

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1085

(Ano XIV)

(11/05/2022)

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Abandono de plenário no júri: exercício da defesa ou irregularidade

Adel El Tasse, 08

ARTIGOS

Sistema adotivo brasileiro

Danyella Karoliny Soares Campos, 11.

Direitos humanos e conceitos afins a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos e Corrente Jusnaturalista

Tayane de Queiroz Cachoeira Dalazen, 23.

Adoção no Brasil e o vínculo afetivo: uma análise do procedimento e das dificuldades

Thuanny Rodrigues Bandeira, 40.

Poder Judiciário e ativismo judicial: o princípio democrático no Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF

Caio Fernando Meireles de Carvalho Braga e Andressa Mendes da Silveira Avelino, 59.

A possibilidade da aplicação da qualificadora feminicídio contra transexuais mulheres

Thais Rocha Aleixo Alves, 89.

Reconhecimento fotográfico como meio de prova e racismo estrutural: uma revisão bibliográfica

Ana Julia da Cruz Moraes, 103.

A superlotação do sistema carcerário por pessoas negras no Estado do Maranhão

Jhyanara Jinúina Damasceno Pereira, 120.

Pandemia da Covid-19: O aumento de casos de feminicídios na cidade de Imperatriz/MA

Iuly tais silva de sousa, 141.

O direito à educação frente a descriminalização da educação domiciliar como abandono intelectual

Maria Elcilene Gomes de Oliveira Mota, 156.

Acordo de não persecução penal: a confissão formal e circunstanciada sob análise constitucional

Lorraine Santos Gomes, 177.

O processo de estigmatização da mulher em meio ao machismo estrutural e sua relação com o crime de estupro

Taynara Wigand de Oliveira, 205.

A filiação socioafetiva e o reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade autorizado pelo Conselho Nacional de Justiça perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais

Fernanda Rocha Duarte, 226.

As consequências jurídicas do contrato de empréstimo à pessoa idosa no âmbito da relação de consumo e o risco do superendividamento

Jacklene Borges de Queiroz Freitas, 248.

A Cultura do Estupro no Brasil à Luz das Teorias Feministas do Direito

Rayanne Nunes Dantas, 270.

Abordagem policial e Código Penal: uma análise do risco de homicídio funcional

Fabiola Souza de Lima, 279.

Audiência de custódia como direito fundamental do preso: uma análise a partir da cultura da prisão

Mirna Gomes Pires Da Fonseca, 298.

O abandono afetivo como causa de relativização do patronímico no Brasil: dignidade do filho abandonado

Débora Barbosa Mendonça, 316.

A censura do hate speech no ordenamento jurídico brasileiro

Kerolaine Ferreira Dias, 341.

Análise acerca do Sistema Eleitoral “Distritão” à luz dos princípios eleitorais da igualdade de chances e da defesa de minorias

Sarah Sousa Liarte e José Wilson de Oliveira Batista, 357

Situação do filho adotivo no homicídio funcional: uma ponderação jurídica acerca do princípio da legalidade e do princípio da igualdade

Marissa Boscardin Amorim, 375.

Princípio da insignificância: o entendimento dos tribunais superiores para a sua aplicação nos crimes de furto

Stefany Pereira dos Santos, 394.

A fragilidade da condenação em crimes contra a dignidade sexual baseada somente na palavra da vítima

José Neto Botelho Milhomem, 412.

A participação do microempreendedor individual nos processos licitatórios na Prefeitura Municipal de Palmas - TO

Murilo Portugues Paulino Galhardo, 426.

A ineficácia da medida protetiva no âmbito da Lei Maria da Pena Nº 11.340/2006

Karine Martins Monteiro, 437.

Responsabilidade civil por erro médico: Uma análise jurídica da vulnerabilidade do profissional de saúde

Ana Laura Gama Lima, 448.

Acordo de Não Persecução Penal

Morizar Coelho Júnior, 465

Evasão, elisão e elusão fiscal: o limite do planejamento tributário

Ana Beatriz Paiva Lessa Lima, 483.

Abuso sexual contra criança e adolescente

Karolayne Rocha Aguiar, 490.

Reconhecimento de pessoas e sua eficácia na persecução penal

Hingrid Cabral Pereira, 508.

Inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos a luz da lei da ficha limpa

Saulo Freires Lima, 531.

O acesso à justiça e as pessoas com hiper vulnerabilidade econômica

Igor Matheus Gomes Pereira, 552.

ABANDONO DE PLENÁRIO NO JÚRI: EXERCÍCIO DA DEFESA OU IRREGULARIDADE

ADEL EL TASSE: Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais. Autor de dezenas de livros e artigos publicados em livros, revistas e periódicos.

A questão do abandono do plenário pela defesa, no procedimento especial do Tribunal do Júri, não é propriamente nova, porém, a verificação de aparente tendência à maior frequência em sua ocorrência, falas ameaçando sua prática durante a realização do ato processual, entre outras circunstâncias atuais, fazem a temática ganhar novos contornos e demandar apreciação técnica específica.

Com efeito, no Tribunal do Júri, vigora a plenitude de defesa, importante conquista civilizatória, a qual objetiva garantir equilíbrio entre as partes do processo, a partir da verificação do forte desequilíbrio estrutural existente em favor da acusação. Não há dúvidas que a plenitude de defesa traz conjunto importante de possibilidades de atuação e de construção hermenêutica, em favor da maior habilitação da defesa, chegando mesmo a limitar alguns conteúdos normativos infraconstitucionais, como os da denominada lei Mariana Ferrer, situação detalhada no artigo de minha autoria “A aplicabilidade limitada da lei Mariana Ferrer no júri”, disponível em revistas acessíveis via consulta eletrônica.

Por outro lado, a plenitude de defesa não significa ausência de limites, pois, deve estar articulada, em seu exercício, com o restante dos princípios e garantias constitucionais, conforme explicitado no artigo, “Reflexões sobre os Limites ao Direito de Defesa no Processo Penal Brasileiro”, publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 17, p. 129, 2021.

A partir das premissas anteriores, o abandono de plenário é um instrumento que pode ser inserido como decorrência da plenitude de defesa, mas, seria incorreto afirmar que necessariamente o é, pois, fundamental avaliar, no caso concreto, se ocorreu em situação efetiva, na qual sua necessidade se fazia presente para preservar o próprio exercício defensivo ou se ocorreu abuso na sua prática, não permitindo que a hipótese se articule com o restante da estrutura constitucional, em especial no que tange ao devido processo legal e ao contraditório.

Submetida à temática a esta perspectiva, a primeira indagação é se a situação concreta apresentada é de impedimento do exercício da defesa ou de mera discordância da defesa com o conteúdo decisório de determinada matéria.

A dicotomia acima destacada é fundamental, pois, ainda que haja decisão que, sob a perspectiva da defesa, esteja incorreta ou gere nulidade do julgamento, ela por si só não legitima o abandono do plenário, não sendo igualmente legítima a ameaça de realizá-lo, a fim de constranger o Juiz presidente a decidir de outra forma ou mesmo a parte contrária a renunciar seu entendimento.

O abandono de plenário é medida extrema, a qual se legitima quando a defesa é submetida a um quadro real de bloqueio, por exemplo, a parte contrária com suas interrupções contínuas impede que haja efetivo exercício da defesa, não havendo atuação do Magistrado ou mesmo não conseguindo ele impedir o procedimento. Outro exemplo, é a parte contrária agredir física ou moralmente a própria pessoa do defensor, entre outras situações extremas que legitimam, em nome da preservação do direito de defesa, seja abandonado o plenário.

Meras discordâncias com entendimento em torno da condução do ato ou da gestão da prova não justificam o abandono de plenário, na medida em que matérias passíveis de registro em ata para posterior discussão em sede recursal, ou seja, o sistema, dentro da observância do devido processo legal e do contraditório, prevê mecanismos hábeis a enfrentar a questão, não podendo, portanto, o ato de deixar o plenário ser utilizado como instrumental de barganha para constranger os demais sujeitos do processo a agir como deseja a parte em questão.

Diferente é, por exemplo, ser requerido o registro em ata de determinada situação e o Magistrado impedir ou obstaculizar que se realize. Nessa situação ocorre bloqueio ao exercício da defesa, com claro impedimento de que situação de seu interesse possa posteriormente ser suscitada, justificando o abandono do plenário, pelo total impedimento do exercício defensivo.

Assim, os limites são muito claros, se, por um lado a plenitude de defesa possibilita um vasto campo de atuação defensiva, o abandono do plenário do júri somente se mostra legitimado quando o bloqueio à defesa é de tal sorte que o sistema processual não encontra dentro de seus normais mecanismos, inclusive recursais, possibilidade de correção.

Não é, igualmente, o argumento de que o ato praticado pode influir no julgamento, conduzindo a uma condenação, suficiente para estabelecer a necessidade de deixar o plenário, pois, na sistemática do artigo 593 inciso III do Código de Processo Penal,

as hipóteses nulificadoras do julgamento, posteriores à pronúncia, são passíveis de recurso e reconhecida a nulidade, mesmo que havida condenação, esta será afastada.

A única exceção seria, houvesse automática prisão da pessoa, com início do cumprimento da pena, caso houvesse condenação, como já pretendeu parte minoritária da Jurisprudência e, em alguma medida, o conhecido Pacote Anticrime, mas, o atual avanço da Jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de que a prisão imediata após a condenação, em consonância ao regramento constitucional, é totalmente bloqueada, esvazia a possibilidade do abandono de plenário, com base no simples argumento da existência de risco de condenação.

Em síntese, deixar o plenário legitima-se quando a situação é extrema, na qual a defesa fica bloqueada, sem que haja no sistema normativo, possibilidades de correção, dentro do devido processo legal.

Assim sendo, a regra de fixação de multa ao profissional que impede a realização do julgamento, deve ser avaliada dentro destas características, indagando se a situação que motivou o ato era passível de correção, por exemplo, pela via recursal ou era extrema, como os já citados exemplos de bloqueio à argumentação da parte por interrupções constantes, ataques ofensivos, não registro das ocorrências em ata, legitimando totalmente o impedimento da continuidade do ato, em atenção ao princípio da plenitude defesa, não permitindo qualquer sanção ao Advogado que, em última análise, terá agido como garante do próprio Estado Democrático de Direito.

SISTEMA ADOTIVO BRASILEIRO

DANYELLA KAROLINY SOARES CAMPOS:

Acadêmica do curso de Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI

(orientadora)¹

RESUMO: No Brasil a adoção é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), onde consta todo o trâmite processual que deve ser seguido para chegar ao objetivo final com êxito dentro das normas legais. Ao que se sabe, devido a demora o dos procedimentos judiciais em nosso país, a lei não é seguida com exatidão tendo como consequência uma demora de anos para que possa ser concluído o procedimento de adoção. Em razão disso, se torna necessário analisar o sistema e sua devida legislação de forma concreta para assim entender qual o motivo da lentidão durante todo o trâmite. A grande relevância em falar sobre, se dá pelo fato de que a cada dia crescem o número de menores em casas de apoio a espera de uma família. Isso se torna frustrante tanto para quem sonha em ter uma nova família, quanto para quem almeja ter um novo integrante na sua. A presente pesquisa tem finalidade bibliográfica de acordo com doutrinas, pesquisas e jurisprudências, sendo usados seus respectivos dados para uma efetiva e confiável análise. Findado o entendimento, conclui-se que deve haver uma melhoria no sistema de adoção para que o procedimento ocorra de forma mais ágil e não prejudique as partes interessadas.

Palavras-chave: Processual. Menores. Família. Ágil.

ABSTRACT: In Brazil, adoption is governed by the Statute of Children and Adolescents (ECA), which contains all the procedural steps that must be followed to reach the final objective successfully within the legal norms. As far as is known, due to the delay in judicial procedures in our country, the law is not followed exactly, resulting in a delay of years before the adoption procedure can be concluded. As a result, it is necessary to analyze the system and its due legislation in a concrete way in order to understand the reason for the slowness throughout the process. The great relevance in talking about it is due to the fact that every day the number of minors in support houses waiting for a family grows. This becomes frustrating both for those who dream of having a new family, and for those who want to have a new member in their own. The present research has a bibliographic purpose according to doctrines, researches and jurisprudence, using their respective data for an effective and reliable analysis. Once the understanding is concluded, it is concluded that

¹ Advogada e Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: veronicaprado@unirg.edu.br.

there must be an improvement in the adoption system so that the procedure takes place in a more agile way and does not harm the interested parties.

Keywords: Procedural. Minors. Family. Agile.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Legislação: regras e particularidades da adoção. 3.1. Espécies de adoção. 3.2. Adoção Nacional e Internacional. 4. Dificuldades encontradas pelos adotantes e consequências sofridas pelos adotandos. 4.1. A perda da esperança de um novo lar: quais medidas devem ser tomadas. 5. Considerações Finais. 6 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de adoção no Brasil tem um importante papel por se tratar do futuro de inúmeras crianças e adolescentes, onde essas não possuem uma família e estão em abrigos à espera de um novo lar.

O procedimento em si perdura por um longo prazo, muitas vezes se tornando frustrante para ambos os lados devido a tanta espera, sendo muitas delas sem sucesso. O assunto em pauta traz muitos questionamentos, já que não se entende tanta burocracia e se é realmente necessária, pois há um grande número de crianças e adolescentes na espera.

Toda essa demora tem diferentes pontos para poder ser justificada, onde os mesmos se interligam. Primeiramente pela burocracia no procedimento em si, onde se é regulamentado por lei e com a justificativa de que é para a melhor segurança dos menores, sendo o maior interesse do sistema a reintegração a sua família natural ou extensa, e somente após exauridas todas as tentativas, a possível adoção do mesmo.

Um dos maiores problemas em relação a demora é o fato de as famílias adotantes terem preferência por crianças de menor idade, sendo na maioria das vezes abaixo de 8 anos, além das que optam por aparências físicas específicas. Sendo bem diferente da realidade encontrada nos abrigos, onde o maior número de menores ultrapassam essa idade de preferência, tendo então como uma das justificativas pela diferença exorbitante dos números de adotantes e adotandos passíveis na lista de espera.

Por um raciocínio lógico, o primeiro ponto pode influenciar negativamente os outros, já que com toda essa demora procedimental inúmeras crianças vão perdendo a idade de "preferência".

Realmente é necessário uma certa cautela e um cuidado redobrado por se tratar do futuro de um menor desamparado pela sua família biológica, porém seria interessante facilitar um pouco o processo de forma que não prejudique ambos os interessados. Os abrigos do nosso país estão lotados de crianças que esperam ansiosamente serem

acolhidas em um novo lar, e tendo assim uma esperança de ter um futuro melhor com apoio de uma família.

Seria muito importante também se os interessados em uma adoção diminuíssem suas especificações sobre idade, cor, e outros aspectos específicos de seu futuro filho adotivo. Se os mesmos estivessem cada vez mais a procura de crianças já em formação, certamente a fila de espera seria menor e diminuiria o número de adotandos nos abrigos sem esperança de ter uma nova família.

Para que se possa chegar a uma possível conclusão do que se deve ser feito para melhorar essas questões citadas acima, devemos analisar todos os lados da história de forma ampla. Assim sendo, poderemos verificar a possível solução para diminuir o número exorbitante de adotantes na fila de espera, onde se é extremamente menor do que de menores passíveis para adoção.

Primeiramente se é necessário a análise de como funciona a legislação referente a esse tema, entendendo suas necessidades, seus objetivos e o que se é abordado na mesma. O que se sabe é que tudo se volta para o interesse e proteção da criança e do adolescente, mas o questionamento que se fica é se realmente se faz necessário tornar uma adoção tardia, ou muitas vezes impossível, por meras questões burocráticas. Entende-se que cada caso concreto tem suas peculiaridades, devendo ser vistos na medida das suas proporções, porém há uma grande necessidade de melhorias no que se diz ao procedimento de espera.

2. METODOLOGIA

Na presente pesquisa analisou-se o sistema de adoção no Brasil, tendo como foco a demora nos procedimentos, que causam consequências negativas para o futuro das crianças. A pesquisa em questão ocorreu na forma teórica, abordando os maiores pontos do assunto de forma qualitativa. Em meio descritivo explorou-se mais sobre o tema, aprofundando e tentando entender o porquê de tamanha burocracia referente ao sistema de adoção. O procedimento ocorreu de forma bibliográfica, trazendo como base para a pesquisa doutrinas, artigos e outros.

Como critério de busca e seleção de material como referencial, foram utilizados doutrinas, pesquisas, artigos, legislação, sempre tendo como base fontes de onde se tem maior domínio sobre o assunto. O maior requisito é que seja algo produzido por um profissional do ramo. As informações teóricas foram analisadas com base em leituras textuais produzidas por outros autores que dominam e têm prática no assunto.

Após a coleta de todo o material necessário para se aprofundar na pesquisa, o primeiro passo foi verificar se os citados pelos mesmos condizem com a realidade e se o assunto tem conexão de um autor para o outro.

Para entendermos com clareza o porquê da demora do procedimento, foi necessário adentrar a fundo tanto na lei seca quanto em doutrinas e pesquisas, para que assim possa chegar a uma conclusão e, se possível, descobrir o responsável. Sendo assim, utilizou a análise de conteúdo como método para que pudesse descrever e interpretar sobre.

O presente trabalho não necessitou ser submetido para aprovação junto ao Comitê de Ética em Pesquisa, conforme a resolução CNS 466/2012, pois se tratou de uma pesquisa cujas informações foram obtidas em materiais já publicados e disponibilizados na literatura, não havendo intervenção ou abordagem direta junto aos seres humanos. Dessa forma, a pesquisa não implicou em riscos ao sujeito. O mesmo tem uma grande relevância social por abordar um tema pouco discutido, mas de extrema importância.

3. LEGISLAÇÃO: REGRAS E PARTICULARIDADES DA ADOÇÃO

O sistema de adoção no Brasil é regulamentado pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), onde se especifica todos os interesses e deveres do adotando e adotante. Existem algumas peculiaridades presentes, sendo a primeira que a adoção é uma medida excepcional e irrevogável, sendo por esse motivo que ocorre apenas após esgotadas todas as tentativas de reintegração do menor a sua família natural.

Sendo vedada por procuração, a mesma só vale quando feita judicialmente, passando por todos os trâmites previstos em lei. O adotante deve possuir idade acima de 18 anos, e tendo como um requisito indispensável uma diferença de 16 anos de idade do seu futuro filho adotivo. Tendo os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho biológico, respectivamente fará parte por igual da família em relação aos seus novos parentes, perdendo assim todo o vínculo com sua família natural e extensa. Por exemplo: seus avós biológicos não serão considerados mais os mesmos, tendo como novos os avós adotivos. Vale ressaltar que independentemente da perda de qualquer vínculo, ainda há impedimento matrimonial em relação a sua família biológica (DIGIÁCOMO, 2013).

