jurídico de transmissão imobiliária e seu reflexo na manutenção da cobrança ou restituição do valor recolhido a título de ITBI.

2 DEFINIÇÃO DE ALGUNS CONCEITOS TRIBUTÁRIOS

Para iniciar este trabalho é importante conhecer o conceito de "tributo". Para

⁷⁰ E-mail: lianapadua@hotmail.com

isso, utiliza-se o conceito doutrinário elaborado pelo autor Leandro Paulsen, que entende que tributo é:

Prestação em dinheiro exigida compulsoriamente, pelos entes políticos ou por outras pessoas jurídicas de direito público, de pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem promessa de devolução, forte na ocorrência de situação estabelecida por lei que revele sua capacidade contributiva ou que consubstancie atividade estatal a elas diretamente relacionada, com vista à obtenção de recursos para o financiamento geral do Estado, para o financiamento de fins específicos realizados e promovidos pelo próprio Estado ou por terceiros em prol do interesse público.⁷¹

O Código Tributário Nacional também apresenta um conceito legal:

Art. 3º 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.

Os dois conceitos expostos acima utilizam elementos comuns, como a natureza pecuniária da prestação, a necessidade de previsão legal, a legalidade da atividade que gera a tributação, a compulsoriedade e a legitimidade ativa do Estado para a cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Além de conceituar tributo, é importante também fazer um breve resumo sobre a definição de “impostos”, que é uma das espécies de tributo.

Nos termos do art.16 do Código Tributário Nacional, o imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. Trata-se, portanto, de tributo não vinculado. Assim, para criar um imposto o ente federado não precisa oferecer uma contrapartida direta ao sujeito passivo.

É importante diferenciar que, além de serem não vinculados, os impostos são também tributos de arrecadação não vinculada. Isto é, em regra, o valor arrecadado pelo imposto não tem uma destinação legal específica, vinculada, podendo os administradores livremente destiná-los para os seus programas de governo previstos nas leis orçamentárias.

71 PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo** – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 189

Dessa forma, pode-se concluir que a arrecadação dos impostos serve para os interesses gerais do Estado. Justamente por isso que os impostos são chamados de tributos não contraprestacionais, pois não exigem contraprestação estatal.

Por último, é válido mencionar que fato gerador de um imposto é o evento ou ação que gera a obrigação de pagamento desse imposto. É a situação que a lei utiliza como base para determinar que um determinado imposto deve ser pago. Para cada tipo de imposto, há um fato gerador específico estabelecido na legislação fiscal.

Em relação ao ITBI, o seu fato gerador é a transmissão onerosa de bens imóveis, a transmissão de direitos reais sobre imóveis e a cessão de direitos à sua aquisição.

2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal é responsável por atribuir competência para a instituição de impostos a todos os entes da Federação. A Carta Magna apenas reparte as competências, ou seja, determina qual ente é responsável por criar cada imposto. Dessa forma, fica claro que a CF não cria o imposto, mas apenas prevê o ente competente para sua criação. A instituição dos impostos, como os demais tributos, se dá por meio de lei oriunda do ente previsto na CF/88.

Antes da Constituição Federal de 1988, pertencia aos Estados a competência para tributar as transmissões de bens imóveis, fossem elas gratuitas ou onerosas.

O ITBI – imposto sobre transmissão de bens imóveis é previsto no art. 156, II, da CF/88:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

No atual ordenamento constitucional, pertence aos municípios a competência para tributar as transmissões onerosas de bens imóveis.

Doutrinariamente, classifica-se o ITBI como tributo não vinculado (à atividade estatal), de arrecadação não vinculada, real (incide sobre a propriedade de bem imóvel) e de finalidade predominantemente fiscal.

O ITBI incide sobre: 1) a transmissão inter vivos, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física; 2) a transmissão de direitos reais sobre bens

imóveis, exceto os de garantia; e 3) a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

Assim, a incidência do ITBI abarca toda transmissão, a título oneroso, de propriedade imóvel, domínio útil, bem como direitos reais sobre estes. Independente do tipo de negócio, se compra e venda, ou permuta, se for a título oneroso, haverá incidência do ITBI.

2.1 IMUNIDADE E ITBI

Dispõe o art. 156, §2º, I da CF/1988:

Art. 156, § 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

O legislador constituinte originário optou por imunizar as operações listadas no citado inciso. É uma hipótese de imunidade tributária objetiva, cujo objetivo é estimular a capitalização e o crescimento de empresas, evitando que a cobrança do imposto se transformasse num impedimento à transação dos referidos negócios.

Dessa forma, há imunidade na transmissão de bens ou direitos: a) incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital; b) decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica.