De acordo com cada caso concreto, será especificado um período para ser realizado o estágio de convivência entre adotando e adotado, não podendo ser superior a 90 (noventa) dias. O mesmo é de suma importância para a decisão final, podendo ser dispensado apenas se já houver uma relação satisfatória de tutela ou guarda legal entre as partes. Vale ressaltar que completados 12 anos de idade, se torna necessário o consentimento do menor, pois se entende que o mesmo já tem um certo discernimento sobre a situação em que se apresenta.

3.1 ESPÉCIES DE ADOÇÃO

Existem diferentes tipos de adoção, tendo cada uma as suas particularidades.

Primeiramente vamos adentrar em uma espécie definida como prática criminosa, conhecida popularmente como “adoção à brasileira”, estando prevista no art. 242 do Código Penal. Com a justificativa da demora do procedimento legal de adoção no País, tal ato consiste em registrar o filho de outra pessoa ou dar parto alheio como próprio, se esvaindo de todo trâmite legal.

Na adoção personalíssima, espécie não prevista no ordenamento brasileiro, o adotante é escolhido diretamente para aquele menor. Mas para uma adoção legal se faz necessário o cadastramento para que a mesma seja deferida, sendo dispensável apenas nas hipóteses previstas no §13 do art. 50 da Lei nº 12.010/09, a saber:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

I - se tratar de pedido de adoção unilateral; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

(BRASIL, 2009)

Partindo para meios devidamente legais, têm-se a adoção bilateral, onde é requisito indispensável que os interessados na adoção sejam casados ou mantenham união estável. Já a adoção unilateral ocorre quando se há adoção do filho do cônjuge em que se mantém relação familiar, formando então um novo vínculo (GONÇALVES, 2020).

A modalidade de adoção conjunta de pais divorciados é permitida, porém com o requisito de que o estágio de convivência tenha se iniciado quando ainda havia uma sociedade conjugal, se findando então em uma guarda compartilhada (GONÇALVES, 2020).

Caso ocorra de um adotante vir a óbito após já houver iniciado o processo de adoção, poderá ser constituída tendo efeito pós morte, e a mesma retroagirá a data do óbito e não do trânsito em julgado da decisão, dando assim todos os direitos sucessórios ao menor.

3.2 ADOÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

A adoção nacional não possui muitas peculiaridades, sendo caracterizada quando o menor residir em território brasileiro após a mesma, independente de o adotante ser estrangeiro ou não. Por outro lado, a estrangeira tem suas particularidades, tendo como principal característica o adotante, brasileiro ou estrangeiro, que reside em outro país e pretende levar consigo seu filho adotivo. Porém, de acordo com o artigo 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente, só poderá conceder tal ato caso o país em que se possui residência habitual faça parte da Convenção de Haia (MENDES, 2012).

Tendo ocorrido em 29 de maio de 1993, essa Convenção diz respeito a Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional onde foi promulgada pelo Decreto nº 3.087 de 21 junho de 1999. Seu principal objetivo foi pensado no interesse e integridade do menor, tendo como consequência a prevenção de crimes de sequestro, venda ou tráfico de crianças. Porém, essa espécie deve ser considerada como última opção, pois só será admitida perante comprovação de que foram esgotados todos os meios e possibilidades de integração a uma família brasileira no seu Estado de Origem. Exauridas todos esses pontos, passará a valer o âmbito internacional, mas a preferência ainda será por famílias brasileiras residentes no exterior (MENDES, 2012).

Diferentemente da adoção nacional, que o estágio de convivência é de até 90 (noventa) dias prorrogável por igual período, no âmbito internacional é de no mínimo 30 (trinta) e no máximo 45 (quarenta e cinco) dias, podendo também ser prorrogável por igual. Independente do país ser um Estado Contratante da Convenção, o mesmo deve ocorrer em território brasileiro, sendo de preferência na mesma comarca do menor.

4 DIFICULDADES ENCONTRADAS PELOS ADOTANTES E CONSEQUÊNCIAS SOFRIDAS PELOS ADOTANDOS

O autor Conrado Paulino da Rosa (2017, p. 291) cita em sua obra Curso De Direito De Família Contemporâneo que a adoção é:

[...] a inclusão de uma pessoa em família distinta da natural, de forma irrevogável, gerando vínculos de filiação, com mesmo direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-a de quaisquer laços com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais.

Diante desse conceito acima, podemos entender que esse sistema tem como fundamento a integração de um novo ente no âmbito familiar, ocorrendo de forma judicial e devendo cumprir todos os requisitos previstos em lei. Dessa forma, o adotando ganha um novo lar com uma nova família, diferente da sua natural, passando a ter os mesmos direitos de um filho de sangue. Após findados os tramites da adoção, todos os vínculos familiares biológicos são cortados, passando assim a pertencer apenas a nova família que adotou o menor.

O maior problema enfrentado por quem está em busca de um novo constituinte para seu lar é a tamanha burocracia que o sistema jurídico brasileiro nos traz, tendo uma grande demora no processo com a justificativa de que tudo é feito minuciosamente para proteger a integridade e interesses da criança.

Um fator muito martirizado pelo legislador é a questão da reintegração da criança ou adolescente em seu meio familiar natural, como está presente no parágrafo 1º do artigo 19 da Lei 12.010:

§ 1º. Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar.

(BRASIL, 2009)

São diferentes questões a serem analisadas, a primeira é que uma possível agilidade pode tirar a oportunidade de reaver laços com a família de origem, já que a adoção é irrevogável de acordo como §1º art. 39 do ECA, sendo essa a opção de prioridade do sistema, como citado acima. Levando também em consideração que as variadas fases no procedimento de habilitação ocorrem para que não haja dúvidas em relação a estabilidade e idoneidade da pessoa que está pretendendo realizar a adoção, pois o Estado está entregando um menor familiarmente desamparado para constituir um novo lar (GOMES, 2020).

Porém, essa insistência em que haja reabilitação familiar pode vir a atrapalhar o futuro do adotando, já que quanto mais se tornam mais velhos, suas chances de constituir um novo lar diminuem bruscamente devido à grande procura de crianças mais novas. O Juiz Sérgio Kreuz (2018 apud NUNES; GOMINHO, 2019, p. 01) faz os seguintes questionamentos sobre: a lei exige que o juiz esgote as possibilidades de reintegração na família natural ou extensiva. Mas por quanto tempo se deve tentar a reintegração? Para ele, é uma questão de difícil avaliação.

Dessa forma, deveria ser analisado cada caso concreto e reaver se a demora está sendo um possível atraso ou uma alternativa positiva, sendo a criança reintegrada familiarmente. Na teoria, têm-se um prazo máximo para a conclusão da ação de adoção, sendo por 120 (cento e vinte) dias, podendo ser prorrogável apenas uma vez de acordo com o §10 do artigo 47 do ECA. (TORRES, 2020)

Infelizmente sabe-se que no Brasil a prática se torna bem diferente do que se expressa a teoria, mas se deve ser levado em consideração que todo o trâmite antes do ingressamento da ação também se faz muito demorado. Sendo assim, são duas fases diferentes em que causam uma frustrante espera para ambas as partes. Nesse sentido, expõe o jurista Paulo Hoffman (2017 apud ROSA, 2017, p. 05):

Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por culpa ou dolo do juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário, devendo indenizar o jurisdicionado prejudicado – autor, réu, interveniente ou terceiro interessado -, independentemente de sair-se vencedor ou não na demanda, pelos prejuízos materiais e morais.

Essa situação traz muito descaso por parte do poder judiciário, já que os abrigos de adoção estão cada vez mais cheios de adolescentes sem esperança alguma de ter uma família, devido sua idade. A procura dos adotantes é em grande parte por bebês e crianças de pouca idade com no máximo 8 anos, podendo ser justificada pela fácil integração ao fato de que o mesmo ainda está moldando sua personalidade. Reforçando o que foi citado acima, afirma o juiz:

Os pais têm direito à defesa, produção de provas e recursos, que muitas vezes demoram anos para serem julgados. Enquanto isso, as crianças crescem nas unidades de acolhimento. Os processos judiciais, embora imprescindíveis, não podem se arrastar por anos, sem qualquer solução. A lei também estabelece que os recursos devem ser julgados no prazo máximo de 60 dias, o que muitas vezes não é observado (HOFFMAN, 2017 apud ROSA, 2017, p. 05).

São muitos os relatos de pessoas aptas a realizar a adoção que ficaram ou estão a anos na fila de espera, muitas vindo até a desistir, trazendo então graves prejuízos a vida dos menores. A Lei 12.010/09 foi introduzida no ordenamento jurídico para trazer mais agilidade para o procedimento de adoção, porém acaba não acontecendo de acordo com a mesma. Segundo o autor Leidejane Valadares Pinto (2016, p. 55):

Os três mais recorrentes são: a) Os postulantes antes mesmo de se dirigirem ao Poder Judiciário já possuem um perfil da criança ou adolescente previamente definido; b) Os postulantes optam em sua grande maioria pela adoção de crianças, do sexo feminino de no máximo 03 (três) anos de idade; c) Um outro fator, que foi identificado através de pesquisas realizadas em diversos setores (Promotorias, Defensorias, Poder Judiciário, orfanatos, Conselho Nacional da Justiça, e pelo Cadastro Nacional de Adoção), constataram que a demora na efetivação dos processos de adoção, se deve muitas vezes em razão dos prazos que não são cumpridos, ou quando o são, extrapolam o limite estabelecido pela legislação.

Esses fatores citados dificultam o andamento dos casos, onde deveria haver mais agilidade e imparcialidade, já que se trata do futuro de centenas de crianças sem nenhuma família constituída. Muitas delas, ao se tornarem adolescentes e perderem a esperança, procuram uma maneira de seguir em frente, não sendo na maioria das vezes a melhor forma. Fogem dos abrigos, entram para o mundo do crime e crescem sem ter tido a oportunidade de um futuro melhor.

4.1 A PERDA DA ESPERANÇA DE UM NOVO LAR: QUAIS MEDIDAS DEVEM SER TOMADAS

Como já foi mencionado, as famílias que visam adotar tem uma preferência por crianças com menos idade, sendo esse um dos fatores responsáveis pela lotação dos abrigos. A grande maioria em espera, são crianças e adolescentes acima de 8 (oito) anos, como já mencionado, bem diferente da realidade procurada pelos adotantes. A maior preferência é por bebês, pois entende-se que assim será mais fácil a inserção do mesmo na nova família (FERREIRA, 2018).

A adoção já é considerada tardia após os 3 (três) anos, e a cada ano que se passa, se é perdido a esperança. Nesse contexto:

A adoção é considerada tardia quando a criança a ser adotada tiver mais de dois anos. Tais crianças ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que, por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo Poder judiciário, ou, ainda foram “esquecidas” pelo estado desde muito pequenas em “orfanatos” que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos com já levantado anteriormente (VARGAS, 1998, p.30).

A demora no procedimento judiciário, assunto já abordado anteriormente, está inteiramente ligada a essa perda de esperança em achar um novo lar, pois isso acarreta

diretamente na vida do menor. A perda de afeto, acesso a uma boa educação, um bom convívio tanto familiar quanto social, uma saúde de qualidade, lazer o mínimo que for e alguns outros direitos que são considerados básicos, se tornam pouco perto de tudo que lhe é tirado devido a tanta burocracia (TORRES, 2020).

Entende-se que os dois maiores problemas em relação a este assunto são, em primeiro o procedimento judiciário e todo sua burocracia, e em segundo as exigências de um padrão quase perfeito das famílias ao realizarem seu cadastro. Dessa forma, as medidas a serem tomadas para que haja uma celeridade em todo esse processo seria a reorganização do judiciário, pois temos em realidade o não cumprimento de prazos expressos na lei. Assim, se terá um rápido andamento e como consequência diminuirá o número de adotantes e adotandos em espera.

Em segundo ponto, seria interessante uma maior incentivação do Estado, ente responsável pelos menores aptos a adoção, para que as famílias busquem mais crianças e adolescentes com uma idade maior do que é o comum. Campanhas de incentivação podem ajudar a mudar um pouco essa estatística atual, onde há um receio em adotar alguém que já tenha grandes traumas familiares e uma identidade construída acima de abandono.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com tudo que foi mencionado, pode-se concluir que a adoção é um meio de uma nova constituição familiar, onde os menores que foram abandonados pela sua família natural podem se reintegrar em uma nova possuindo os mesmos direitos e deveres de qualquer outro consanguíneo. Para essa reintegração existem regras e requisitos estabelecidos em lei, não sendo qualquer pessoa apta a se tornar adotante;

Porém esse procedimento não é tão pertinente e possui falhas que acarretam negativamente na esperança de ter um lar. As lacunas existentes no sistema adotivo brasileiro são advindas de todos os lados, pois temos a burocracia causada pelo judiciário juntamente com o descaso em relação aos prazos estabelecidos em lei, e de outro temos as grandes exigências e especificações de perfis dados pelos adotantes, sendo algo bem diferente da realidade dos aptos a adoção.

Diante disso, entende-se que devem haver outros meios para que a atual situação seja mudada, de forma que haja mais agilidade por parte do Judiciário e mais imparcialidade por parte das famílias interessadas em um novo constituinte. Com o devido apoio estatal, poderá haver mudanças significativas nessa realidade atual, onde se encontra inteiramente negativa.

As crianças e adolescentes, os quais são as principais vítimas, poderão ter uma esperança de um futuro melhor e diferente da realidade aos quais estão fadadas a enfrentarem. Convivência familiar adequada, educação e lazer são direitos básicos de uma criança, e de suma importância para o seu desenvolvimento humano.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 03 mai. 2022.

DIGIÁCOMO, Murillo. **Realidade brasileira sobre a adoção**. 2013. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/questao-do-prazo-na-adocao.aspx>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

FERREIRA, Verônica de Souza. **Aspectos da adoção internacional no sistema jurídico brasileiro**. 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10639/Aspectos-da-adocao-internacional-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

GOMES, Patrícia da Silva. **As consequências da adoção tardia sob uma ótica sócio jurídica**. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55638/as-consequencias-da-adoo-tardiasobumaticasciojuridica#:~:text=Sendo%20assim%2C%20cabe%20trazer%20a,filas%20de%20espera%20at%C3%A9%20encontrar>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz. **A burocracia nos processos de adoção no Brasil: uma abordagem à luz das regras do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. 2017. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/723816183/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adocao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca>>. Acesso em: 02 abr. 2022.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. vol. 6-17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Renato Souza. **A morosidade processual frente os direitos fundamentais e a ineficiência da Administração Pública**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22729/a-morosidade-processual-frente-os-direitos-fundamentais-e-a-ineficiencia-da-administracao-publica>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

NUNES, Brenda Neves de Oliveira; GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz. **A burocracia e a demora nos processos de adoção no Brasil: uma abordagem à luz das regras do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. 2019. Disponível em:

<<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/723816183/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adocao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-dacriancaedoadolescenteeca#:~:text=Nos%20dias%20atuais%2C%20no%20Brasil,expectativa%20de%20ganhar%20um%20lar>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

PINTO, Leidejane Valadares. **A lentidão e a morosidade do Poder Judiciário maranhense nos processos de adoção**. Monografia apresentada à Universidade Federal do Maranhão, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. 2ª Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

TORRES, Lorena Lucena. **O que é adoção e quais os tipos existentes**. 2020. Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/781429580/o-que-e-adocao-e-quais-os-tipos-existentis>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

VARGAS, Marлизete Maldonado. **Adoção Tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

DIREITOS HUMANOS E CONCEITOS AFINS A PARTIR DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS E CORRENTE JUSNATURALISTA

TAYANE DE QUEIROZ CACHOEIRA DALAZEN:

Advogada Mestranda pela PUC-SP. Pós-graduada pelo Instituto dos Magistrados do Distrito Federal. Com curso de capacitação em Legal English pela London School of English e Curso de Capacitação de Conciliadores e Mediadores pelo Instituto dos Advogados de São Paulo.

RESUMO: Diante das inúmeras definições atribuídas ao termo 'direitos humanos', realizamos estudo acerca do conceito, a partir da corrente jusnaturalista e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como corte metodológico aplicado à temática, pontuando suas principais características e distinções com outros institutos, em especial aos dos direitos fundamentais; a pesquisa justifica-se pela relevância e utilidade, mormente em tempos em que se urge afirmar a universalidade e indiscutibilidade desses direitos. A metodologia aplicada é a combinação de descritiva, genealógica e dedutiva, por meio de revisão bibliográfica e conclui-se que, não obstante a ausência de uma definição unânime, a efetivação e proteção desses direitos é o fim que deve ser perseguido.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Direitos fundamentais; Dignidade da pessoa humana; Justiça.

ABSTRACT: Given the numerous definitions attributed to the term 'human rights', a study about the genesis of this concept, punctuating its main characteristics and distinctions with other institutes, especially those of fundamental rights, is of relevance and usefulness, especially in times when it is urgent to affirm the universality and indisputability of these rights. This research, through a bibliographic review of works published by exponents in the theme, concluded that, despite the absence of a definition, the effectiveness and protection of these rights is the end that must be pursued. (alterar)

KEYWORDS: Human rights; Fundamental rights; Dignity of the human person; Justice.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITOS HUMANOS: JUSTIFICATIVA E SURGIMENTO. 3. DIREITOS HUMANOS E CONCEITOS AFINS. 3.1. DIREITOS HUMANOS: A BUSCA POR UMA DEFINIÇÃO CONCEITUAL. 3.2. DIREITOS HUMANOS X DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.4. OUTRAS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS. 4. DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. 5. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica que, utilizando-se do método dedutivo, procura uma definição conceitual para o termo direitos humanos. Para tanto, preliminarmente, será feito um breve relato de sua justificativa e surgimento, e posterior diferenciação com outros termos que lhe são afins, tais como direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade e direitos públicos subjetivos. Concluiu-se que, apesar da inexistência de unicidade no conceito de direitos humanos, a união de esforços deve se concentrar na busca pela efetivação e proteção desses direitos, os quais, em nível global, poderiam ser equiparados a uma busca pela justiça.

O estudo divide-se em introdução, em que se define os cortes metodológicos à pesquisa, com exposição de método utilizado e questões de norte; capítulo primeiro, com o enfrentamento das questões acerca do surgimento do conceito, analisado a partir das correntes jusnaturalistas e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; capítulo segundo, em que se faz a distinção com termos como direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade e direitos subjetivos públicos; capítulo terceiro, contendo um paralelo entre o conceito de direitos humanos e a concretização de uma justiça internacional e global; seguido das conclusões, em que se elenca os principais resultados da pesquisa levada a cabo: inexistindo um fundamento último para os direitos humanos, a preocupação da sociedade de voltar-se às suas garantias, com uma política de educação para esses direitos, visando à sua concretização e observância global.

2.DIREITOS HUMANOS: JUSTIFICATIVA E SURGIMENTO.

A formulação teórica dos Direitos Humanos, como se sabe, é tarefa vasta e complexa que exige do intérprete a sistematização de seus principais aspectos a partir de uma cosmovisão (*Weltanschauung*) de perspectivas variadas, incluídas as de ordem filosófica, constitucional e internacional, motivo pelo qual, aplica-se e justifica-se o corte proposto: o conceito analisado será a partir das correntes jusnaturalistas e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Originariamente, a existência dos Direitos Humanos, tais como hodiernamente conceituamos, ou seja, revestidos já das características de universalidade, pode ser localizada nas correntes do jusnaturalismo, corrente do pensamento filosófico que considerava os homens dotados de direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos irrevogáveis e com validade universal que lhes pertenciam, pura e simplesmente, pelo fato de serem humanos, recordando, entretanto o pensamento deriva de correntes anteriores (direito natural) e formativas da estrutura, situadas, majoritariamente, em discussões filo-teológicas de matiz majoritariamente católica, inseridas em *querelas* originárias (sobre a possibilidade da escravidão e conceito de pessoa), em que se destacam os pensamentos de Bartolomé de las Casas; Francisco de Vitória e no Brasil, Manoel da Nóbrega. Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho:

A questão é posta por Pe. MANOEL DA NÓBREGA em carta de fins de julho de 1552, escrita na Baía de São Salvador, dirigida ao Pe. SIMÃO RODRIGUES, em Lisboa, e ali discutida (cf. "Cartas dos primeiros Jesuítas do Brasil", cit., vol. I, pp. 367 – 375), bem como, mais amplamente, em sua obra de 1556 – 1557, "Diálogo sobre a Conversão do Gentio", considerado o primeiro documento verdadeiramente literário produzido no Brasil, em Salvador, e que na verdade pode ser considerado o nosso atestado de nascimento também filosófico, assim como LEOPOLDO ZEA atribui este início, na América ibérica, à posição assumida por Fr. BARTOLOMEU DE LAS CASAS em 1516 - respaldado no então professor em Paris FRANCISCO DE VITÓRIA, sobretudo suas "*Relectio de Indis*", bem como em nas "*Relectio de Dominio*" de DOMINGODE SOTO -, no debate com o também dominicano JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA, que legitimara tanto a escravização dos indígenas, pretensamente seguindo a lição aristotélica de que seriam escravos por natureza, como os massacres durante a conquista espanhola no Concílio de Trento e na conferência convocada por Carlos V em Valladolid no ano de 1550. DE LAS CASAS, perante o Cardeal CISNEROS, em seu primeiro "Memorial de Denúncias", debruçando-se sobre a mesma questão, torna-a, nos dizeres de LEOPOLDO ZEA (em *Id.*, "A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente", *in*: "Discurso sobre a Marginalização e a Barbárie; seguido de, A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente", trad. Fco. A. C. Quintana *et al.*, Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 358), "uma polêmica sobre a essência do humano", dando-lhe inflexão nova, que pode ser retomada com proveito na discussão desta que é uma questão cada vez mais em aberto ou, definitivamente, reaberta. Uma feição definitiva, que tornara indissociável os direitos dos sujeitos humanos e estes entendidos como compostos de um corpo e uma alma, esta imortal, como com o espírito se pode perceber. (GUERRA FILHO, 2022, página 30)

Apontado o traçado histórico brasileiro de matiz filo-teológica do qual decorre os conceitos de pessoa e direitos humanos, decorrentes também de correntes de direito natural, adotados já no Jusnaturalismo, o foco é o tratamento que a corrente imprime a concepção de "direitos naturais", não o escorço histórico anterior ou primeira momento em que surge a expressão nos moldes conceituais hodiernos que pode ser localizado em Bartolomé de Las Casas e nesse sentido anterior e formativo do Jusnaturalismo.

Em 1775, o influente escritor do iluminismo francês Denis Diderot escreveu acerca do *droit naturel*, consignando que o uso desse termo seria tão familiar que praticamente ninguém deixaria de se convencer, no interior de si mesmo, de que a noção é obviamente conhecida. Arremata ainda que esse sentimento interior seria comum tanto para o filósofo quanto para o homem que, absolutamente, não tivesse refletido acerca do tema.²

Em meados do século XVIII, Rousseau já afirmava existirem direitos indisponíveis, tais como a vida e a liberdade. De tais direitos o homem não poderia dispor, sob pena de aniquilar sua própria existência. Seriam, então, direitos irrenunciáveis, segundo a natureza e a razão. ³

Para Ives Gandra Martins, os valores emergentes do processo histórico não decorrem de uma elaboração evolutiva do ser humano, mas de singela descoberta daquilo que lhe é próprio, ou seja, de direitos que lhe são inerentes, independentes da história e do Estado, pelo simples fato de existir. Tais direitos são inatos ao ser humano, devendo o Estado e o processo histórico pô-los às luzes. Assim conclui: “Entendo que o direito natural, numa visão escolástica, é o verdadeiro cerne do direito, dele derivando todas as regras permanentes dos valores inseridas nas normas positivas”⁴

Por sua vez, Jean-François Collange aborda o traço de união indissociável entre Direitos Humanos e Cristianismo, uma vez que reconhecer-se como filho de um mesmo Pai conduziria a fraternidade autêntica, servindo esse como base para formação dos Direitos Humanos.⁵

Nessa perspectiva, a corrente jusnaturalista, aqui tendo como enfoque o pensamento de Aquino, sobre direitos naturais, sustenta que há normas anteriores e superiores ao direito estatal posto, devendo a *lex humana* obedecer a *lex naturalis*, fruto da razão divina e perceptível aos homens. Diga-se que há uma clara mudança temática entretanto na abordagem jusnaturalista e concepções grego-romanas sobre a temática, pois o foco passa de estratificação cosmológica, Platão, Aristóteles e Justiniano para focar na razão humana e o que cada Autor considera, a partir da racionalidade, como bem humano fundamental: Grócio, Rousseau

Por outro lado, Miguel Reale reconhece que há normas que atuam de maneira transcendental da experiência jurídico-positiva, pois o homem, por meio do processo

2 DIDEROT, Denis. *Droit naturel*. Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société des gens de lettres, vol.5. Paris: 1755. p. 115-116. (arrumar a citação, falta itens)

3 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

4 GANDRA, Ives, *A tridimensionalidade realiana*, in *Revista do Advogado*, nº 61, p. 51-52, 2000.

5 COLLANGE, Jean-François. *Théologie des droits de l'homme*. Paris: Les Editions du Cerf, 1989, p. 254.

dialógico da história, vai tomando consciência de determinados valores fundamentais, como por exemplo, o da inviolabilidade da pessoa humana, os quais, uma vez trazidos à luz da consciência histórica, são considerados intangíveis.

A historiadora norte americana Lynn Hunt sustenta que os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político, isso porque não seriam os direitos do homem num estado de natureza, mas os direitos de humanos em sociedade.⁶ Não pretende, entretanto, afirmar que antes da Modernidade as ideias acerca da dignidade, liberdade e igualdade não estivessem presentes, mas entende que essas não eram formuladas como direitos reivindicáveis por todos os seres humanos.

Nessa perspectiva, a igualdade, universalidade e o caráter natural dos direitos humanos teriam ganhado uma expressão política pela primeira vez na Declaração de Independência americana de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1776, a qual proclamava que “Os homens nascem e permanecem livres em iguais direitos”, sendo tais direitos denominados pelos franceses de *les droits de l’homme*, ou “os direitos do homem”.

O que se percebe, a partir do marco da Revolução Francesa (1789), é a transformação dos direitos pensados em direitos efetivados, de modo que boa parte do ideário e do projeto dos filósofos modernos se tornasse cartilha de cidadania a partir da eclosão do movimento popular francês, introduzida, igualmente a idéia de universalidade, ainda que se considerem as críticas de Burke e Marx à temática.

Tal transformação também representou uma conquista dos próprios pensadores jusnaturalistas, como afirma Luhmann, na medida em que não se pode conceber o direito natural sem que este direito seja socialmente garantido em sua vigência, sobretudo em face dos abusos do Estado e dos privilégios das classes dominantes.⁷

O doutrinador espanhol Peces-Barba aponta, nessa época, três formas iniciais de direitos humanos: as liberdades individuais, os direitos políticos e as garantias processuais, que correspondem à discussão histórica da tolerância, dos limites do poder e da humanização do direito.⁸

6 HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos: uma história. (Rousseau 2017)São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 25.

7LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.230.

8 PECES-BARBA, Gregorio. Derecho y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,

1993, p. 327.

Atualmente, pode-se afirmar que predomina a concepção voltada para a historicidade dos Direitos Humanos, em manifesto contraponto às teorias do direito natural, haja vista o entendimento de que os direitos humanos não seriam apenas produto de uma “inspiração ideal”, senão também o resultado das lutas do povo pelo exercício real dos direitos idealmente concebidos, cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época e das suas contradições, como ensina Norberto Bobbio. 9

Bobbio é, precisamente, um dos autores que nega a existência de direitos imutáveis e absolutos, em contraponto ao defendido pelo Jusnaturalismo. Para o mestre italiano, não é possível dissociar os direitos da sua historicidade. Vejamos:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente [...] Não é difícil de prever que, no futuro, poderão surgir novas pretensões que no momento sequer podemos imaginar... O que demonstra que não existem direitos por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 1992, p. 74.)

Nessa perspectiva histórica, sustenta que os Direitos Humanos se apresentam a partir de três momentos distintos do fenômeno jurídico: o da conscientização da existência de direitos naturais, evidentes à razão; o da positivação desses direitos no ordenamento constitucional; e, finalmente, o da efetivação dos direitos, eis que reconhecidos e concretizados no plano social de forma dinâmica e não compartimentada; diga-se que não obstante críticas a correntes de direito natural, podemos observar claramente a presença da marca jusnaturalista concreta.

No tópico, oportuno ressaltar que a evolução dos direitos humanos tampouco se deu por meio linear no curso histórico, mas mediante processo cumulativo e qualitativo, encontrando-se, ainda, em permanente processo de construção.¹⁰ Ademais, não é preciso muita imaginação, afirma Bobbio¹¹, para prever que o desenvolvimento da técnica e a transformação das condições sociais, econômicas e políticas deflagrarão novas necessidades e, assim, novas demandas de liberdades e poderes.

Com efeito, a concepção contemporânea de Direitos Humanos, conta com marco normativo, introduzido com o advento da Declaração Universal de 1948, fruto do

9 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 74.

10 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. (Bonavides, Curso de Direito Constitucional 2000) São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517

11 Op. cit., p. 47

movimento de internacionalização dos direitos humanos, extremamente recente na história, surgindo a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético-normativo a orientar a ordem internacional contemporânea. Portanto, se a Segunda Guerra significou, em muitos sentidos, ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra significaria a sua reconstrução.

Consecutivamente, a presença substancial de direitos fundamentais tornou-se característico em grande parte das Constituições contemporâneas, a exemplo da atual Constituição Brasileira, sejam eles direitos individuais, coletivos ou sociais, os quais passaram a ser vislumbrados também como vetores principiológicos à atuação tanto da esfera pública quanto privada.

Em destaque na concepção contemporânea de direitos humanos temos a universalidade, a qual clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Ainda, tem-se a indivisibilidade, pois que a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, de sorte que quando um deles é violado, os demais também o são. 12 Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, como entendimento pacificado pela Conferência de Viena de 1993.

Com efeito. Observa-se que o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção, integrado por tratados internacionais que refletem, sobretudo, a consciência ética-normativa contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos.

Como leciona Norberto Bobbio: "Os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais." 13

3. DIREITOS HUMANOS E CONCEITOS AFINS a partir...

3.1. Direitos Humanos hodiernos: a busca por uma definição conceitual.

12 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. Revista do Advogado, São Paulo, n.70, p. 34, julho/2003.

13 BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 30.

Para fins de conceituação dos Direitos Humanos, considerando a sua pluralidade de significados, destaca-se nesse estudo a concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida com a Declaração Universal de 1948, segundo a qual referido direitos seriam inerentes à condição humana e anteriores ao reconhecimento do direito positivo, marca teórica adotada pela corrente jusnaturalista. Para João Baptista Herkenhoff, "São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir."¹⁴

Conforme pontua o doutrinador e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Claudio Brandão

Tais exigências não dependem do espaço físico ou do tempo, pois se tendem universais e se traduzem em predicados presentes em todos os seres com patrimônio genético compatível com o humano, independentemente de condição social, traços raciais, religiosos, culturais ou de qualquer outra ordem. (arrumar citação)

De acordo com Enoque Ribeiro Santos, o conceito da expressão "direitos humanos" relaciona-se aos valores ou direitos inatos e imanentes à pessoa humana, pelo simples fato de ter ela nascido com esta qualificação jurídica. São direitos que pertencem à essência ou à natureza intrínseca da pessoa humana, não acidentais ou suscetíveis de aparecerem e de desaparecerem em determinadas circunstâncias. São, ainda, direitos eternos, inalienáveis e imprescritíveis que se agregam à natureza da pessoa humana pelo simples fato de ela existir no mundo do direito.¹⁵

Por sua vez, Fernando Gonzaga Jayme entende que:

"Direitos humanos fundamentais são uma via, um método a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à realização da dignidade humana, fim de todos os governos e povos. Por meio dos direitos humanos, assegura-se o respeito à pessoa humana, e, por conseguinte, sua existência digna, capaz de propiciar-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e de seus potenciais, para que possa alcançar o sentido da sua própria existência." (JAYME, 2005, p. 9)

É possível, ainda, a construção de uma definição dos direitos humanos com base nas características apresentadas por Alexy. Segundo o autor, eles abrangem interesses e

14 HERKENHOFF, João Baptista. Curso de direitos humanos. Editora Acadêmica, 1994.

15 SANTOS, Enoque Ribeiro. Direitos humanos e meio ambiente do trabalho. São Paulo: Repertório da Jurisprudência da IOB, 2005.

carências essenciais aos seres humanos (são direitos fundamentais), ocupam uma posição de prioridade no sistema jurídico (são direitos preferenciais), sua validade independe da posituação pela norma jurídica (são direitos morais), sua aplicação depende de algum tipo de limitação no caso concreto (são direitos abstratos) e têm por titulares todo e qualquer ser humano (universalidade).¹⁶

Interessante pontuar, ainda, a qualidade de circularidade que a historiadora Lynn Hunt dá ao processo de definição dos direitos humanos: conhecemos o seu significado porque nos afligimos quando são violados. Denomina-os, ainda, de direitos autoevidentes.
17

Para Norberto Bobbio, “os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos” (arrumar citação).

Ademais, o doutrinador italiano pondera acerca da possibilidade ou não de um fundamento absoluto para os direitos humanos, bem como se um fundamento absoluto, além de possível, é desejável (ou útil), entendendo-se como tal um fundamento que assegure satisfatoriamente a efetivação dos direitos humanos. 18

3.2. Direitos Humanos x Direitos Fundamentais.

Conforme se esclarecerá a seguir, não obstante os termos referirem-se a institutos diferentes, direitos fundamentais são frequentemente utilizados como sinônimos de direitos humanos pela doutrina não especializada, causando confusão de qual seria o seu verdadeiro significado e suas formas de proteção.

Os direitos humanos, consoante exposto, referem-se as normas (no sentido lato) que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente.

Desse modo, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos incorporados, positivados, em regra, na ordem constitucional de um Estado, havendo uma interação

16 Alexy, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999, p. 58

17 HUNT, Lynn. A invenção dos direitos (Alexy, 1999) humanos: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 216

18 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9. ed. São Paulo: Campos, 2014, p. 25.

direta com o seio social em que se inserem e constituindo uma ordem objetiva de valores, frente ao caráter aberto dos direitos fundamentais, marcadamente principiológicos. 19

Ingo Wolfgang Sarlet, relativamente ao tema, esclarece:

“Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação clássica para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” (SARLET, 2006, p. 36)

Pontua-se, entretanto que Sarlet limita a expressão direitos humanos aos documentos de direito internacional. Ressalte-se a vigência de tais direitos independe de sua previsão em declarações e convenções internacionais, como bem esclarece Fábio Konder Comparato, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.²⁰

Segundo Silvio Beltramelli:

“Em sendo a finalidade dos direitos humanos a salvaguarda jurídica do valor maior da dignidade da pessoa humana e dos demais valores que condicionam a sua preservação (liberdade, igualdade etc.), sua enunciação normativa dá-se, prioritariamente, na forma de princípios que são consagrados pelas constituições democráticas contemporâneas sob a alcunha de direitos fundamentais.” (BELTRAMELLI NETO, 2014, p. 42)

Samuel Sales Fonteles conceitua os Direitos Fundamentais como sendo:

19 LEAL, (Leal 2007) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1.

20 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

“Direitos relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado, salvaguardando o indivíduo ou a coletividade”. Por implicarem, portanto, “deveres jurídicos ao Estado, os direitos fundamentais são classificados como elementos limitativos das Constituições” (COMPARATO, 2003, p. 224)

Com efeito, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são - assim como os direitos humanos - históricos, nascem e se aprimoram de forma gradual, como conquistas das lutas por novas liberdades, de modo que, mesmo antes de entrar em vigor a atual Constituição, já enfatizava a melhor doutrina que “o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa”.²¹

Dessa forma, os direitos fundamentais estariam consagrados objetivamente em “princípios constitucionais especiais”, que seriam a “densificação”, conforme Canotilho, ou “concretização” (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele “princípio fundamental geral”, de respeito à dignidade humana.²²

A respeito do tema, e indo ao encontro do entendimento dos demais doutrinadores, assinala Marcelo Freire Sampaio Costa que a distinção mais relevante entre as opções de nomenclatura de “direitos humanos” e “direitos fundamentais” cinge-se à questão da “concreção positiva”. Os direitos fundamentais possuem sentido preciso, restrito, despido da ideia de atemporalidade e vigência para todos os povos, pois estão juridicamente institucionalizados na esfera do direito positivo de um determinado Estado.²³

Vê-se, portanto, que a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não é conceitual, pois ambos possuem a mesma essência e finalidade, que é a de assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Assim, temos que a formulação lógica dos direitos fundamentais está diretamente relacionada à concepção de Direitos Humanos, concretizando-os no ordenamento nacional por meio das constituições. Logo, são direitos reconhecidos e objetivamente regulamentados e vigentes a partir de uma ordem jurídica particularizada de cada Estado soberano.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, destacando-se como o documento mais abrangente de direitos humanos adotado em nosso país,

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.131.