Porém, no mesmo inciso, a Constituição Federal prevê também exceção para tais casos: quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Portanto, quando a atividade preponderante do adquirente dos bens ou direitos transmitidos for justamente a compra e venda desses bens ou direitos, a locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil, haverá incidência do ITBI nessas operações.

O art. 37 do Código Tributário Nacional estabelece o que seria caracterizada como atividade preponderante:

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

Desse modo, nos termos do CTN, será considerada preponderante a atividade quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica dos dois anos anteriores e dos dois anos seguintes decorrer de venda ou locação de propriedade imobiliária ou da cessão de direitos relativos à sua aquisição.

Contudo, havia certa discussão sobre a aplicação da imunidade no caso da integralização do capital social: se a imunidade abrangeria todo o valor do bem (independente do valor que exceder o limite do capital social a ser integralizado) ou se abrangeria somente o valor o capital social a ser integralizado, não abarcando o valor excedente.

Uma corrente defendia que o art. 156, §2º, I da CF/1988 não limitou a aplicação da imunidade. Assim, não caberia ao intérprete restringir algo que não foi feito pelo constituinte. Defendia-se, assim, que não poderia ser tributado o valor excedente dos bens imóveis incorporados ao capital social.

Outra corrente defendia que a imunidade só abarcava o valor do imóvel suficiente à integralização do capital social. Em outras palavras, a imunidade só seria aplicada até o valor dos imóveis que realizasse a integralização do capital social, incidindo

ITBI sobre os valores que excedesse o capital a ser integralizado.

Diante dessa discussão, o STF reconheceu a existência de repercussão geral e fixou a tese no Tema 796 – RE 796.376:

“A imunidade em relação ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado.”⁷²

O autor Helton Kramer teceu comentários sobre a citada tese:

“Isso representa uma importante vitória para os Municípios, permitido, neste caso, a tributação do valor de bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado. Nesta medida, deve-se ficar atento, no momento desta integralização, além do exato valor de mercado do imóvel ou direito real sobre ele existente, também do valor correspondente ao capital social da pessoa jurídica destinatária. Certamente, a fiscalização municipal terá um incremento em seu trabalho na fiscalização do ITBI, agora com segurança jurídica reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal.”⁷³

A Constituição também excepciona a incidência do ITBI ao instituir imunidade sobre as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. Esta previsão não é exclusividade do ITBI, aplicando-se igualmente aos demais impostos federais, estaduais e municipais, conforme dispõe o art. 184, §5º, da CF:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 796376. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 04 de Agosto de 2020

73 CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues de; LUSTOZA, Helton Kramer; DIAS JR, Antonio Augusto. Tributos em Espécie. 9. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. P. 1.074

fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Em que pese a Constituição utilizar o termo “isenta”, trata-se, em verdade, de hipótese de imunidade, uma vez que é prevista diretamente pela Constituição Federal. Ressalta-se que a isenção é prevista apenas em lei e não na Carta Magna.

Pela análise do dispositivo acima, conclui-se que não haverá cobrança de ITBI quando a transferência do imóvel for fruto de uma desapropriação para fins de reforma agrária.

O objetivo do legislador constituinte é de desonerar o processo de desapropriação e realizar a reforma agrária. Inclusive o STF, no julgamento do RE 169.628/DF, além de reafirmar que o dispositivo constitucional em comento é hipótese de imunidade, deixou assente que o benefício alcança tão-somente o expropriado. O terceiro adquirente, em negócio estranho a reforma agrária, não é destinatário da imunidade.

3. FATO GERADOR DO ITBI

Com base no art.35 do CTN à luz do art. 256, II, da CF/1988, o fato gerador do ITBI é: i) a transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física; ii) a transmissão de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia; e iii) a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

Entende-se por transmissão *inter vivos* aquela decorrente da realização de negócio jurídico. E o bem a ser transmitido precisa ser imóvel, o qual, segundo o Código Civil, é o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Por força da lei, estende-se o conceito legal de imóvel aos direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, bem como ao direito à sucessão aberta.

Dispõe os arts. 79 e 80 do Código Civil:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

O rol de direitos reais sobre imóveis é descrito no art. 1.225 do Código Civil:

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

XII - a concessão de direito real de uso; (Redação dada pela Lei nº 14.620, de 2023)

XIII - a laje; (Redação dada pela Lei nº 14.620, de 2023)

XIV - os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e a respectiva cessão e promessa de

cessão. (Incluído pela Lei nº 14.620, de 2023)

Dessa forma, incidirá ITBI sobre a transmissão do solo e tudo que a ele for incorporado de forma natural ou artificial; sobre a transmissão dos direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, a exemplo da transferência da servidão e do usufruto.