²² Ibid., p. 80.

²³ COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 32.

refletindo o consenso democrático após a ruptura com o regime militar instaurado em 1964.

3.3. Dignidade da Pessoa Humana a partir da Declaração

A Declaração Universal de 1948 acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é, portanto, requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, uma vez que todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério senão o de ser humano.

Desse modo, os direitos humanos direcionam-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, em que a primazia é da pessoa humana, o ser humano é concebido como um fim em si mesmo e jamais como um meio, como já explicitava Kant.

Acerca do tema, Miguel Reale assim se posiciona:

“A dignidade humana é o valor que funda a ordem jurídica. A partir da consciência de sua existência, outros valores são estipulados pelo ser humano (...) Deste modo, mesmo admitindo que tais valores possam se modificar no transcorrer dos tempos, é verdade que sempre decorrerão dessa autoconsciência relativa à dignidade do ser humano”. (REALE, 2017, p. 211)

Para Paulo Bonavides, "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana"²⁴

Assim sendo, à luz do Direito Constitucional Ocidental, a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo como seu valor fundante. Como bem pontua Flavia Piovensan, a dignidade humana simboliza um verdadeiro super princípio constitucional, como a norma maior a orientar o direito internacional, assim como interno.²⁵

Tal efeito decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, constituindo sua eficácia irradiante. Para Daniel Sarmento, significa dizer que "os valores que dão lastro aos

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. Revista do Advogado, São Paulo, n.70, p. 40, julho/2003.

direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, à administração e o Judiciário".²⁶

A dignidade da pessoa humana seria, portanto, o fundamento dos direitos humanos que, por sua vez, fundamentariam toda a ordem jurídica positiva, vinculando até mesmo o poder constituinte.

Nesse sentido, assinala Silvio Beltramelli, procurador do MPT, que qualquer definição do que sejam os direitos humanos não pode deixar de partir da noção de dignidade da pessoa humana, seja sob o prisma teleológico, por possuir um objetivo a ser atingido; seja sob o prisma hermenêutico, por ensejar a utilização de um critério de interpretação e de aplicação conforme todas as normas incidentes; seja ainda sob o que consiste no domínio dos valores que direcionam as normas enunciadas e a sua aplicação.²⁷

Como ainda observa o autor em tela, a dignidade da pessoa humana é o norte da positivação dos direitos humanos, tanto em tratados internacionais, quanto em constituições nacionais, consistindo, assim, no fim maior do Direito.

3.4. Outras distinções necessárias.

Acerca do tema, Willis Guerra Filho²⁸ ressalta a necessária distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, uma vez que os últimos se manifestariam, exclusivamente, em uma dimensão privatista, na qual há a incidência dos direitos fundamentais apenas de forma indireta e reflexa.

Por sua vez, na dimensão publicista, distingue-se direitos fundamentais dos "direitos subjetivos públicos", visto que nem todos os direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, portanto, direitos subjetivos públicos, detém a estatura constitucional de um direito fundamental. E mais, lhes faltaria, ainda, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo aquela em que se mostram como princípios norteadores da organização e atuação do Estado que os consagra.

4. DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL.

Após uma reflexão acerca do tema, pode-se entender os direitos humanos como a concretização de uma justiça internacional e global?

²⁶ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 155.

²⁷ BELTRAMELLI NETO, Silvio. Direitos humanos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 29.

²⁸ GUERRA, Paola Cantarini; GUERRA FILHO, Willis S.. Os direitos fundamentais não são direitos humanos positivados (e é bom para ambos que assim seja). Bauru: RIDH, v. 7, n. 2, jul./dez., 2019. p. 195-214

Para responder a tal questionamento, primeiramente, impende-se buscar o conceito de Justiça, não obstante a sua definição permaneça tema de acalorada disputa na Filosofia, na Ética e na Jurisprudência.

Para Miguel Reale, "objetivamente, a Justiça se reduz à realização do bem comum, ou, mais precisamente: é o bem comum "in fieri", como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade".²⁹

Por sua vez, a doutrina platônica das idéias identificava a Justiça com a idéia do Bem absoluto. Já para Kelsen, a pergunta sobre o que é a Justiça coincide com a pergunta sobre o que é o Bem.

Aristóteles percebeu que o princípio da Justiça é a igualdade, acrescentando que não se trata de estabelecer mera igualdade formal, mas antes uma correspondência de valores, pautada na equidade, arrematando que "se, com efeito, as pessoas não são iguais, elas não terão partes iguais".³⁰

Nesta oportunidade, busca-se fazer uma analogia com a essência dos Direitos Humanos. A título do exemplo, no campo dos Direitos Humanos, seria razoável a utilização do fundamento da igualdade, e assim equiparar direitos iguais a mulheres brasileiras com mulher afegãs, diante de culturas tão distintas? Ou seria mais oportuno a utilização da equidade?

Han Kelsen sustenta que as noções abstratas de Justiça como igualdade, proporcionalidade, harmonia, virtude, bontade, elaborados pelas escolas filosóficas ao longo da História, conquanto admiráveis e úteis conquistas do pensamento reflexivo da Humanidade, por sua generalidade e pelo enfoque apenas formal não exprimem a questão atinente à matéria, objeto ou conteúdo da Justiça, de sorte que não elucidariam o que é, em essência, a Justiça.

Arremata Kelsen, insistindo em que há apenas uma justiça relativa para cada indivíduo:

"Verdadeiramente, não sei nem posso afirmar o que é a Justiça, a Justiça absoluta que a humanidade anseia alcançar. Só posso estar de acordo em que existe uma Justiça relativa e posso afirmar o que é a Justiça para mim. Minha Justiça, em definitivo, é a da liberdade, a

²⁹ REALE, Miguel. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017, p. 276

³⁰ ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco. Coleção a Obra Prima de Cada Autor. Tradução de Luciano Ferreira de Souza. Martin Claret: São Paulo, 2015. Pg. 129

da paz; a Justiça da democracia, a da tolerância".³¹ (KELSEN, 1982, p. 38)

Não obstante, essa concepção de Kelsen em favor do caráter subjetivo da estimativa jurídica e, pois, da Justiça, longe está de ser pacífica e isenta de crítica, malgrado a autoridade de seu autor.

Como se sabe, a definição de justiça sempre foi um dos questionamentos centrais do Direito, porém ainda não resolvido e segue sem perspectiva de solução. Ocorre que, muito embora não se conceituar o que de fato seja a justiça, é certo que os homens fazem, sofrem e sentem injustiças e, por isso, a justiça deve ser objeto de nossas preocupações. Do mesmo modo, conclui-se que referida premissa aplica-se aos direitos humanos, uma vez que a falta de um conceito unívoco não pode impedir a sua concretização e fruição.

5. CONCLUSÃO.

Consoante o exposto, embora existam muitos fundamentos possíveis para os direitos humanos, ainda não se logrou demonstrar, de forma efetiva e incontroversa, a existência de um fundamento último. Por isso, derradeiramente, cabe citar os ensinamentos de Norberto Bobbio, o qual preceitua que: o problema do fundamento dos direitos humanos é ineludível, de sorte que temos de nos preocupar com suas garantias, a fim de se impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.³²

Para tanto, e no intuito de estabelecer no seio social a cultura de respeito aos direitos humanos, se faz indispensável o incentivo à educação voltada a esses direitos. Conforme célebre lição de Mandela:

“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender; e, se elas podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar, pois o amor chega mais naturalmente ao coração humano do que o seu oposto.”

³¹ KELSEN, Hans. *Que es Justicia?* Barcelona: Ed. Ariel, 1982, p. 38.

Isso posto, o cerne da educação para os direitos humanos estará na aspiração de proteger a dignidade humana de todas as pessoas, bem como na criação de uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a sua violação. 33

Como impõe a Declaração Universal dos Direitos do Homem, já em seu preâmbulo, é compulsório que "cada indivíduo e cada órgão da sociedade se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades", de modo a existir a vital harmonia entre todos os atores sociais e respeito aos direitos do homem.

6. BIBLIOGRAFIA

Alexy, Rober. "Direitos fundamentais no estado constitucional." *Revista de Direito Administrativo*, jul/set 1999: 58.

Bobbio, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

— . *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Collange, Jean François. *Théologie des droits de l'homme*. Paris: Les Editions du Cerf, 1989.

Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Costa, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

Diderot, Deni. *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société des gens de lettres*, v. 5. Paris, 1755.

Fontelles, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais para concursos*. Salvador: Juspodivm, 2014.

Gandra, Ives. "A tridimensionalidade realiana." *Revista do Advogado*, 2000: 51-52.

Herkenhoff, João Baptista. *Curso de direitos humanos*. Teresina: Acadêmica, 1994.

— . *Gênese dos Direitos Humanos*. Aparecida, SP: Editora Santuário, 2002.

Hunt, Lynn. *A invenção dos direitos humanos; uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

33 GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2009, p. 221.

Jayme, Fernando Gonzaga. Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos . Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Kelsen, Hans. Que es Justicia? Barcelona: Ariel, 1982.

Leal, Mônica Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição na Ordem Democrática. Uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen, 2007.

Lopes, Ana Maria D'Avila. "A era dos direitos de Bobbio. Entre a historicidade e atemporalidade." Revista de Informação Legislativa., 2011: 7 - 19.

Neto, Silvio Beltramelli. Direitos humanos. Salvador: Juspodivm, 2014.

Piovesan, Flávia. "Direitos humanos e o princípio da dignidade humana." Revista do Advogado, 2003: 34 - 42.

Reale, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

Rousseau, Jean-Jacques. A origem da desigualdade entre os homens. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Sarlet, Ingo Wolfgang, José Antonio Montilla Martos, e Regina Linden Ruaro. Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal. Livraria do Advogado, 2016. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ADOÇÃO NO BRASIL E O VÍNCULO AFETIVO: UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO E DAS DIFICULDADES

THUANNY RODRIGUES BANDEIRA:
Graduanda em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).³⁴

SILOAH JESSENI GOMES ALVES³⁵

(orientadora)

RESUMO: O trabalho tem como objetivo geral elencar os problemas enfrentados no processo de adoção no Brasil. Sabe-se que o processo de adoção exige cuidados e merece atenção por parte das autoridades no intuito de que tudo ocorra conforme observado em lei. No entanto, o excesso de burocracia e trâmites a serem cumpridos podem interferir ou prejudicar um processo de adoção a ponto de haver desistência pela parte interessada. É evidente que a adoção é importante para a sociedade brasileira, pois faz com que famílias sintam-se plenamente felizes a partir de um ente querido que passa a ser inserido, pois o ato de adotar uma criança ou adolescente é também ato de afeto e amor ao próximo. No que diz respeito à metodologia, trata-se de uma revisão bibliográfica por meio de livros e artigos de autores e especialistas na temática abordada, bem como a legislação brasileira vigente. Após a pesquisa, percebe-se que ainda são muitos os entraves que impedem uma rápida adoção, mais especificamente a burocracia existente no processo. No entanto, acredita-se a partir dos avanços da leis e alterações que surgiram, mas crianças possam ter um novo lar e mais pessoas realizem o sonho de construir uma família.

Palavras-chave: Adoção. Vínculo afetivo. Burocratização.

ABSTRACT: The work has as general objective to list the problems faced in the adoption process in Brazil. It is known that the adoption process requires care and deserves attention from the authorities in order to ensure that everything takes place in accordance with the law. However, the excess of bureaucracy and procedures to be carried out can interfere or harm an adoption process to the point of withdrawal by the interested party. It is evident that adoption is important for Brazilian society, as it makes families feel fully happy from a loved one who is inserted, because the act of adopting a child or adolescent is also an act of affection and love. To the next. Regarding the methodology, it is a bibliographic review

34 Graduanda em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA). E-mail: thuannybandeira@gmail.com

35 Advogada; Coordenadora no Núcleo de Prática Jurídica; Professora Universitária na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

through books and articles by renowned authors and specialists in the subject addressed, as well as the current Brazilian legislation. After the research, it is clear that there are still many obstacles that prevent rapid adoption, more specifically the existing bureaucracy in the process. However, it is believed from the advances in laws and amendments that have emerged, but children can have a new home and more people will realize the dream of building a family.

Keywords: Adoption. Affective bond. Bureaucracy.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa as principais mudanças ocorridas no processo de adoção após as alterações da Lei n.º 12.010/2009, com o intuito de identificar os aspectos que procuram sanar a burocracia no processo de adoção, por se tratar de questões referentes à Lei de Adoção, assim, mudanças atuando de forma a contribuir com o processo em questão.

Tendo por base os dispositivos legais da Lei n.º 12.010/09, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA - Lei n.º 8.060/90 e a Lei n.º 13. 509/2017, objetiva elencar os fatores que contribuem para que o processo de adoção ocorra de forma célere e eficaz, trazendo a margem condutas que dificultam a construção de famílias na aplicação dessas leis.

A adoção visa enfatizar o ato de amor, zelo e carinho definidos pela relação familiar. Dessa forma, dispor-se a educar com os devidos cuidados uma criança que outrora não teve quem o fizesse, é um ato de coragem. Além disso, enfrentar embates como o acúmulo processual no judiciário, tornando ainda mais complicado e angustiante.

Por outro lado, não se pode negar que se tratando de vidas, sobretudo, crianças, há necessidade de investigação a respeito de quem o receberá e de que maneira o fará, desse modo, mantendo o melhor interesse para a criança, o que é princípio constitucional.

Ademais, o acolhimento por parte da família no processo traz a formação de vínculos afetivos, trazendo segurança à criança em questão, fortalecendo a importância do lar, bem como da família adotiva. Vale salientar que em meio a um processo de tamanha nobreza, há relatos de dificuldades encontradas pelos pais, assim como vícios no judiciário.

A abordagem das principais mudanças ocorridas no processo de adoção posterior a Lei n.º 12.010/09, e como foi regulamentada a adoção no Brasil, elencando os pontos positivos em referência ao bem-estar das crianças bem como alguns problemas trazidos anteriormente e outros enfrentados por hora.

O trabalho apresenta a seguinte problemática: Quais as dificuldades no processo de adoção no Brasil, mediante análise da Lei n.º 12.010/09? Diante desse questionamento,

percebe-se que a burocratização do processo de adoção no Brasil, tem dificultado a construção das novas famílias.

Sendo assim, considera-se relevante este trabalho que tem como objetivo geral elencar os problemas enfrentados no processo de adoção no Brasil. A partir disso, destaca-se os seguintes objetivos específicos: compreender o processo de adoção conforme a legislação brasileira; definir adoção, bem como a prática de preparação de crianças; identificar os principais entraves no processo de adoção.

Em relação à metodologia, destaca-se a pesquisa bibliográfica por meio de livros e artigos de autores e especialistas na temática abordada. A principal fonte de pesquisa foi a bibliográfica, por se tratar de um assunto sistematizado desenvolvido com base em material publicado já publicado, isto é, livros, artigos, revistas, jornais e redes eletrônicas.

2 COMPREENDENDO O PROCESSO DE ADOÇÃO

Com a promulgação da Constituição Cidadã (1988) e posteriormente com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), a adoção passa a ser considerada uma medida de proteção à criança e ao adolescente. Sendo seu principal objetivo proporcionar à criança ou adolescente um ambiente familiar com condições para seu desenvolvimento físico, educacional, moral e espiritual. Sua finalidade, portanto é satisfazer o direito do indivíduo à convivência familiar salutar, sendo este um direito previsto no Artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

A adoção no Brasil é regulamentada pela Lei n.º 12010/09, que fala sobre a idade do adotante, a condição de filho que será atribuída ao adotado, sua irrevogabilidade, e ressalta também que a adoção só se concretizará se for benéfica para o adotando. Estabelece, ainda, os cuidados que o estado deve prestar a gestante, regula também a adoção internacional e admitindo a figura da família estendida dentre outras disposições (DINIZ, 2022).

A luz do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 28, parágrafo 5º, o processo de adoção se configura através de ato solene, onde o adotante e adotado serão submetidos a acompanhamento por equipe multiprofissional durante todo o período do processo e posteriormente à sua configuração, veja-se:

Art. 28: A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

(...)

§ 5º - A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Assim, é do Poder Público a missão de encaminhar à Justiça da Infância e da Juventude e prestar assistência psicológica às gestantes que desejarem entregar seus filhos para adoção, também às mães que demonstram o mesmo interesse. Estes menores deverão ser incluídos, preferencialmente, em programas de acolhimento familiar, conferindo a guarda à família cadastrada que ofereça ambiente familiar adequado e que não revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida.

Em relação aos requisitos para aqueles que podem adotar, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 42, determina que somente os maiores de dezoito anos de idade podem demandar a adoção, bem como a diferença de no mínimo dezesseis anos entre o adotante e o adotado independentemente de seu estado civil. O referido artigo dispõe ainda que se configurará a guarda compartilhada para os casais divorciados em que o período de adaptação teve seu início na constância do casamento, e vedou qualquer hipótese do menor ser adotado por seus irmãos. Lê-se:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que

justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

A Constituição Federal, em seu art. 227, parágrafo 6º instituiu a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, proibindo, ainda, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, sendo certo que a partir da sua vigência firmou-se entendimento no sentido de que os direitos sucessórios seriam os mesmos entre os filhos de sangue e, aqueles havidos por adoção, desde que o óbito tivesse ocorrido em data posterior à vigência do Texto Maior.

A maioria dos autores nacionais e estrangeiros refere-se à adoção como sendo de natureza contratual. Outros acham que a ideia de contrato deve ser afastada porque as relações contratuais são fundamentalmente de conteúdo econômico, ao passo que o vínculo que a adoção estabelece é essencialmente espiritual e moral.

Em última hipótese, o instituto da adoção é de ordem pública, onde cada caso particular dependerá única, pura e exclusivamente de um ato jurídico individual, onde prevalecerá a vontade das partes, entre um acordo gerado entre as mesmas (adotantes e adotado), em uma situação jurídica permanente, do qual surgirão direitos e deveres para ambos.

A princípio, explana-se os aspectos básicos do processo de adoção, com bastante relevância na legislação seca, juntamente com as doutrinas do Direito de Família e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Observa-se o dispositivo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990):

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Com vistas no artigo 39, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção será regida através do disposto desta lei. E, a adoção é uma medida excepcional e irrevogável, ao qual se deve recorrer apenas quando já esgotados todas as possibilidades da criança e adolescente conviverem em suas famílias naturais ou extensas. De acordo com o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção atribui a condição de filho ao adotado, recebendo este, os mesmos direitos e deveres, desligando-se de qualquer vínculo com os pais e parentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabeleceu a idade mínima para adotar, sendo 18 anos de idade, conforme seu artigo 42, e deverá haver uma diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado, de 16 anos. Como já vimos, podem adotar os maiores de 18 anos, e de acordo com o ECA, ainda no § 1º de seu artigo 42, juntamente com a doutrinadora Maria Berenice Dias, é vedada o processo de adoção por ascendentes ou entre irmãos, podendo ser concedida apenas a guarda ou tutela, e não a adoção.

Assim, os avós não podem adotar os netos, e os irmãos não podem ser adotados uns pelos outros (DIAS, 2022) Ainda com vistas sob as ideias desta doutrinadora, qualquer pessoa pode adotar, independentemente de seu estado civil. E também, a lei não distingue quanto à orientação sexual do adotante. Dias (2022, p.48) alega ainda que: “o que não é proibido é permitido”.

Necessita-se do consentimento dos pais ou do representante legal do adotado, exceto se estes forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, de acordo com o artigo 45 do ECA. Faz parte do procedimento em que a autoridade judiciária fixará um prazo para observar as peculiaridades da adoção, através do estágio de convivência, elencado no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Importante ressaltar uma máxima que Dias (2022) esclarece sobre o abandono de criança: “(...) o abandono serve de causa para a perda do poder familiar (CC 1.638 II)”. Ou seja, aquele menor que fora abandonado pelos seus genitores, estes, automaticamente perdem o poder familiar para com a criança. O código civil nos assegura que a extinção do poder familiar, se dá pela adoção, além de outros motivos elencados no artigo 1.635. Mais adiante, este mesmo código ressalta em seu artigo 1.638 que, perderá o poder familiar através de um ato judicial, o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) protege às crianças os direitos fundamentais para que vivam de conformidade à igualdade para com os demais seres humanos, sendo eles, o direito à vida e à saúde, à liberdade, respeito e à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, e à profissionalização e proteção no trabalho.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 47, parágrafos 1º ao 3º e 7º, o vínculo da adoção se constitui por uma sentença judicial, inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não será fornecido certidão. Nessa inscrição será registrado o nome dos adotantes como pais, e dos seus ascendentes.

O mandando judicial cancelará o registro original da criança adotada. E, se assim preferir, o adotante poderá pedir para que o novo registro seja lavrado no Cartório de Registro Civil do Município de sua residência. E, por fim, a adoção produz os seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva.

Há uma obrigatoriedade de ênfase no artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), onde diz que a morte dos adotantes não restabelece novamente o poder familiar dos pais naturais. E, para melhor esclarecimento do processo, conforme o dispositivo 50, em seus parágrafos 1º, 5º, 8º, 11 e 12 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E, finalmente, concordando com o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), só será deferida a adoção, quando for apresentada as reais vantagens à criança, e obtiver motivos legítimos. Portanto, para que uma criança seja disponibilizada ao processo de adoção, o primeiro passo é ser destituída de sua família natural, para que comece a proceder o processo de adoção.

E, a família ou indivíduo que pretenderem adotar esta criança, passarão por uma análise de assistência social, psicólogos, promotoria pública, e receberão a guarda provisória da criança, até chegar à fase da sentença. Insta salientar que, a destituição da criança para com a família natural se dá em um processo, e a procedência do processo de adoção, em outro.

3 LEI DA ADOÇÃO N.º 12.010/2009 E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei de Adoção, além de trazer ao ordenamento jurídico respaldo quanto ao processo de adoção no código civil brasileiro, provoca diversas alterações e, modifica substancialmente a lei que até aquele momento era considerado uma revolução, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, corrobora-se com Diniz (2022).

Antes de fazer qualquer análise das alterações feitas pela Lei n.º 12010/09 no ECA é preciso ressaltar aquela não objetiva substituir ou revogar esta, mas sim a elas incorporar mecanismos capazes de assegurar sua efetiva implementação, estabelecendo regras destinadas, antes e acima de tudo, a fortalecer e preservar a integridade da família de origem, além de evitar ou abreviar ao máximo o abrigo de crianças e adolescentes.

Sendo assim uma das mudanças mais significativa instituída pela Nova Lei da Adoção – NLA, que segundo Diniz (2022) tem como objetivo acelerar os processos e impedir que crianças e adolescentes permaneçam mais de dois anos em abrigos públicos foi a redução do tempo de permanência da criança em abrigos, o que não poderá exceder dois anos, com a intenção de tornar esses processos mais rápidos para evitar que tantas crianças e adolescentes permaneçam anos a fio nos abrigos, alterando de maneira definitiva os prazos para a adoção.

Outra inovação foi a substituição da expressão “pátrio poder” pela expressão “poder familiar”, por ser essa sentença mais técnica e de acordo com a realidade, excluída de vez do ordenamento jurídico.

O Poder familiar consiste em uma gama de direitos e obrigações, em relação à pessoa e bens do filho menor, ainda não emancipado, exercido, em paridade de condições, por ambos os genitores, a fim de desempenharem os encargos decorrentes do arcabouço normativo, tendo em vista, precipuamente, o interesse e a proteção do filho (TARTUCE, 2021)

A Lei de Adoção regulamenta o que os juízes da vara de família já implementavam nas suas sentenças, ou seja, a priorização da família biológica em caso de adoção. Outro importante avanço é a reafirmação da necessidade de afinidade e afetividade da criança com os parentes, elementos fundamentais para garantir, de modo pleno, o direito à convivência familiar.

Para Diniz (2022, p.104) quando se fala em deveres da chamada autoridade parental, isto é, “conjuntamente pelos dois progenitores, sejam casados ou não, vivam juntos ou separados, desde que o vínculo de filiação tenha sido estabelecido em relação a cada um deles antes do primeiro aniversário do filho”.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que estes consistem basicamente na criação, educação dos filhos, assisti-los, formando assim, um núcleo de responsabilidade com liberdade. Mas sabe-se que há muito tempo o núcleo entre pais e filhos deixou de consistir em subordinação ou domínio e posse, passando a ser tratado como de amor, respeito, afeto e solidariedade.

Na Lei de Adoção foram inseridos alguns princípios que devem orientar a intervenção estatal, na questão da aplicação das medidas de proteção a crianças e adolescentes, bem como de suas famílias, cita-se, por exemplo: colocação em família substituta, assistência de auxílio a família, com acolhimento familiar e institucional, entre outros. Ela prevê cautelas adicionais com relação a destituição do poder familiar.

É importante registrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente possui como objetivo primordial a proteção integral da criança e do adolescente reconhecendo e assegurando direitos essenciais e específicos a todas elas. Desta forma o legislador quis manter estes indivíduos a salvo dos pequenos e grandes erros que se comete quando a personalidade, a ética e a moral estão se formando e formando o novo cidadão. Assim está escrito no art. 3º do referido estatuto:

A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 2009, p. 183).

Em nome desse direito fica estabelecido na Lei de Adoção um o prazo de conclusão de 120 (cento e vinte) dias para a destituição do poder familiar a partir do momento em que a criança ou adolescente é ouvida, claro respeitando-se seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão.

A Lei de Adoção estabelece que essa entrevista deve ser conduzida por psicólogo e assistentes sociais, o que ratifica a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, que estabelece: “deve-se assegurar à criança e ao adolescente que tiverem capacidade de formular seus próprios juízos, podendo se expressar, demonstrando sua opinião, levando-se em conta a idade e a maturidade” (DIGIÁCOMO, 2017).

A Lei de Adoção prevê a assistência psicológica às gestantes, por parte do Poder Público, no período pré e pós-natal, visando prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal (art. 8º). Conforme Carneiro (2018):

É o período pós-parto ocorrido entre a expulsão da placenta e a volta do organismo da mãe para o estado anterior a gravidez (...). A mãe em estado puerperal pode apresentar depressão, não aceitando a criança, não desejando ou aceitando amamentá-la, e ela também fica sem se alimentar. As vezes a mãe fica em crise psicótica, violenta, e pode até matar a criança, caracterizando crime de infanticídio.

Sendo assim, objetivando prevenir essas situações as mães podem entregar seus filhos a adoção, sem que isso implique em crime de abandono de incapaz. A Lei de Adoção estabelece que as mães que não desejam criar os filhos passam a ter amparo legal e assistência para entregá-lo à adoção.

As gestantes que apresentarem qualquer tipo de problema psicoafetivo devem ser encaminhadas ao Poder Judiciário sob pena de multa aos médicos e enfermeiros para que lhe seja prestada toda a assistência psicológica necessária ao seu reestabelecimento, ressaltando que esta assistência se estende às mães ou gestantes que manifestarem interesse em entregar seus filhos à adoção (CARNEIRO, 2018).

Esta mesma lei torna obrigatória a preparação prévia a quem deseja adotar, o que torna de direito uma prática de muitos juizes que serão obrigados instruir os postulantes a adoção, e essa preparação será feita sob a supervisão de psicólogos e assistentes sociais a fim de garantir o melhor ambiente possível a criança e ao adolescente, sendo esta de cunho psicossocial e jurídica fundamental para os pretendentes a adoção.

A Lei de Adoção estabelece que toda criança ou adolescente que estiver dentro do programa de acolhimento familiar ou institucional deve no máximo a cada seis meses ter sua situação reavaliada por equipe multidisciplinar (especialmente do assistente social), que através de relatório, informará a autoridade judiciária da situação do menor, devendo aquela, de forma fundamentada, decidir, colocando-o em família substituta ou reintegração familiar.

A Lei n.º 12.010/09 diz também que as entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem a prévia determinação da autoridade competente. Ressaltando, no entanto, que estas têm a obrigação de fazer a comunicação do fato em até 24 horas para o Juiz da Infância e da Juventude.

Os irmãos levados à guarda, tutela ou adoção, não poderão ser separados, devendo os mesmos permanecer juntamente com a família acolhedora, com a ressalva de comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique o rompimento definitivo dos vínculos fraternais (Art. 28, § 4º, Lei n.º 12.010/09).

O ECA estabelece que a idade mínima para o postulante a adoção só poderia ser para maiores de vinte e um anos, independente do estado civil. Agora, a Lei de Adoção, diz que podem adotar os maiores de 18 anos. Permanecendo inalterada a proibição de adoção por ascendentes e irmãos do adotando e por adotantes com menos de dezesseis anos de diferença do adotando, respectivamente.

A Lei de Adoção estabelece também a criação e a implementação de um cadastro nacional e de cadastros estaduais de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. Haverá um cadastro de pessoas ou casais residentes fora do país interessados em adotar, que, entretanto, só serão

consultados caso não haja brasileiros aptos. Reafirma o ECA ao estabelecer que grupos de irmãos sejam colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, evitando, assim, o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

Tanto o ECA quanto a Lei de Adoção concordam que os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros também podem adotar conjuntamente, mas devem estar de acordo quanto à guarda e ao regime de visitas e provarem a existência de vínculos de afinidade e afetividade estabelecidos antes da separação.

A Lei n.º 12010/09 estabelece ainda que, enquanto não se localizar pessoa ou casal interessado em sua adoção, a criança ou o adolescente afastado do convívio familiar deverá ser colocado, sempre que possível e recomendável, sob a guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar. Esse tipo de iniciativa terá preferência sobre o acolhimento da criança ou adolescente em instituições e deverá ser estimulada pelo poder público por meio da concessão de assistência judiciária, incentivos fiscais e subsídios às famílias que aderirem ao programa.

Com relação ao registro de nascimento a única alteração diz respeito a necessidade de ouvir o adotante quando os pais adotivos desejarem alteração no pronome/nome do adotado. A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 do ECA.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (BRASIL, 2009, p.8).

As modificações que aconteceram no que diz respeito a adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil foi que esta somente terá lugar quando estiver devidamente comprovado que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto; quando foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta a todos os cadastros é que esta poderá ser considerada e em se tratando de adoção de adolescente, deve ser consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe formada por psicólogos e assistentes sociais.

A Lei de Adoção também revogou disposições da Consolidação das Leis do Trabalho no que diz respeito aos períodos de licença-maternidade concedida à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, estabelecendo que no caso de

adoção e/ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 dias, quando da adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 ano até 4 anos de idade, o período de licença será de 60 dias. Por sua vez na adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 anos até 8 anos de idade, o período de licença será de 30 dias. Sendo essas licenças-maternidade concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã (AIZAWA; DE AZEVEDO, 2022).

Quanto à adoção de crianças brasileiras por estrangeiros, Avelar (2019) relata que:

As regras para permitir que crianças brasileiras sejam adotadas por estrangeiros ficaram mais rígidas, visando evitar irregularidades no processo. O prazo de habilitação para casais residentes no exterior adotarem após conseguirem autorização tanto em seu país quanto no Brasil foi reduzido de dois anos para um.

Para todos os envolvidos no Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, adoção é um assunto de extrema importância que deve ser discutido e refletido por toda a sociedade, inclusive por aqueles que não adotaram e nem pensam nisso.

4 PROCEDIMENTO E DIFICULDADES NA PREPARAÇÃO DE CRIANÇAS PARA ADOÇÃO

No Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8069 de 13 de julho de 1990, já se encontrava contemplada a preocupação com os cuidados com a criança quando esta estivesse sem abrigo, inserida entre as atribuições das instituições de abrigo. No artigo 92 do ECA, entre os princípios básicos das entidades, mesmo após nova redação em 2009, lê-se: "As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:(...) VIII - preparação gradativa para o desligamento." (Art. 92, Lei n.º 8069/1990).

A experiência direta com crianças abrigadas e com profissionais dos abrigos indicam que as instituições apresentam dificuldades de realizar algum tipo de trabalho especificamente planejado para o acompanhamento psicológico de crianças encaminhadas para adoção por diversos motivos.

Como aponta Peiter (2017), há muitos casos em que os próprios abrigos recebem a notícia sobre o desabrigamento de alguma criança ou adolescente de forma repentina sem tempo razoável para poder desenvolver algum trabalho.

Ao relatar uma situação na qual uma garota ficou sabendo de seu desligamento do abrigo a uma semana da data prevista, interroga-se como uma informação dessa importância pode haver chegado à criança de forma tão casual. "Tudo foi feito anteriormente de forma burocrática e talvez aleatória: um papel que chega às mãos de

uma atendente que comenta com a outra e assim por diante. Supõe-se que a criança saiba”, salienta Rubio (2019). Preocupando-se com a solidão da criança ao descobrir, sozinha, sobre seu destino.

Nesse sentido,

Observa-se o lugar difícil em que são colocados os profissionais das instituições de acolhimento institucional, ficando à mercê de uma comunicação ineficiente com o órgão responsável pelas decisões e sentindo-se parcialmente prejudicados na possibilidade de ajudar as crianças na transição. Muitas vezes, sabemos que o abrigo conta com ajuda de psicoterapeutas voluntários que, eventualmente, podem atender as crianças abrigadas, podendo desenvolver-se como uma alternativa possível para esse tipo de cuidado (PEITER, 2017, p.75).

Em outras circunstâncias, ocorre que a equipe do abrigo não está preparada para lidar com essa situação, pois não recebeu apoio ou treinamento adequado. Percebe-se, por um lado, um receio em abordar o assunto com as crianças, ligado ao temor de expor a situação de deixar a criança desamparada e provocar as dores ligadas a essa problemática. Alguns educadores sentem-se inseguros, pois não há certezas sobre a vinda da família e a equipe teme trazer a notícia, causando, na criança, expectativas que podem não ser efetivamente cumpridas.

Há inquietações provocadas pela situação de separação, que traz à tona angústias não somente entre as crianças, mas também entre os adultos que dela se ocupam e com quem desenvolveram laços afetivos. "Falar da saída, é de novo retomar a questão do abandono, da falta, da perda e isso traz dificuldades não somente às crianças, mas também a quem deve trazer a notícia dolorosa (PEITER, 2017, p.76).

O trabalho dos educadores do abrigo é de fato uma função de grande importância, mas por diversos motivos parece pouco investido em termos de treinamento e apoio.

Na chamada Nova Lei de Adoção, em que se encontram as alterações realizadas ao ECA, no ano de 2009, surge explícita determinação para o acompanhamento das crianças em vias de serem adotadas. No artigo 28, § 5º pode-se ler:

A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de preparação gradativa e acompanhamento posterior realizados pela equipe Inter profissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos

responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito de convivência familiar.

A partir de levantamento bibliográfico de Peiter (2017), é possível constatar que a preparação para adoção é uma prática ainda incipiente no Estado de São Paulo e na maior parte do Brasil:

Encontra-se descrições do trabalho do psicólogo jurídico que incluem essa prática, muito embora as práticas possam diferir bastante de um Fórum para outro e de uma cidade para outra. Mas sabemos que a prática do psicólogo judiciário comporta, hoje em dia, muitas atribuições e, entre elas, encontra-se o acompanhamento de crianças a caminho da adoção.

A pesquisa acima mencionada procura material sobre cuidados psicológicos com a criança que será adotada e encontra algumas publicações que se referem principalmente ao trabalho avaliativo que busca determinar a condição de adotabilidade das crianças, ou seja, sua disponibilidade psíquica para ingressar em novos vínculos familiares.

O termo "adotabilidade" levanta algumas questões discutíveis. Como sendo um termo utilizado juridicamente, indica que os pais biológicos da criança foram destituídos do poder familiar e ela já não possui mais vínculos com sua família de origem. Aponta especificamente a disponibilidade jurídica para ser inserida em nova família. Os trabalhos publicados que buscam avaliar as condições psicológicas indicativas do potencial e da disponibilidade da criança para a realização de novos vínculos apontam para circunstâncias em que elas teriam vivido traumas tão dramáticos que inviabilizariam as possibilidades de nova inserção familiar.