Ressalta-se que o art.156, II, da CF, excepciona da incidência do ITBI os direitos reais de garantia, quais sejam o penhor, a hipoteca e a anticrese.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, em sede de repercussão geral - (ARE) 1294969 – Tema 1124 - Incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) na cessão de direitos de compra e venda, ausente a transferência de propriedade pelo registro imobiliário - que o fato gerador do ITBI somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária:

“O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro”.⁷⁴

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no AREsp 1.760.009-SP, de relatoria do Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, por unanimidade, julgou em 19/04/2022:

“O fato gerador de ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do imóvel, mesmo no caso de cisão de empresa.”⁷⁵

Márcio André Lopes Cavalcante resumiu o inteiro teor:

Mesmo em caso de cisão o fato gerador do ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do bem imóvel, em conformidade com a lei civil.

Logo, não há como se considerar como fato gerador da referida exação a data de constituição das empresas pelo registro de Contrato Social na Junta Comercial, ocorrido em data anterior.

Dessa forma o fato gerador do ITBI ocorre no seu aspecto material e

⁷⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1294969. Relator: ministro Luiz Fux. Julgado em: 11/02/2021.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.760.009-SP. Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em: 19/04/2022.

temporal, com a efetiva transmissão, a qualquer título da propriedade imobiliária o que se perfectibiliza com a consumação do negócio jurídico hábil a transmitir a titularidade do bem, mediante o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis. Ainda sobre o tema: O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro (STF. Plenário ARE 1294969 RG, Rel. Min. Presidente, julgado em 11/02/2021. Repercussão Geral – Tema 1124).

STJ. 2ª Turma. AREsp 1760009-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19/04/2022 (Info 734).76

Considerando, assim, que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel, a jurisprudência entende que não incide ITBI sobre o registro da promessa de compra e venda imobiliária. Esta promessa trata-se de modalidade de contrato preliminar que gera ao promitente comprador a expectativa de ser proprietário do imóvel, atribuindo o direito de obter a transferência imobiliária no momento do pagamento total.

A respeito disso, segue abaixo entendimentos jurisprudenciais:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. INCONFORMAÇÃO COM A TESE ADOTADA. TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. DECRETO 16.419/06. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. **2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o fato gerador de ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do imóvel, sendo inexigível no contrato de promessa de compra e venda.** Incide, portanto, a Súmula 83/STJ. 3. Para se aferir a procedência das alegações recursais, seria necessário

76 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O fato gerador de ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do imóvel, mesmo no caso de cisão de empresa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:
<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/82e6f7a80579e43e8bab4e86e7e25620>>. Acesso em: 04/10/2023

proceder à interpretação de norma local, a saber, o art. 2º do Decreto 16.419/2006. O exame de normas de caráter local é inviável na via do recurso especial, em virtude da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual, "por ofensa a direito local, não cabe recurso extraordinário". Agravo regimental improvido.⁷⁷

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Inexiste violação aos artigos 458 e 535 do CPC quando o Tribunal de origem soluciona a controvérsia de maneira clara e fundamentada, promovendo a integral solução da controvérsia, ainda que de forma contrária aos interesses da parte. 2. **A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI é a transmissão do domínio do bem imóvel, nos termos do art.35, II, do CTN. Dessa forma, não incide o ITBI em promessa de compra e venda, na medida que trata-se de contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo.** Precedentes. Incidência do óbice da Súmula 83/STJ. 3. Vale destacar que o óbice da Súmula 83/STJ não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea "a". 4. Agravo regimental não provido.⁷⁸

Resta claro, então, que não incide ITBI sobre o registro da promessa de compra e venda, na medida que trata-se de contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo

Contudo, ocorre situação diversa quando há cessão dos direitos de promessa de compra e venda. Neste caso, trata-se de um direito real do promitente comprador, conforme previsto no art. 1225, VII do Código Civil, sendo, assim, passível de cobrança de ITBI, pois o art. 35 do CTN prevê que há incidência do imposto municipal na transmissão

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 813620/BA. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 17 de dezembro de 2015.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 659008 / RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 07 de abril de 2015.

de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia.

Dito isso, configurada a transmissão de propriedade sob imóveis, de forma onerosa, estará configurado o fato gerador do ITBI, não importando se o negócio jurídico praticado é compra e venda, permuta, dação em pagamento, remição, arrematação, cessão de posse, cessão de direitos hereditários.

Importante ressaltar que a transmissão *inter vivos* é aquela decorrente da realização de negócio jurídico, o que exclui as formas de aquisição originária da propriedade, como é o caso da desapropriação e da usucapião.⁷⁹

A desapropriação, segundo a doutrina, é forma de aquisição originária pois independe de título ou da vontade do dono anterior. É, em verdade, uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada. Consiste em um procedimento em que o ente estatal ordena a retirada de um bem privado do domínio do particular, para que este bem passe a integrar o patrimônio público, mediante o pagamento de indenização prévia e justa ao proprietário.

O autor Renério de Castro Júnior ensina sobre o tema desapropriação:

Trata-se de forma originária de aquisição da propriedade, razão pela qual o bem ingressa no acervo patrimonial do ente expropriante livre de qualquer ônus de natureza real. A aquisição originária, vale lembrar, ocorre quando a mudança de titularidade do bem independe de negócio jurídico anterior. Como consequência, qualquer direito real anteriormente existente sobre o bem fica subrogado no valor da indenização, como forma de resguardar os direitos dos credores do ex-proprietário. Ao passo que a desapropriação constitui uma nova relação jurídica entre a coisa e o seu titular, é possível dizer que há o surgimento de um novo direito de propriedade, e não em uma “transferência de domínio”. Há a extinção do direito real do expropriante e não a translação dessa relação a um novo titular mediante um negócio jurídico antecedente.⁸⁰

Há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que não há na desapropriação transferência de propriedade por negócio jurídico; portanto, não há

79 PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 189.

80 CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. P. 1027

incidência de ITBI sobre a transcrição de imóveis desapropriados.

Esse entendimento vale também para os casos de usucapião de bens imóveis, visto que não há, em verdade, uma transferência de propriedade, e sim uma transmissão judicial.

Dessa forma, em regra, em casos de aquisições originárias, como em desapropriação e usucapião, não haverá cobrança de ITBI, visto que a transferência de propriedade não é voluntária.

Entretanto, o STJ, excepcionando a regra geral, decidiu que o ITBI incide sobre a aquisição de imóvel em hasta pública (outra hipótese de aquisição originária), visto que nesse caso há onerosidade na transação:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. BEM ADQUIRIDO POR MEIO DE ADJUDICAÇÃO. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA ONEROSA. INCIDÊNCIA DO ITBI. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. São fatos geradores do ITBI: (i) a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física; e de direitos reais sobre bens imóveis, exceto de garantias e servidões; e (ii) a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis. 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a adjudicação, em hasta pública, é forma de aquisição originária da propriedade. Assim, o bem adquirido passa ao arrematante livre e desembaraçado de qualquer responsabilidade anterior. Precedente: REsp 1.659.668/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/5/2017. 3. No caso concreto, contudo, não há que se falar em afastamento da incidência do ITBI, pois, como visto, o aspecto relevante para a incidência do imposto é a onerosidade da aquisição da propriedade. Sendo assim, a adjudicação deve ser considerada no campo de incidência do ITBI, visto que se revela operação nitidamente onerosa. Em idêntica direção: REsp 1.188.655/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8/6/2010. 4. Recurso especial a que se nega provimento.⁸¹

Mais um caso analisado pela jurisprudência pátria, no que tange ao aspecto material do tributo, é o da dissolução de condomínio. Segundo os autores Evandro Ortega

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1446249 / SP. Relator: Ministro OG Fernandes, T2 – Segunda Turma. Julgado em: 21/09/2017

e Leonardo Vieira, o STJ apresenta duas soluções distintas para dois casos diferentes de dissolução:

- a) Dissolução de condomínio de bem divisível – não se configura a transmissão onerosa de bem imóvel e, portanto, não incide ITBI;
- b) Dissolução de condomínio de bem indivisível, como é o caso de condomínio edilício ou prédio urbano não fracionado em unidades autônomas – configura transmissão onerosa de bem imóvel, sendo tributável pelo ITBI.⁸²