A consideração de algumas crianças como não adotáveis merece consideração maior, pois, segundo seu parecer, ela pode não estar suficientemente preparada ou emocionalmente pronta no momento para ser adotada. Introduce interessante distinção entre tempo jurídico, tempo psíquico e tempo cronológico. Na concepção de tempo jurídico, quando os pais biológicos estiverem destituídos do poder familiar a criança estará pronta para ser adotada, mas do ponto de vista psicológico pode ser necessário um processamento mais longo, mesmo que no tempo cronológico haja transcorrido longo período de privação do convívio familiar (SANTOS, 2022).

É extremamente necessário refletir sobre questões da temporalidade, que na dimensão psicológica adquirem outro sentido. De fato, o tempo psíquico para uma adoção é uma questão complexa que ultrapassa a dimensão de um tempo cronológico. A

destituição do poder familiar remove a ligação jurídica entre pais e filhos, mas não remove instantaneamente esses personagens da vida psíquica de cada um.

A urgência de definição da situação de acolhimento de uma criança é crucial, toca a todos na angústia ligada ao abandono psíquico, mas infelizmente os processos psíquicos não podem ser apressados e não acompanham uma temporalidade lógica. Mas como o passar do tempo cronológico, pode trazer entraves na colocação em adoção, um trabalho de processamento psíquico que a conduza a estar em condições de ligar-se a uma *nova* família.

Há alguns importantes fatores que indicam uma disposição interna para a colocação de crianças maiores em família. Entre eles: o desejo de estabelecer *novos* vínculos, a possibilidade de elaboração de lutos, a disponibilidade para falar sobre as vivências traumáticas e dolorosas, uma possível compreensão sobre os fatos de sua história principalmente sobre a destituição, as representações de pai e mãe presentes no psiquismo, curiosidade e interesse em elementos relacionados à vida familiar, demonstração de alguma ansiedade em relação à data do encontro com os pais, a demanda por cuidados individualizados (BERTRAME, 2021).

Além disso, esta autora sublinha que é necessário o conhecimento da criança para a indicação ou escolha da família mais apropriada a ela, como também para estabelecer a forma e o momento oportunos para aproximação com os pretendentes. Franco (2022) considera a preparação da criança uma ação profilática "na medida em que tenta evitar os riscos de *novos* rompimentos e de insucessos".

4.1 Principais dificuldades no processo de adoção no Brasil

Vários são os problemas que causam certa morosidade na adoção brasileira, o primeiro deles é denominado de adoção à brasileira. Tal prática ilegal continua sendo evidenciada no Brasil, e consiste em um modo no qual a mãe ou a família biológica entrega a criança para outro indivíduo, escolhido por ela, com o objetivo de que este escolhido venha criar e educar o seu filho.

Quando a adoção à brasileira ocorre, o casal escolhido registra o infante como se fosse seu filho biológico. Nessa situação não há um controle judicial, fato este que acaba afetando tanto as famílias quanto todo o ordenamento jurídico, pois a adoção à brasileira também poderá ocultar os casos de venda ou tráfico de crianças. Esse modo de adoção não considera os interesses da criança, mas sim os interesses daquele que adotou.

Ademais, no Cadastro Nacional de Adoção observou-se que um dos maiores obstáculos às adoções no Brasil envolve a questão racial. Sobre isto, Coelho Ventura (2021) observa:

Cerca de um terço (32,36%) dos pretendentes à adoção só aceitam crianças brancas, que representam um total de três em cada dez cadastros. Nesse sentido, não haveria o porquê emanar tais dificuldades, pois quase 100% das famílias acolhem crianças negras ou pardas, que englobam duas em cada três cadastros. Ademais, nada menos que 38,72% se consideram indiferentes no que se refere à cor ou etnia do adotado.

Essa difícil incompatibilidade se relaciona ao fato do perfil do adotante não se identificar com o próprio perfil adotado, ou seja, apenas um em cada quatro pretendentes demonstram o seu desejo em adotar crianças cuja faixa etária é inferior aos quatro anos. Esta situação se tornou algo tão absurdo que em 13 de março de 2014, as crianças que possuíam essa faixa etária e que estavam disponíveis à adoção permeavam um número de 227 sob um total de 5.465 crianças sujeitas à adoção (BORGES, 2021).

Outro fator importante que deve ser mencionado é a baixa disposição dos pretendentes em adotar mais de uma criança ao mesmo tempo, ou em receber irmãos. Entre os infantes dispostos à adoção, 76,87% possuem irmãos e a metade desses possuem irmãos que se encontram à espera de uma família. Como se observa, cada vez mais se torna difícil um irmão mais velho encontrar uma família.

Seria imprescindível que cada casal superassem os obstáculos que envolvem o processo de adoção no Brasil, dentre eles, a paciência em esperar uma longa fila de chamada, além da capacidade financeira e uma estrutura familiar que acolhesse a criança que não possui família. Outros fatores são comuns aos candidatos à adoção no Brasil, a região onde residem e a situação econômica em que se encontram.

O perfil socioeconômico dos indivíduos integrantes do cadastro nacional de adotantes poderá ser observada em detrimento das expectativas quanto à criança que esperam adotar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desta pesquisa, observa-se que o processo de adoção exige atenção por parte das autoridades no intuito de que tudo ocorra conforme observado na Nova Lei de Adoção, daí o excesso de burocracia que muitas vezes faz com que o processo demore um pouco mais.

É evidente que a adoção é algo extraordinário para a sociedade brasileira, pois faz com que famílias sintam-se plenamente felizes a partir de um novo ente querido que passa a ser inserido, pois o ato de adotar uma criança ou adolescente, seja ela negra, parda ou branca, é também ato de amor ao próximo.

Para que o processo de adoção de crianças e adolescentes ocorra naturalmente, é necessário que os pais adotivos preencham plenamente os critérios na hora do Cadastro Nacional de Adoção. Constatou-se que, quando há uma criança disponível no cadastro e de acordo com as condições desejadas pelos pretendentes, estes vão às instituições de acolhimento, onde é realizado acompanhamento pelos profissionais para conhecer a criança ou o adolescente escolhida.

De fato, ocorre que os pretendentes não desistam do processo de adoção, no entanto, aguarda a chegada de outra criança ou adolescente que possa atender às condições estabelecidas no momento de realizar o cadastro.

Diante dos fatos, acredita-se que a problemática foi respondida e o objetivo geral alcançado, isto é, elencar os problemas enfrentados no processo de adoção no Brasil. O trabalho não vem esgotar o tema ou gerar polêmica em torno dele, pelo contrário, torná-lo mais discutido no meio acadêmico, entre estudantes e professores do curso de Direito, visto que ainda necessita de maior fundamentação teórica acerca dessa temática tão importante para a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Reconhecimento de filiação**. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de relação sanguínea entre as partes. Recurso Especial n. 878941 DF, Rel.^a Mini. Nancy Andrighi, 3^a Turma, j. 21.08.2007, DJ 17.09.2007.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília-DF: 1988.

BRASIL. **Lei n.º 8.069/1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 1990.

BRASIL. **Art. 1596 do Código Civil** - Lei 10406/02. Brasília-DF: 2002.

BRASIL. **Nova Lei da Adoção**. Lei n.º 12010/09. Brasília-DF: 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: um ano sem grandes ganhos. São Paulo: Atlas, 2013.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed, revista, atualizada e ampliada. Editora: Juspodivm. São Paulo/SP, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família, Vol. 5. 36. ed, São Paulo/SP. Editora: Saraiva, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. Editora: Método, 2021.

MARIN, I.S.K. **Febem, família e identidade**: O lugar do outro. São Paulo: Escuta, 1999.

OLIVEIRA, Brambilla. **Adoção x realidade brasileira**: saiba como adotar uma criança. Portal Jusbrasil, 2016. Disponível em:
<https://brambillaeoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/451913151/adocao-x-realidade-brasileira-saiba-como-adotar-uma-crianca> Acesso em: 16 abr. 2022.

PAIVA, L. D. **A preparação da criança para adoção**. São Paulo: CEJAI, 2012.

PEITER, Cynthia. **Adoção**: vínculos e rupturas: do abrigo à família adotiva. 2. ed. São Paulo: Zagodoni Editora, 2017.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado. 7. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2017.

CARNEIRO, Luiz Armando. **Estado Puerperal**. 2018. Disponível em:
https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=604. Acesso em: 14 de abril de 2022.

AIZAWA, Juliana Tomiko Ribeiro; DE AZEVEDO, Heloisa Maria. Maternidade e a evasão laboral: alguns aspectos da licença maternidade, salário maternidade e auxílio creche. **Perspectivas em Diálogo: revista de educação e sociedade**, v. 9, n. 19, p. 21-43, 2022.

AVELAR, Fernanda Silva et al. **Adoção internacional: a contribuição dos mecanismos normativos e de cooperação para a segurança jurídica da família transnacional**, 2019.

RUBIO, Natalia Afonso. Adolescentes em acolhimento institucional: no trânsito da maioridade, a reedição do desamparo. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2019.

SANTOS, Camila Meza dos. **Impactos sociais e psicológicos em crianças devolvidas após a adoção**. 2022.

BELTRAME, Paula Puertas. **Adoção de crianças maiores e adolescentes: um estudo qualitativo acerca das motivações dos pretendentes**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2021

FRANCO, Maria Helena Pereira. **Formação e rompimento de vínculos: o dilema das perdas na atualidade.** Summus Editorial, 2022.

MIRANDA, Thamires de Castro. **O instituto do parto anônimo: a origem, evolução e a análise do direito sobre o or-denamento Jurídico Brasileiro,** 2020.

COELHO VENTURA, José Geraldo. **Filhos do coração: uma leitura dos processos de adoção e seus efeitos para adotados.** Dissertação de Mestrado. São Paulo, Brasil: FLACSO Sede Brasil, 2021.

BORGES, Daniel de Araújo. **Devolução de crianças e adolescentes adotados: proteção integral e responsabilização.** 2021.

PODER JUDICIÁRIO E ATIVISMO JUDICIAL: O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO Nº 37.097/DF

CAIO FERNANDO MEIRELES DE CARVALHO BRAGA:

Graduando em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA)³⁶

ANDRESSA MENDES DA SILVEIRA AVELINO³⁷

(coautora)

ANDRÉIA NÁDIA LIMA DE SOUSA PESSOA³⁸

(orientadora)

RESUMO: Este artigo apresenta um debate teórico com base na intervenção do Poder Judiciário, por meio do Ativismo Judicial, nas funções típicas do Poder Executivo, mais especificamente no caso do Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF que atacou a nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. O referido Mandado de Segurança fora relatado pelo Supremo Tribunal Federal, momento em que abordamos a constitucionalidade desse ato tendo em vista a falta de representatividade popular no Poder Judiciário de acordo com o princípio do Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo, sendo ele o responsável por escolher os seus representantes políticos, aqueles em que acredita serem os que melhor administrariam os interesses da sociedade. A questão é de difícil solução, pois até mesmo as jurisprudências do Tribunal julgador apresentam inconsistências uma vez que casos da mesma esfera já haviam sido analisados e decididos de forma diversa. Assim, buscamos entender até que ponto o Poder Judiciário colaborou com a quebra do princípio democrático nesse caso.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais, Intervenção do Poder Judiciário, Caso Ramagem, Poder Executivo, Três Poderes do Estado.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 Digressão Histórica e Tripartição dos Poderes no Brasil. 2.1 Contexto Histórico. 2.2 Tripartição Dos Poderes No Brasil. 3 (Neo)Constitucionalismo, Ativismo Judicial e Princípios Constitucionais. 3.1 (Neo)Constitucionalismo. 3.2 Ativismo

³⁶E-mail: caio.meireles@hotmail.com

³⁷Graduanda em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA), andressamsavelino@gmail.com

³⁸Mestre (UCB), Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA), andreianadia@hotmail.com

Judicial. 3.3 Princípios Constitucionais. 4 Análise da Interferência do Poder Judiciário no Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF. 4.1 Análise de Jurisprudências dos Tribunais Superiores. 4.2 Interferência do Poder Judiciário no Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de divisão dos Poderes criada por Montesquieu é viva até hoje e está muito bem delimitada no art. 2º da Constituição Federal brasileira. A Constituição da República de 1988 é um marco histórico e memorável por constituir o Estado Democrático de Direito, garantindo direitos e observando os deveres dos cidadãos e autoridades brasileiras.

O século XXI chegou com inúmeros casos de instabilidade política, econômica e judiciária, comprometendo em alguns aspectos o então Estado Democrático de Direito. Os Três Poderes do Estado passaram a interferir nas competências típicas de outros, principalmente o Poder Judiciário Federal, surgindo então questionamentos a respeito da constitucionalidade e legalidade desses atos então denominados de ativismo judicial.

O Poder Judiciário faz papel de protetor e garantidor da eficácia dos direitos fundamentais no Estado brasileiro, sendo dever do Magistrado assegurar esses direitos nos casos concretos, mas também é de sua competência observar o preenchimento dos requisitos constitucionais dos atos dos demais Poderes, como no caso aqui abordado da suspensão liminar de eficácia de nomeação de Diretor-Geral da Polícia Federal em sede do Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF, restando a dúvida sobre até que ponto essa interferência busca, verdadeiramente, assegurar os direitos da população ou se é uma decisão meramente política, competência essa que o Poder Judiciário não é revestido.

O tema é de ímpar apreciação na atual conjuntura do Estado e ordem constitucional, forçando a sociedade a encarar com o olhar crítico as situações que circundam o Poder Judiciário e Poder Executivo brasileiro. O estudo busca analisar a estrutura dos três Poderes do Estado, suas funções típicas e atípicas, bem como a constitucionalidade e legalidade do ativismo judicial no caso concreto.

Para o artigo utilizamos a metodologia qualitativa através da revisão de dados em Direito Constitucional, momento em que selecionamos jurisprudências dos Tribunais Superiores acerca da interferência do Poder Judiciário nos atos da Administração Pública no período de 2020 a 2021, a fim de comparar teoria e prática e como o Poder Judiciário vem decidindo casos dessa esfera.

Observar-se-á as descobertas acerca do caso concreto da suspensão liminar de eficácia de nomeação de Diretor-Geral da Polícia Federal em sede do Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF, analisando e expondo os dados bibliográficos encontrados que são pertinentes.

O artigo tem por objetivo compreender à interferência de Poder Judiciário Federal sobre o Poder Executivo Federal, a tripartição dos Poderes, a constitucionalidade e legalidade da interferência por meio do ativismo judicial e se há quebra do princípio democrático. Para isso, o presente foi dividido em 3 (três) capítulos para melhor compreensão e interpretação da leitura, buscando evoluir contexto histórico e questionamentos no decorrer das passagens bibliográficas. No primeiro capítulo discorreremos sobre a digressão histórica e tripartição dos poderes no Brasil. No segundo capítulo falamos sobre o (Neo)constitucionalismo, Ativismo Judicial e Princípios Constitucionais. Em seguida, no terceiro e último capítulo, fizemos uma análise da Interferência do Poder Judiciário no Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF.

O tema é de relevância bastante atual e ajudará a formar cidadãos que desempenham papel de críticos, construtores e transformadores da sociedade, ajudando a encararem com o olhar crítico as situações que circundam o Poder Judiciário e Poder Executivo brasileiro.

2 DIGRESSÃO HISTÓRICA E TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Quando falamos sobre o princípio da separação dos poderes, de imediato, lembramos das incontáveis aulas de história sobre Montesquieu que recebemos tanto em nosso ensino fundamental, como posteriormente em nossa graduação, porém engana-se quem pensa que o referido princípio foi gerado pelo escritor.

O início da teoria sobre a separação dos poderes, remota a mais de 2000 anos antes de Montesquieu, com o filósofo Platão na Grécia. Em uma de suas principais obras, chamada "A República", o filósofo destacava a importância da divisão das funções do estado, para que elas não estivessem concentradas nas mãos de uma só pessoa, de acordo com Platão (2012) o homem perde sua virtude, se tiver em suas mãos um grande poder; com base nessas ideias, defendia veementemente a separação dos poderes.

Seguindo a diante, temos Aristóteles (1913), filósofo grego que foi o primeiro a esboçar, mesmo que de maneira primitiva o princípio da separação dos poderes, de forma que defendeu que em todo governo existem três funções essenciais, que são: A função Deliberativa, o qual cabia a deliberação sobre os negócios do Estado; a função Executiva,

o qual compreendia todos os poderes necessários a ação do Estado; e por último a função Judicial, que abrange todos os cargos de jurisdição. Assim como seu professor Platão, Aristóteles (1913) acreditava que o poder concentrado e atribuído a um único indivíduo era perigoso, já que uma única pessoa além de poder ser corrompida não poderia ser capaz de prever tudo aquilo que nem mesmo a lei era capaz de prever.

Seguindo alguns milhares de anos à frente, no século XVI, Maquiavel (2000) em sua obra "O Príncipe", a seu próprio modo, também contribuiu para a formação do ideal da separação dos Poderes, expondo uma França com três poderes distintos, porém interligados, sendo esses os poderes: Legislativo, o qual é representado pelo Parlamento; Executivo, representado pelo Rei; e por fim o Judiciário, um poder autônomo. Tal afirmação causa descrença, haja vista que segundo a mesma obra, Maquiavel era um defensor do poder absoluto do Rei, porém tal forma de pensamento tem mais coerência quando percebemos que o filósofo apenas simpatizava com esse ideal para dar mais liberdade ao Rei, segundo Dalmo de Abreu Dallari (2012, p.216):

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

Um século após Maquiavel, no século XVII, inicia-se os acontecimentos da "Revolução Gloriosa", onde pela primeira vez os ideais da separação dos Poderes, mesmo que de forma falha, foram implementados, na declaração de direitos que limitava o poder real, chamada de "*Bill of Rights*", segundo o jurista Fabio Konder Comparato (2015):

O essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o Bill of Rights veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

Nos acontecimentos da “Revolução Gloriosa” as teorias de um filósofo serviram de embasamento ideológico, seu nome era John Locke, em sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil” de 1690, Locke discorre sobre a existência de três poderes que deveriam exercer as funções do governo, são eles: Poder Legislativo, o qual competia ao parlamento e para ele era o poder superior aos demais pois em suas próprias palavras (2001) “aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior”; Poder Executivo o qual cabia a aplicação das leis; e Poder Federativo o qual era atribuído o cuidado das relações internacionais do governo. A filosofia de Locke desde sempre esteve pautada na resolução de conflitos políticos e religiosos, de tal forma que, foi na separação dos Poderes que ele baseou sua proposta para uma forma de governo eficaz.