No caso de dissolução de condomínio de bem indivisível, o STJ entendeu que a impossibilidade de se dividir o condomínio acarreta a respectiva transmissão imobiliária do bem:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ITBI. IMÓVEIS URBANOS EDIFICADOS. DISSOLUÇÃO DE CONDOMÍNIO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. BASE DE CÁLCULO. PARCELA ADQUIRIDA AOS OUTROS CO-PROPRIETÁRIOS. 1. Hipótese em que os quatro impetrantes (ora recorridos) eram co-proprietários de seis imóveis urbanos edificadas. Os condôminos resolveram extinguir parcialmente a co-propriedade. Para isso, cada impetrante passou a ser único titular de um dos seis imóveis. Quanto aos dois bens restantes, manteve-se o condomínio. Discute-se a tributação municipal sobre essa operação. 2. O Tribunal de origem entendeu ter ocorrido simples dissolução de condomínio relativo a uma universalidade de bens, conforme o art. 631 do CC/1916. Assim, não teria havido transmissão de propriedade com relação à maior parte da operação. Se o indivíduo passou a ser proprietário de imóvel em valor idêntico à sua cota ideal no condomínio, não incidiria o ITBI. 3. Inexiste omissão no acórdão recorrido, que julgou a lide e fundamentou adequadamente seu acórdão. **4. No entanto, o art. 631 não incide na hipótese, pois se refere ao caso clássico de condomínio de bem divisível. Seria aplicável se os quatro impetrantes fossem co-proprietários de terreno rural ou de terreno urbano não-edificado. Nesse exemplo, no caso de desfazimento do condomínio, o imóvel poderia ser fracionado**

⁸² ORTEGA, Evandro; VIEIRA, Leonardo. Manual de Direito e Processo Tributário. 2 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. P. 747

junto ao cartório de imóveis, observados os limites mínimos, requisitos e formalidades legais, resultando em quatro partes iguais. Cada um dos antigos co-proprietários seria o único titular de seu terreno (correspondente a 25% do original). Inexistiria transmissão onerosa de propriedade nessa situação fictícia e, portanto, incidência do tributo municipal. 5. Diferentemente, quando há condomínio de apartamento edilício, ou de um prédio urbano não-fracionado em unidades autônomas, é impossível a divisão do bem. É este o caso dos autos. 6. O registro imobiliário é individualizado, como o é a propriedade de apartamentos, nos termos da Lei de Registros Públicos (art. 176, § 1º, I, da Lei 6.015/1973). 7. Na situação inicial, antes do pacto de extinção parcial do condomínio, os quatro impetrantes eram co-proprietários de cada um dos imóveis, que devem ser considerados individualmente. 8. Com o acordo, cada um dos impetrantes passou a ser único proprietário de um dos seis imóveis. Ou seja, adquiriu dos outros co-proprietários 75% desse bem, pois já possuía 25%. 9. O ITBI deve incidir sobre a transmissão desses 75%. Isso porque a aquisição dessa parcela se deu por alienação onerosa: compra (pagamento em dinheiro) ou permuta (cessão de parcela de outros imóveis). 10. Esse raciocínio se aplica aos quatro imóveis que passaram a ser titulados por um único proprietário. Quanto aos outros dois bens, com relação aos quais o condomínio subsistiu, não há alienação onerosa nem, portanto, incidência do ITBI. 11. Os impetrantes adjudicaram cada um dos quatro imóveis a uma única pessoa, indenizando os demais (por pagamento ou permuta), nos termos do art. 632 do CC/1916. 12. É pacífico que os impostos reais (IPTU e ITBI, em especial) referem-se aos bens autonomamente considerados. Também por essa razão seria incabível tratar diversos imóveis como universalidade para fins de tributação. 13. Esse entendimento foi consolidado pelo egrégio STF na Súmula 589: "É inconstitucional a fixação de adicional progressivo do imposto predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte". 14. A Suprema Corte impediu que os Municípios considerassem todos os imóveis de cada contribuinte como uma universalidade para fins de progressividade das alíquotas. Isso decorre do reconhecimento de que cada imóvel a ser tributado deve ser autonomamente considerado. 15. Se o Município não pode considerar o conjunto de imóveis uma universalidade, para cálculo do IPTU, seria inadmissível que o contribuinte possa fazê-lo com o intuito de pagar menos ITBI. 16.

Recurso Especial provido.⁸³

Sobre o tema, preleciona o autor Helton Kramer Lustoza:

O entendimento jurisprudencial segue no sentido de que o desfazimento do condomínio de bem divisível, respeitado os limites de cada condômino, configura inexistência de transmissão onerosa de propriedade e, portanto, ausência de incidência deste tributo municipal. Por outro lado, no caso de condomínio de apartamento edilício, ou de um prédio urbano não-fracionado em unidades autônomas, é impossível a divisão do bem, sendo que sua dissolução irá implicar em transmissão imobiliária.⁸⁴

Resta claro, assim, que se a dissolução de condomínio for de bem divisível, não há incidência de ITBI; se a dissolução for de bem indivisível, há incidência de ITBI.

Outro caso analisado na jurisprudência sobre se incide ou não ITBI é o da partilha excessivamente onerosa na separação consensual. Em regra, caso os bens sejam divididos na metade em favor de cada cônjuge, não haverá cobrança de ITBI, uma vez que não houve a transmissão da propriedade, mas apenas partilha de bens que já pertenciam aos cônjuges.

Excepcionalmente, se na partilha houver acordo, de forma onerosa, em que um dos cônjuges fique com algum patrimônio imobiliário que corresponda a parte maior que à metade do quinhão, haverá incidência de ITBI. Ou seja, haverá incidência de ITBI sobre o valor que exceder ao respectivo quinhão da partilha de bens imóveis entre cônjuges, em razão de separação judicial, desde que este excesso se dê a título oneroso.⁸⁵

Esse também é o entendimento jurisprudencial majoritário:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO POR DOAÇÃO - SEPARAÇÃO JUDICIAL - MEAÇÃO. 1. Na separação judicial, a legalização dos bens da meação não está sujeita a tributação. 2. Em havendo a entrega a um dos cônjuges de bens de valores superiores

83 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 722752 / RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em: 05/03/2009

84 CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues de; LUSTOZA, Helton Kramer; DIAS JR, Antonio Augusto. Tributos em Espécie. 9. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. P. 1.065

85 CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues de; LUSTOZA, Helton Kramer; DIAS JR, Antonio Augusto. Tributos em Espécie. 9. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. P. 1.067

à meação, sem indícios de compensação pecuniária, entende-se que ocorreu doação, passando a incidir, sobre o que ultrapassar a meação, o Imposto de Transmissão por Doação, de competência dos Estados (art. 155, I, da CF). 3. Recurso especial conhecido e provido.⁸⁶

Outro caso de aplicação do aspecto material do ITBI na jurisprudência é o da renúncia à herança. O Código Civil adotou o princípio de *saísine*, por meio do qual, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Somente com o aceite da herança que há a transferência de patrimônio. Há também a possibilidade do herdeiro renunciar à herança, declarar que não a aceita, desde que expressamente. Neste caso, o herdeiro renunciante é considerado como se nunca tivesse herdado.

A renúncia da herança pode ocorrer em duas formas: em favor de alguma pessoa específica (translativa); ou em favor do monte, sem especificar determinado beneficiário (abdicativa). A renúncia translativa pode se dar de forma gratuita ou onerosa.

Na renúncia abdicativa, não há incidência de ITBI ou ITCMD, visto que não há transmissão de direitos a um ou mais indivíduos, devolvendo-se automaticamente o quinhão renunciado ao monte.

Por outro lado, na renúncia translativa gratuita, em que um herdeiro transfere seu direito hereditário a outro, incide ITCMD, uma vez que é considerada doação. Já na renúncia translativa onerosa, ocorre a incidência de ITCMD e ITBI. Em outras palavras: o ITCMD incide na primeira operação, em decorrência da transmissão *causa mortis*. Na segunda transmissão, *inter vivos* e onerosa, incide ITBI, visto que ocorre, neste caso, uma cessão de direitos sobre bens imóveis.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RENUNCIA À HERANÇA - INEXISTÊNCIA DE DOAÇÃO OU ALIENAÇÃO - ITBI - FATO GERADOR - AUSÊNCIA DE IMPLEMENTO. A renúncia de todos os herdeiros da mesma classe, em favor do monte, não impede seus filhos de sucederem por direito próprio ou por cabeça. Homologada a renúncia, a herança não passa à viúva, e sim aos herdeiros remanescentes. Esta renúncia não configura doação ou alienação à viúva, não caracterizando o fato gerador do ITBI, que é a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens

86 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 723587 / RJ. Relator: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 05/05/2005

imóveis. Recurso provido.⁸⁷

4. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE TRANSMISSÃO IMOBILIÁRIA E O ITBI

Por tudo o que já foi explanado, observa-se que quando há transmissão imobiliária, decorrente de negócio jurídico oneroso, haverá a incidência de ITBI. Pergunta-se, então, se o recolhimento de ITBI decorrente de transmissão de propriedade, que posteriormente foi anulada, é válido. Em outras palavras, determinada pessoa realiza negócio jurídico sobre imóvel e é tributada pelo ITBI; no entanto, após o pagamento do ITBI, este negócio jurídico é anulado por decisão judicial. Neste caso, o contribuinte terá direito a restituição do indébito?

Este questionamento foi objeto de muita controvérsia no judiciário brasileiro. Para analisar esta questão, primeiramente tem-se de analisar o art. 118, I do CTN:

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Esse artigo retrata o princípio do *pecunia non olet* ("dinheiro não tem cheiro"), que é a regra geral no Direito Tributário. É determinado que a obrigação tributária não é condicionada à validade dos negócios jurídicos, permitindo-se a tributação de atividades ilícitas. Ou melhor, é irrelevante, para a cobrança do tributo, a validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, se a atividade é lícita ou ilícita. Basta que o ato esteja previsto na lei como fato gerador do respectivo tributo.