Finalmente chegamos a Montesquieu, filósofo e político que concebeu as ideias que utilizamos atualmente sobre o princípio da Separação dos Poderes, sobre ele, Alexandre Hamilton, em seu livro “O Federalista” (2003, p. 299) discorre:

O oráculo sempre consultado e sempre citado nessa matéria é Montesquieu. Se ele não é autor do inestimável preceito de que falamos, pelo menos foi ele quem melhor o desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano.

Montesquieu, através de sua obra “O espírito das leis”, publicado em 1748, traz a ideia de três poderes harmônicos e independentes entre si, sendo eles o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, de acordo com sua concepção o poder do Estado passaria a ser limitado, já que assim como os demais filósofos que contribuíram com a formação da teoria da Separação dos Poderes, Montesquieu acreditava nos perigos da concentração de todos os poderes do Estado em um só órgão, de forma que tal poder deveria ser dividido entre funções específicas a órgãos independentes, assim culminando na limitação do poder em razão de sua incompletude, em outras palavras o poder era limitado pelo próprio poder, essa forma de limitação foi denominada de “Sistema de Freios e Contrapesos” sistema pelo qual cada poder deve exercer determinada função, porém esse poder deve ser limitado pelos outros poderes.

No parâmetro constitucional brasileiro, o princípio da separação dos poderes é um dos princípios gerais que circundam o tema, sendo consagrado no art. 2º da Constituição Federal de 1988 e para que discorramos sobre o Estado Democrático de Direito posteriormente, é preciso que compreendamos essa divisão.

2.2 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

A Primeira vez em que a separação dos poderes foi adotada no Brasil, foi surpreendentemente em sua primeira constituição a de 1824, porém como é de se esperar por se tratar de um período de tempo em que o Brasil ainda era Império, a implementação dessa forma de divisão de poderes foi falha, ao ponto em que pode se chamar de “*pseudo* separação de poderes” em razão da figura do Imperador deter o condão de ir contra todos os três poderes originais, por meio de seu poder exclusivo, o poder moderador, segundo Gilmar Mendes (2021), o poder moderador, a novidade que mais se menciona quando se fala da constituição de 1824 é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao imperador.

Posteriormente a constituição de 1824, foi implementado a segunda Constituição do Brasil, denominada de “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891” que trouxe inúmeras mudanças na separação dos poderes, haja visto que essa foi a primeira Constituição da República, do Federalismo e do Presidencialismo no Brasil, ao passo em que extinguiu o poder moderador e defendeu a separação e independência dos poderes, onde segundo Gilmar Mendes (2021) a constituição de 1891 criou a Justiça Federal, ao lado da Estadual, estabelecendo o Supremo Tribunal Federal no ápice do poder judiciário, garantindo que os juízes não mais poderiam ser suspensos por ato do executivo ao assegurar-lhes a vitaliciedade e a irredutibilidades de vencimentos.

Seguindo a diante, quatro décadas após a segunda Constituição brasileira, foi adotada terceira, no ano de 1934, que continuou instituindo a tripartição dos poderes assim como sua predecessora, porém imponto que os poderes deviam ser coordenados entre si ao atribuir ao Senado Federal a função de coordenar os poderes Federais, fazendo isso segundo Gilmar Mendes (2021) ao instituir o mecanismo da suspensão, pelo Senado, das leis invalidadas na mais alta corte.

Três anos à frente, durante a era Vargas, foi instituída a Constituição de 1937, a qual foi um grande retrocesso a separação dos poderes, para isso bastando lembrarmos que, ela foi a única Constituição a não prever expressamente a separação dos poderes e ao fortalecer grandemente o Executivo, de acordo com Gilmar Mendes (2021) o Presidente da República no artigo 37 dessa constituição era disposto como “autoridade suprema do Estado”, podendo adiar sessões do parlamento, além de lhe ser conferido a discricção de dissolver o legislativo.

No mesmo passo, após a queda de Getúlio Vargas, promulgou-se a constituição de 1946, reestabelecendo a separação dos poderes nos moldes da Constituição de 1937, ao reduzir o extenso rol de poderes conferidos ao executivo durante o governo Vargas,

segundo Gilmar Mendes (2021) a Constituição de 1946 reinstalou a democracia representativa, com o poder sendo exercido por mandatários escolhidos pelo povo em razão disso voltou-se levar-se a sério a fórmula federal do Estado, dessa forma sendo assegurado autonomia real entre os Estados-Membros, pelas mesmas razões o Legislativo reassumiu seu prestígio, sendo conferido a ele novamente a exclusividade da função de legislar.

Após a Constituição de 1946, chegamos à última, antes da constituição de 1988, sendo ela a malvista Constituição de 1967, período marcado pelo regime militar. Essa Carta magna, inicialmente preconizava a separação dos poderes assim como a de 1946, porém na prática, não se via o equilíbrio entre os poderes, tal fato, se exacerbou ainda mais, após a Emenda Constitucional 1/1969 a qual fortaleceu muito os poderes do executivo, ao ampliar por uma margem ampla as situações em que o decreto-lei era cabível, conforme preconiza Gilmar Mendes (2021) a Constituição de 1967 tinha caráter centralizador e entregava ao Presidente da República copiosos poderes, o qual podia até mesmo fechar as casas legislativas das três esferas da Federação em virtude do Ato Institucional nº 5, o conferindo até mesmo a capacidade de legislar por meio de decretos-leis.

Após essa breve contextualização acerca da separação dos poderes nas diversas Constituições brasileiras, iniciaremos discorrendo sobre o Poder Legislativo, mas antes mesmo de exemplificá-lo em âmbito Federal, Nathalia Masson (2020, p. 859) lecionou:

Os Estados contemporâneos não mais se coadunam com a inflexibilidade da separação de Poderes típica dos séculos XVIII e XIX, segundo qual cada Poder exerceria uma única função típica, ínsita à sua natureza, agindo de modo autônomo e dissociado dos demais órgãos estatais. Essa rigidez absoluta, que historicamente impulsionou a construção da teoria, visava combater a concentração de poderes do monarca, limitando-o através da contenção.

A estrutura do Poder Legislativo vem delimitada a partir do artigo 44 da Constituição Federal de 1988 “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”. Nota-se que essa organização é puramente bicameral pela presença da Câmara dos Deputados (representando o povo brasileiro) e o Senado Federal (os representantes jurídicos parciais). Essa forma de divisão do Poder Legislativo se dá pela forma federativa do Estado.

O Poder Legislativo em âmbito Federal é representado pelo Congresso Nacional que, organizadamente, é presidido pelo Presidente do Senado Federal e os demais cargos são distribuídos, alternadamente, entre Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Da mesma forma como os demais Poderes do Estado o Poder Legislativo é agraciado com funções típicas e atípicas. A sua função primordialmente típica é a de legislar, ou seja, editar à ordem jurídica, elaborar as leis, além das funções típicas de controlar e fiscalizar os demais Poderes em seus atos, evitando ataques ao Estado Democrático de Direito. As funções atípicas circundam especialmente a administração do próprio ente, como nos casos de criação de cargos e definição dos planos de carreira. Outra função atípica do Poder Legislativo é a de julgar, quando necessário, atos atentatórios e crimes de responsabilidade.

A função típica de legislar é a que logo identificamos quando falamos em Poder Legislativo, é através dela que o ordenamento é elaborado, discutido e aprovado.

Além disso também é função típica, conforme elencado anteriormente, o controle e fiscalização dos demais Poderes em seus atos, evitando ataques ao Estado Democrático e merece menção à fala de Nathalia Masson (2020, p. 887):

(...) A CPI é uma comissão parlamentar necessariamente temporária, que pode ser criada em conjunto ou separadamente pelas Casas Legislativas. Sua função, de apurar fatos certos em prazo previamente estipulado, é de acentuada importância para o Estado Democrático, na medida em que compõe uma das funções típicas do Poder Legislativo, qual seja, vigilância e controle dos negócios públicos, com vistas a coibir eventuais atos indecentes, criminosos, marcados pela incompetência e desonestidade, que tanto comprometem a boa e hábil gestão do Estado.

Sendo assim, é parte dessa função típica a investigação no que diz respeito aos assuntos de interesse público, excluindo assuntos comuns de interesse meramente privado.

Em contraste com as funções típicas, temos as funções atípicas do Poder Legislativo que têm ordem administrativa e jurisdicional, assim como discorre Dirley da Cunha Júnior (2021) o legislativo desempenha sua função típica de legislar e exerce funções atípicas de julgar e administrar.

Quando falamos em função administrativa, estamos nos referindo à organização do Poder Legislativo, o encaixe dos cargos, a concessão e administração de férias e licenças dos funcionários, são atos de gestão que fogem da autorização pelo Poder Executivo.

Encontramos a função atípica de ordem jurisdicional elencada no art. 52, inciso I da Constituição Federal de 1988:

Compete privativamente ao Senado Federal: processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

Logo, quando nos referimos a função atípica de ordem jurisdicional, estamos falando sobre o caso em que o Senado Federal pode julgar o Presidente da República, Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, Aeronáutica e Exército no cometimento de crimes de responsabilidade.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2021) a constituição de 1988 estabelece que o poder executivo no Brasil é exercido pelo Presidente da República.

O Poder Executivo é descrito no capítulo II da Constituição Federal de 1988, logo na introdução do capítulo, em seu artigo inicial é taxado aquele que tem a competência para estar à frente do poder Executivo Federal, sendo esse o Presidente da República, eleito através de eleições populares diretas e auxiliado pelos seus Ministros de Estado.

Assim como os representantes do Legislativo Federal, o representante do Executivo detém algumas atribuições privativas, também conhecidas como funções típicas, o Ministro Gilmar Mendes em seu livro "Curso de Direito constitucional" (2021, p 2047) diz:

A referência ao Poder Executivo contempla atividades diversas e variadas, que envolvem atos típicos da Chefia do Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia do governo e da administração em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e a disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Federal), a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para execução das leis etc. (CF, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (CF, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas.

Além das chamadas funções típicas, compete ao Executivo funções atípicas, essas podendo ser divididas em duas naturezas, natureza legislativa e natureza jurisdicional.

A função atípica de natureza legislativa mais conhecida é a Medida Provisória – MP, estando ela retratada no artigo 62 da Constituição Federal. Se faz imperativo mencionar

que, mesmo dentro das funções atípicas de natureza legislativa do executivo ele desempenha funções características próprias dentro do processo legislativo como por exemplo o veto, que pode caso seja “político” em razão da falta de interesse público tem natureza legislativa ou caso seja “jurídico” em razão de controle de constitucionalidade tem natureza jurisdicional.

Dando continuidade, a outra natureza de função atípica do Poder Executivo é a jurisdicional, onde o Executivo incorpora a ação de julgar do Judiciário, dentro da esfera administrativa, de tal forma que dá origem ao chamado “contencioso administrativo”, como por exemplo os casos de multa de trânsito, onde o executivo tem liberdade para adentrar no mérito da questão, porém em virtude do artigo 5º, inciso XXXV não impede que tais recursos sejam apreciados pelo poder judiciário.

As atribuições do Poder Judiciário encontram-se descritas no capítulo III da Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo introdutório, são taxados os órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Assim com os outros poderes, o Judiciário tem sua função típica, sendo ela a função jurisdicional, ou seja, julgar aplicando a lei de forma imparcial a um caso concreto, para que isso aconteça, o referido poder encontra-se munido de algumas garantias que visam assegurar a sua independência perante aos demais poderes, essas garantias são divididas em dois aspectos, eles são: garantias institucionais que dão origem as funções atípicas do poder Judiciário ao conceder ao poder a autonomia para elaborar seu próprio regimento interno (natureza legislativa) ou a administração de seus serviços e servidores (natureza executiva) e o outro aspecto são as garantias dos Magistrados, que para desempenharem seu papel de forma eficiente e sem receio de retaliação gozam de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

A luz de todo o exposto, ao destacarmos as funções típicas e atípicas dos três poderes que compõe o Estado Democrático de direito brasileiro bem como a trajetória da separação dos poderes nas diversas constituições brasileiras, se faz cristalino a relevância não só política como também social e econômica, que a separação dos poderes tem no Brasil.

Ademais dentro da Constituição brasileira de 1988 a tripartição dos poderes tem o vital objetivo de tutelar a liberdade dos particulares por meio da limitação do poder do Estado, dessa forma garantindo que os poderes do executivo, legislativo e judiciário sejam contrabalanceados por si mesmos, no sistema intitulado de “freios e contrapesos”.

3 (NEO)CONSTITUCIONALISMO, ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Conforme já exposto, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 2º, estabelece a separação de Poderes e crava o Estado Democrático de Direito brasileiro. O Estado Democrático de Direito, em pleno século XXI, espera mais que decisões passivas do Poder Judiciário, trazendo-o para ser protagonista da defesa dos direitos eminentemente constitucionais e garantindo a dignidade da pessoa humana nos casos concretos.

Apesar da evidente separação desses Poderes, o Poder Judiciário segue em destaque pela sua proximidade com as demandas da população, sendo o responsável por atender aquelas que surgem na análise dos casos concretos, situações essas que ainda não foram pensadas e elaboradas pelo Poder Legislativo, tampouco aprovadas com o objetivo de serem transformadas em normas vigentes. Essa atuação do Poder Judiciário sem norma legal existente, é conhecida por Ativismo Judicial e a decisão dos operadores é quem os guia.

Para Barroso (2020, p. 756):

A reconstitucionalização do país recuperou as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição Federal de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.

Assim, cumpre demonstrar que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário são de grande relevância para garantir tutelas sociais, observando ainda os limites desse Ativismo Judicial. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais, deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso (Barroso, 2020, p. 762).

3.1 (NEO)CONSTITUCIONALISMO

A compreensão do que seria o Neoconstitucionalismo vem carregada da necessidade de breve contexto histórico. O direito constitucional vem passando por diversas transformações que pensam e repensam a sua forma de aplicação. Três são os marcos fundamentais para explicar a trajetória de evolução do direito constitucional, quais sejam: histórico, filosófico e teórico (Barroso, 2020).

Do ponto de vista histórico, o Neoconstitucionalismo no Brasil tomou força com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Foi através dela que pudemos observar uma transição limpa para a democracia, bem como a firmação institucional, que seria seguida com êxito mesmo em momentos de crise (Barroso, 2020).

Para Barroso (2020, p. 771):

O marco filosófico das transformações foi o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas: não trata como desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. [...] No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, como o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, promoveu-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.

A posteriori, mas não menos importante, o marco teórico do Neoconstitucionalismo que envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. Em primeiro plano, fica reconhecida a força das normas constitucionais, de forma que sua aplicabilidade se tornou direta e imediata. Em segundo plano podemos citar a crescente implantação dos tribunais e cortes constitucionais, mais presentes nos Estados Democráticos, inclusive no Brasil onde surgiu a possibilidade de propor ações constitucionais de maneira direta por órgãos e entidades, assim os debates da população poderiam ser levados ao Supremo Tribunal Federal. Em terceiro e último plano, a transformação no âmbito da hermenêutica jurídica,

o surgimento de uma nova roupagem acerca da interpretação constitucional, levando ao surgimento de técnicas como a ponderação na argumentação jurídica (Barroso, 2020).

Desde muito cedo no curso de Direito somos apresentados a um extenso rol de disciplinas que dispõem dos mais diversos temas jurídicos, e é curioso o fato de que o Direito Constitucional sempre está em destaque, podemos chamar esse fenômeno de constitucionalização do direito, onde ele passa a ser o centro das atenções e sempre merece ser consultado para garantir que a aplicação das normas de direito esteja amparada por princípios constitucionais.

Segundo Barroso (2020, p. 774):

[...] a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. [...] Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição.

Portanto, tendo em mente que a Constituição Federal é o centro do sistema jurídico, todas as normas abaixo dela serão chamadas de normas infraconstitucionais. Antes mesmo que uma norma possa entrar em vigor no ordenamento, a sua constitucionalidade é atestada, ela deve ser compatível com a ordem constitucional vigente, além disso, quaisquer outras normas que forem analisadas pelo intérprete devem seguir no sentido de realizarem os fins constitucionais.

Apesar de todo o sucesso do Estado Democrático com a aplicação da Constituição como meio de tornar o direito cada vez mais aberto e inclusivo, nunca se alcançou uma alternativa com capacidade para reformular o sistema político, por isso, cada vez mais se ouve falar em conflitos de competências entre os Poderes e o exercer dos cargos públicos em benefício próprio, prejudicando o então Estado Democrático de Direito (Barroso, 2020).

Por fim, mesmo com suas falhas evidentes, o sucesso da Constituição Federal de 1988 deve ser reconhecido e comemorado. O Neoconstitucionalismo, ou mesmo o Constitucionalismo Democrático, é a esperança da soberania popular e do garantismo aos direitos fundamentais.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL

Consoante com o que já foi apresentado, com o passar dos anos e a chegada das inovações jurídicas e tecnológicas, o Estado Democrático de Direito passou a exigir do Poder Judiciário uma posição de destaque e decisões que garantissem a defesa dos direitos eminentemente constitucionais e a dignidade da pessoa humana nos casos concretos.

Na mesma esteira ao consultarmos o dicionário, a palavra ativismo possui duas interpretações: filosófica e literária. Para a filosofia, ativismo é toda doutrina ou argumentação que confere privilégios a uma prática de transformação da realidade, em outras palavras, busca analisar a situação para resolver questões com base nos fatos. Já para a literatura, ativismo vem carregado de conteúdo político. Aplicando em cotidiano, uma pessoa ativista luta eficientemente, defende causas e, em sua grande parte, interesses coletivos.

Feitos os devidos esclarecimentos, Luis Felipe Salomão, atual ministro do Superior Tribunal de Justiça, realizou palestra na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira no ano de 2017, em São Paulo, e na oportunidade discorreu sobre o que seria o então ativismo judicial:

O ativismo judicial relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira expansiva. Assemelha-se ao que a nova - e não tão reconhecida no meio acadêmico - doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo (ou Neoconstitucionalismo, a depender do ângulo), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Nesse interim, o século XXI está carregado de tensões sociais, políticas, econômicas e jurídicas, é palco para a atuação corriqueira do Poder Judiciário que estampa as mídias com suas decisões muitas vezes confrontando os demais Poderes do Estado. Nos dias de hoje onde a sociedade espera pela resolução de conflitos como nunca, os Tribunais são cada vez mais procurados, por isso a ascensão do Poder Judiciário está mais evidente.