Assim, há entendimento histórico no sentido da impossibilidade de repetição do ITBI já quitado, fundamentando-se justamente no princípio do *pecunia non olet*. Defende-se, que aquele que pagou o ITBI deve ajuizar ação indenizatória em face de quem deu causa à anulação do negócio jurídico, e não ação de restituição de indébito contra o Município. Esse era o entendimento do STJ anteriormente.

Contudo, no julgamento do Recurso Especial 1493162 / DF, a segunda Turma do STJ julgou que diante da anulação do negócio jurídico que embasou recolhimento do

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 36076 / MG. Relator: Min. Garcia Vieira. Primeira Turma. Julgado em: 03/12/1998.

ITBI, haverá a configuração do pagamento indevido, autorizando a repetição do indébito:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO DO FATO GERADOR. DEVOLUÇÃO. VALORES. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO. ITBI. 1. Não se configurou a ofensa ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 2. O art. 118, I, do CTN não pode ser interpretado de forma insulada, porquanto pode trazer sérias contradições aos demais dispositivos legais. O princípio do non olet, expresso no artigo citado, foi criado por Albert Hensel e Otmar Bühler e tem como escopo permitir a tributação das atividades ilícitas. Irrelevante, portanto, para a determinação do fato gerador, a validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes. 3. No caso sub judice, houve a declaração de nulidade do negócio jurídico de compra e venda de imóvel entabulado pelas partes, sem que houvesse dolo do recorrido, tendo-se desfeito o fato gerador do ITBI. Desse modo, nada mais justo que o restabelecimento do statu quo ante, para que não haja enriquecimento ilícito do Estado. Na hipótese dos autos trata da declaração de nulidade do próprio fato que gerou a exação, o que não originou benefício econômico para a parte. 4. Recurso Especial não provido.⁸⁸

Em outubro de 2020, a Primeira Seção do STJ, por unanimidade, referendou a citada decisão e consolidou o entendimento de que a nulidade de negócio jurídico de compra e venda de imóvel viabiliza a restituição do valor recolhido pelo contribuinte a título de ITBI:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ITBI. DECLARAÇÃO JUDICIAL DE NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL. INSUBSISTÊNCIA O FATO GERADOR DO TRIBUTO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE IMPOSTO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA DO DISTRITO FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com os arts. 156, II da CF, e 35, I, II, e III do CTN, o fato gerador do ITBI ocorre, no seu aspecto material e temporal, com a efetiva transmissão, a qualquer título, da propriedade imobiliária, o que se perfectibiliza

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1493162 / DF. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em: 25/11/2014.

com a consumação do negócio jurídico hábil a transmitir a titularidade do bem, mediante o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis. 2. Na hipótese dos autos, o negócio jurídico que ensejou a transferência de propriedade do imóvel e, por conseguinte, a tributação pelo ITBI, não se concretizou em caráter definitivo devido à superveniente declaração de nulidade por força de sentença judicial transita em julgado. 3. Logo, não tendo havido a transmissão da propriedade, já que nulo o negócio jurídico de compra e venda de imóvel entabulado pelas partes, ausente fato gerador do imposto em apreço, nos termos dos referidos arts.156, II da CF, e 35, I, II, e III do CTN, sendo devida a restituição do correspondente valor recolhido pelo Contribuinte a tal título. 4. Nesse contexto, correto o acórdão embargado ao condenar o Ente Público na restituição dos valores pagos a título de ITBI, pois a anulação judicial do negócio jurídico de compra e venda teve por efeito jurídico tornar insubsistente o fato gerador do tributo. 5. Embargos de Divergência do DISTRITO FEDERAL não providos.⁸⁹

Dessa forma, pode-se afirmar que o entendimento do STJ encontra-se consolidado no sentido de que a anulação do negócio jurídico que justificou a cobrança do ITBI terá o condão de fazer desaparecer o fato gerador do tributo e, conseqüentemente, gerar direito à repetição do indébito. Nesta decisão ficou registrado que no caso de se manter os efeitos da incidência tributária, com base no art. 118, I do CTN, poderia trazer sérias contradições aos demais dispositivos legais do ordenamento jurídico.⁹⁰

Em resumo do inteiro teor do julgado e de forma bem esclarecedora, Mário André Lopes Cavalcante ensina:

ITBI significa imposto sobre transmissão inter vivos, sendo tributo de competência dos Municípios.

Segundo o art. 156, II da CF/88, o ITBI será cobrado quando houver “transmissão inter vivos a qualquer título, por ato oneroso de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1493162 / DF. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Julgado em: 14/10/2020.

⁹⁰ CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues de; LUSTOZA, Helton Kramer; DIAS JR, Antonio Augusto. Tributos em Espécie. 9. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. P. 1.070

aquisição”.

Exemplo: João vendeu uma casa a Pedro. Sobre essa transmissão, há incidência do ITBI, que foi pago pelo comprador. Suponha, no entanto, que, posteriormente, esse negócio jurídico (compra e venda) tenha sido anulada por sentença judicial transitada em julgado.

Neste caso, conclui-se que não houve a transmissão da propriedade, estando ausente o fato gerador do imposto. Logo, é devida a restituição do ITBI que foi pago.

STJ. 1ª Seção. EREsp 1493162-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 14/10/2020 (Info 682).91

Conclui-se, assim, que o atual posicionamento do STJ é a permissão da repetição do indébito, levando em consideração a boa-fé daquele indivíduo que praticou o negócio jurídico e recolheu o ITBI sem ter ciência da nulidade do negócio referido.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa realizada teve por objetivo analisar o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI no direito tributário brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, analisar se o recolhimento de ITBI decorrente de transmissão de propriedade, que posteriormente foi anulada, é válido.

Como foi demonstrada, o ITBI incide sobre a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

Analisou-se diversas decisões judiciais no que tange ao aspecto material do tributo, assim como os ensinamentos de renomados doutrinadores.

Concluiu-se, então, que depois de diversas divergências jurisprudenciais e doutrinárias, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp 1.493.162/DF, em 14/10/2020, parece ter consolidado o entendimento de que o valor do ITBI deve ser restituído ao sujeito passivo no caso em que a compra e venda do imóvel é posteriormente declarada nula, pois entende-se que não houve a efetiva transmissão apta a ensejar a

91 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A nulidade de negócio jurídico de compra e venda de imóvel viabiliza a restituição do valor recolhido pelo contribuinte a título de ITBI. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8558cb408c1d76621371888657d2eb1d>>. Acesso em: 24/09/2023

incidência do respectivo imposto municipal.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 11. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: ed. Juspodivm, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 813620/BA. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/861481428/inteiro-teor-861481447>. Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 659008 / RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 07 de abril de 2015. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;aresp:2015-04-07;659008-1425824> >. Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1294969. Relator: ministro Luiz Fux. Julgado em: 11/02/2021. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=ARE%201294969 > Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.760.009-SP. Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em: 19/04/2022. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0734.cod.> > Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1446249 / SP. Relator: Ministro OG Fernandes, T2 – Segunda Turma. Julgado em: 21/09/2017. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2017-09-21;1446249-1657479> >. Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 796376. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 04 de Agosto de 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4529914&numeroProcesso=796376&classeProcesso=RE&numeroTema=796#:~:text=Tema%20796%20-%20Alcance%20da%20imunidade%20tribut%C3%A1ria%20do,o%20limite%20do%20capital%20social%20a%20ser%20integralizado> > Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 722752 / RJ. Relator: Ministro Herman

Benjamim, Segunda Turma. Julgado em: 05/03/2009. Disponível em: <
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2009-03-05;722752-974700>>. Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 723587 / RJ. Relator: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 05/05/2005. Disponível em: <
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2005-05-05;723587-615399>>. Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 36076 / MG. Relator: Min. Garcia Vieira. Primeira Turma. Julgado em: 03/12/1998. Disponível em: <
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1:acordao;resp:1998-12-03;36076-255184>>. Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1493162 / DF. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em: 25/11/2014. Disponível em: <
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2014-11-25;1493162-1405619>>. Acesso em: 04 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1493162 / DF. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Julgado em: 14/10/2020. Disponível em: <
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.1:acordao;eresp:2020-10-14;1493162-1994828>>. Acesso em: 04 de outubro de 2023.

CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues de; LUSTOZA, Helton Kramer; DIAS JR, Antonio Augusto. Tributos em Espécie. 9. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

CASTRO, Renério. Manual de Direito Administrativo. 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. P. 1027

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O fato gerador de ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do imóvel, mesmo no caso de cisão de empresa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <
<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/82e6f7a80579e43e8bab4e86e7e25620>>. Acesso em: 04/10/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A nulidade de negócio jurídico de compra e venda de imóvel viabiliza a restituição do valor recolhido pelo contribuinte a título de ITBI. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <
<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8558cb408c1d76621371888657d2eb1d>>. Acesso em: 24/09/2023.

ORTEGA, Evandro; VIEIRA, Leonardo. Manual de Direito e Processo Tributário. 2 ed. São



Paulo: Editora Juspodivm, 2022

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017