Segundo Barroso (2008):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de

diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nesse contexto, o ativismo judicial é visto como a atuação presente e eficiente do Poder Judiciário na guarda e garantia dos direitos da sociedade e guardião dos interesses coletivos que envolvem os direitos fundamentais. E apesar dessa significativa atuação, ainda existem posicionamentos contrários que condenam o ativismo judicial, imputando ao Poder Judiciário a ausência de legitimidade para tal, bem como a possibilidade de ultrapassar os limites institucionais desse Poder (Salomão, 2017).

Assim sendo e como já destacado, é crescente a atuação do Poder Judiciário na esfera Federal, principalmente quando há necessidade de proteção de direitos eminentemente constitucionais e sociais que surgem, muitas vezes, na omissão dos demais Poderes do Estado em garantir essas tutelas. Se não há um Poder imediato que possa resolver a demanda, o Poder Judiciário vem abraçando e garantindo essas resoluções, como por exemplo no Mandado de Segurança 26.602/DF, que adveio para sanar a incógnita sobre a discussão da fidelidade partidária:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTES. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARÇO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.

DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.

(STF - MS: 26602 DF, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 04/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190)

Portanto, apesar da constante dicotomia a respeito do ativismo judicial, podemos inferir que o Poder Judiciário deve se utilizar do ativismo judicial para pautar suas decisões, desde que observadas as regras e princípios constitucionais, usando o mínimo de interpretações fora dessa visão, com o objetivo único de defender o Estado Democrático de Direito.

3.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são as linhas mestras para aplicação de um direito pautado no Estado Democrático, devido toda a construção por parte do Neoconstitucionalismo já apresentado. É nessa aplicação que podemos ver com clareza a

amplitude das interpretações normativas e ainda a sua autonomia, mas é importante ter em mente a diferença entre normas e princípios.

Dessa forma, as normas são preceitos ou padrões que, conforme a evolução social, vão tomando forma de lei. Isso acontece quando um determinado acontecimento possui relevância e aplicabilidade contínua para determinado grupo de pessoas. Já os princípios funcionam como base, é tudo aquilo que norteia a interpretação e aplicação.

Aprendemos, desde muito cedo, no curso de Direito que a nossa Constituição é una, isso significa dizer que apesar de interpretações isoladas em casos concretos, a unidade da Constituição deve ser respeitada como um todo indivisível. A Constituição não pode ser lida e interpretada por pequenos pedaços ou trechos, ela deve ser analisada como um todo (Sarlet, 2016).

De acordo com Sarlet (2016, p. 491):

Como os atores da interpretação constitucional, com destaque aqui para os integrantes da assim chamada jurisdição constitucional, interpretam, aplicam e concretizam a constituição e chegam a dar respostas constitucionalmente adequadas aos problemas jurídico-constitucionais, implica levar a sério especialmente a existência de um conjunto de princípios da interpretação constitucional.

Com base no trecho destacado, voltemos à digressão histórica e tripartição dos poderes no Brasil, onde discorreremos sobre a constitucionalização do direito, que nada mais é que colocar o direito constitucional no centro do ordenamento jurídico, fazendo com que as normas constitucionais possuam superioridade em relação às demais normas do ordenamento. É nesse momento que os direitos fundamentais, garantidos pelo direito constitucional, ficam evidenciados.

Nesse mesmo sentido, sendo a Constituição o centro do ordenamento, todo e qualquer outro ato normativo, inclusive aqueles do Poder Executivo e Poder Judiciário, devem ter como parâmetro para a sua aplicação a observância à constituição, princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por ela elencados (Sarlet, 2016).

O primeiro e talvez mais importante princípio a ser destacado é o Princípio do Estado Democrático de Direito, pois é dele que a organização política do Estado emana do poder do povo, de maneira que esse poder pode ser exercido de maneira direta ou por meio de

representantes eleitos, segundo o parágrafo único do artigo 1^a da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Sendo esse o princípio basilar do presente artigo, podemos fazer uma pequena análise da sua aplicação ao caso concreto referenciado ao tema. Uma vez que o Estado Democrático de Direito confere direitos e deveres à sociedade, bem como dá poder ao povo de escolher os seus próprios representantes, não seria uma violação a esse princípio se outros Poderes – não investidos com essa representação – pudessem limitar a sua atuação?

O Princípio do Estado Democrático de Direito garante ao povo que suas necessidades e direitos sejam efetivados, portanto existem outros princípios que coadunam com ele na mesma esfera e evidenciam a supremacia da constituição, como veremos a seguir.

Sob a ótica do Princípio da Máxima Eficácia e Efetividade da Constituição podemos observar sobre o plano de concretização constitucional, ou seja, aproximação entre o dever ser da norma e o ser da realidade da sociedade. Esse princípio implica no dever do intérprete constitucional, através da sua aplicação, garantir a eficácia das normas constitucionais. A interpretação deve ser instrumento que garanta a eficácia e efetividade da força normativa e supremacia da constituição (Sarlet, 2016).

Diante de todo exposto, os princípios constitucionais são responsáveis pela aplicação de um direito mais justo e uniforme, buscando garantir a defesa dos direitos da sociedade e respeitar o Estado Democrático de Direito como premissa de segurança social e jurídica.

4 ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO nº 37.097/DF

Antes de passarmos propriamente a análise do caso, se faz necessário uma breve introdução sobre o que é e para que serve o Mandado de Segurança. Esse remédio constitucional é um instrumento que tem por finalidade proteger um direito líquido e certo que possa ter sido violado devido ato ilegal ou abuso de poder e autoridade. Para melhor compreensão do termo, analisemos o Mandado de Segurança também definido por SARLET, I. W.; MITIDIERO, D. (2019):

[...] O mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo contra o ilícito (ilegalidade ou abuso de poder), causador ou não de dano, e pode levar à concessão de tutela preventiva (tutela inibitória) ou tutela repressiva (tutela de remoção do ilícito, tutela

específica do adimplemento ou tutela reparatória). Protege tanto direitos individuais como direitos coletivos (direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos) ameaçados ou violados por ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público.

Neste mesmo seguimento, a Constituição Federal brasileira de 1988 apresenta em seu artigo 5º, inciso LXIX, em quais situações será concedido o Mandado de Segurança, quais sejam para proteger direito líquido e certo, não amparado por "*habeas-corpus*" ou "*habeas-data*", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Após essa breve contextualização passemos ao caso. Em 27 de abril de 2020, foi editado Decreto nomeando Alexandre Ramagem Rodrigues para o exercício do cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, nomeação essa que gerou revoltas e instabilidade política devido a constante desconfiança a respeito da conveniência pessoal e abuso de poder, na forma de desvio de finalidade, de tal ato, imputando que o Presidente da República interferiria nas funções da Polícia Federal em proveito próprio ou de outrem.

Logo após tal acusação, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) impetrou Mandado de Segurança Nº 37.097/DF com pedido liminar visando análise sobre a possibilidade de ilegalidade do ato do Poder Executivo, mais precisamente do Presidente da República, no que diz respeito a essa nomeação.

Diante dos motivos levados a juízo pelo Partido Democrático Trabalhista e da análise da questão pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes, o pedido de liminar pleiteado foi atendido, passando então a suspender a nomeação de Alexandre Ramagem. Porém tal liminar, não chegou a produzir efeitos haja vista que assim que foi notificado da decisão monocrática proferida, a autoridade impetrada editou um decreto, tornando sem efeito a nomeação do Delegado de Polícia Federal Alexandre Ramagem, para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, objetivado o cumprimento à ordem judicial proferida.

Devido aos fatos supracitados o Mandado de Segurança nº 37.097/DF restou prejudicado, sendo extinto em razão da perda superveniente do objeto diante da insubsistência do ato coator.

A Constituição Federal brasileira de 1988 apresenta em seu artigo 5º, inciso LXX, a legitimidade para impetrar o Mandado de Segurança em curto rol de duas alíneas. Essa legitimidade é conferida à partido político com representação no Congresso Nacional, bem

como organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Sob o mesmo ponto de vista, o Ministro Alexandre de Moraes, relator do Mandado de Segurança 37.097/DF, em sua decisão dispôs e defendeu a legitimidade *ad causam* do Partido Democrático Trabalhista (PDT) dizendo:

Entendo, como sempre defendi (Direito Constitucional. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 194-195), que os partidos políticos, desde que representados no Congresso Nacional, têm legitimação ampla, podendo proteger quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade, independentemente de vinculação com interesse de seus filiados (TEORI ZAVASCKI. Processo coletivo. 6 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 193-194), o que, evidentemente, ocorre na presente hipótese (MS 34.070-MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 28/3/2016; MS 34.071-MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 28/3/2016; MS 34.069-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 16/2/2017).

Nesse contexto, é inegável o reconhecimento da legitimidade para que Partidos Políticos, com representação no Congresso Nacional, possam agir nesse sentido para garantir a defesa dos direitos e garantias fundamentais da sociedade, bem como contribuir com a higidez do Estado Democrático de Direito, estando o Poder Judiciário Federal, nesse caso, correto em receber a demanda impetrada.

4.1 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ainda que o Partido Democrático Trabalhista (PDT) possua legitimidade *ad causam* no referido Mandado de Segurança, algumas observações devem ser feitas e jurisprudências devem ser analisadas, a grande questão do caso concreto gira em torno da nomeação (des)pretenciosa do delegado da Polícia Federal, Alexandre Ramagem Rodrigues, para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, porém ao analisarmos a seguinte jurisprudência do STJ:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.999 - DF (2017/0199039-8) RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA RECORRENTE: JEAN RODRIGUES OLIVEIRA ADVOGADO: WILMON ALVES DE OLIVEIRA E OUTRO (S) - DF010287 RECORRIDO: DISTRITO FEDERAL PROCURADOR: EDUARDO ALECSANDER XAVIER DE

MEDEIROS E OUTRO (S) - DF022067 DECISÃO Vistos. Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por JEAN RODRIGUES OLIVEIRA, com base no art. 105, II, b, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios, assim ementado: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO GOVERNADOR. EXONERAÇÃO DE CORONEL DA POLÍCIA MILITAR DE CARGO COMISSIONADO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. IMPROCEDÊNCIA. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E LIVRE EXONERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À DESIGNAÇÃO ININTERRUPTA PARA CARGOS COMISSIONADOS. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Mandado de Segurança contra ato de Governador do Distrito Federal, em que o Impetrante, Coronel da Polícia Militar do Distrito Federal, alegando ter sido ilegalmente exonerado da função de Comandante da Academia de Polícia Militar, pretende ser designado para outro cargo policial comissionado. 2. O Governador do Distrito Federal é autoridade apta a responder no mandado de segurança por exercer o comando superior da Polícia Militar, nos termos da Lei Orgânica, sendo o responsável direto pelo ato impugnado. 3. A Lei nº 7.289/84 apenas garante aos Policiais Militares a ocupação de cargos correspondentes aos seus postos e graduações, não estabelecendo o direito à designação ininterrupta para cargos comissionados, preenchíveis mediante livre nomeação e exoneração ad nutum.

[...]

Com efeito, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual o exercício de cargo em comissão e de empregos ou funções de confiança são incompatíveis com a garantia constitucional da estabilidade, possuindo como característica predominante a possibilidade de exoneração ad nutum.

(STJ - RMS: 54999 DF 2017/0199039-8, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Publicação: DJ 03/04/2018)

Após a análise da referida jurisprudência, salta aos olhos o entendimento fixado pela Corte responsável, onde, assim como no artigo 37 inciso II da Constituição Federal de 1988

estabelece que os cargos comissionados, a exemplo do cargo que motivou o Mandado de Segurança 37.097/DF são de livre nomeação e exoneração. Rafael Carvalho (2020, p 1038) discorreu um pouco sobre os cargos comissionados:

[...]são ocupados transitoriamente por agentes públicos nomeados e exonerados (exoneração ad nutum) livremente pela autoridade competente. Por essa razão, o ingresso nos referidos cargos não depende da realização de concurso (art. 37, II, da CRFB), e a escolha dos ocupantes pode recair sobre servidores ou pessoas que não integram o quadro funcional, nos limites fixados em lei (art. 37, V, da CRFB). 44.

Durante todo o processo do Mandado de Segurança 37.097/DF, a pedra angular que ensejou e deu provimento ao referido Mandado foram os princípios da Administração Pública, mais especificamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e do interesse público, estes estando elencados no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1998, a luz disso cabe análise a jurisprudência da mesma corte que concedeu o já supracitado Mandado:

NOMEAÇÃO PARA CARGOS POLÍTICOS DO PRIMEIRO ESCALÃO DO PODER EXECUTIVO. CRITÉRIOS FIXADOS DIRETAMENTE PELO TEXTO CONSTITUCIONAL. EXCEPCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA SV 13 NO CASO DE COMPROVADA FRAUDE. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO VÁLIDA. DESPROVIMENTO. PRECEDENTES. 1. O texto constitucional estabelece os requisitos para a nomeação dos cargos de primeiro escalão do Poder Executivo (Ministros), aplicados por simetria aos Secretários estaduais e municipais. 2. Inaplicabilidade da SV 13, salvo comprovada fraude na nomeação, conforme precedentes (Rcl. 7590, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/9/2014, DJe de 14/11/2014, Rcl 28.681 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Dje de 7/2/18; Rcl 28.024 AgR, Primeira Turma, Rel, Min. ROBERTO BARROSO, Dje de 29/5/18). 3. Agravo interno ao qual se nega provimento.

Durante o voto do relator da jurisprudência em análise, que também vem a ser o relator do Mandado de Segurança 37.097/DF, o Ministro Alexandre de Moraes diz:

[...]meu posicionamento é firme no sentido de que a nomeação de parentes para cargos de natureza eminentemente política, como no

caso concreto, em que parentes do Prefeito do Município de Doutor Ulisses foram nomeados para exercer cargos de Secretário municipal, não se subordinam às hipóteses de nepotismos previstas no Enunciado Vinculante 13

Diante de tal afirmação, se faz visível a desarmonia de entendimentos do próprio relator e da Suprema Corte, haja vista que, no Mandado de Segurança 37.097/DF a mera possibilidade de existência de grau de proximidade entre o Presidente da República e o Sr. Alexandre Ramagem, já foi o suficiente para caracterizar a inobservância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e do interesse público culminando no deferimento da liminar que suspendeu tal ato discricionário do Poder Executivo, enquanto na jurisprudência analisada, a prática de nepotismo por parte do Prefeito do Município de Doutor Ulysses-PR segundo a Sumula Vinculante 13 não configura a falta de observância aos princípios da administração pública.

Assim sendo, sob a luz das jurisprudências evidenciadas e comparadas, se faz cristalino a existência do jargão popular “dois pesos e duas medidas” tendo em vista que, se aquele que está à frente do Poder Executivo Municipal não atentou contra os princípios da administração pública, ao indicar seu próprio familiar para desempenhar cargo de confiança durante seu mandato como prefeito, o Presidente da República também não atentou contra os mesmos princípios, ao indicar o Sr. Alexandre Ramagem, para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.

4.2 INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO nº 37.097/DF

Conforme já exposto, o Estado Democrático de Direito, em pleno século XXI, espera mais que decisões passivas do Poder Judiciário, isso trouxe ao Poder o artifício do Ativismo Judicial, visto com maus olhos por muitos juristas e doutrinadores. Barroso (2020) discorreu sobre as objeções da intervenção do Poder Judiciário na vida brasileira:

Diversas objeções têm sido opostas, ao longo do tempo, à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos. Identificam-se aqui três delas. Tais críticas não infirmaram a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria. O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e

a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação.

A vista disso, a primeira objeção, e mais aclamada, é de cunho político-ideológico, segundo o qual a legitimidade dos juízes e membros dos Tribunais é questionada por um motivo bem claro, esses agentes públicos não são eleitos pela sociedade, portanto não são investidos com a representatividade popular, conforme indagação apontada no capítulo referente aos princípios constitucionais. A falta da investidura pela representatividade popular, aponta as interferências do Poder Judiciário como tendenciosas. Não obstante, quando há interferência nos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, essas são eivadas de um papel eminentemente político. Essa atuação e interferência massiva, principalmente do Poder Judiciário, geram dúvidas acerca da legitimidade democrática para a proteção dos direitos fundamentais da sociedade (Barroso, 2020).

Em seguida, a segunda objeção é de cunho institucional, segundo o qual a interpretação da Constituição é dever dos três Poderes do Estado, mas em caso de divergência, a palavra final seria do Poder Judiciário. Contudo, isso não significa que toda matéria deve ser decidida por um tribunal, por isso, buscando evitar um Poder Judiciário ativista e preponderante, a doutrina constitucional vem buscando limitar a ingerência judicial através da capacidade institucional e os efeitos sistêmicos. Pela capacidade institucional analisa-se qual Poder é o mais adequado para resolver determinada demanda, quanto que o risco dos efeitos sistêmicos identifica o imprevisível e indesejável, a fim de recomendar uma posição cautelar e de deferência do Poder Judiciário (Barroso, 2020).

Sucessivamente, a terceira objeção assim explicada por Barroso (2020):

[...] A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso ao *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.

Diante da explanação dessas objeções, se faz claro que, o legislador originário falhou ao atribuir a um só dos Poderes o privilégio e responsabilidade de julgar e anular os demais por inconstitucionalidades, isso ocasionou um Poder Judiciário superestimado, prejudicando a harmonia e independência entre os três Poderes do Estado, premissa essa que vem delimitada no artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes sobre o Mandado de Segurança nº 37.097/DF atenta ao Estado e Princípio Democrático de Direito e a soberania popular garantida pelo artigo 1º, inciso I da Constituição Federal de 1988, além de indicar forte ativismo judicial sem uso da ponderação buscando limitar a ingerência judicial, bem como o prejuízo e independência entre os três Poderes do Estado.

Por fim, nota-se que a decisão do Poder Judiciário Federal, analisada do ponto de vista do ativismo judicial, corre risco de se apresentar tendenciosa. No livro “Filosofia Jurídica Prática” de Paulo Ferreira da Cunha ele aponta: “A democracia, e a República mais especificamente ainda, têm de pressupor alguma maldade dos homens, para prevenir os males maiores”. Sendo assim, não há como ponderar as verdadeiras intenções do Poder Judiciário Federal em garantir os princípios constitucionais e resguardar o Estado Democrático de Direito no Mandado de Segurança nº 37.097/DF, tendo em vista uma linha tênue entre a intenção e o alcance de fato, correndo o risco de tal decisão ser revestida de pura interferência política, prerrogativa essa que o Poder Judiciário não possui, tornando-a inconstitucional.

5 CONCLUSÃO

A separação dos poderes no Brasil possui influência dos antigos modelos de Estado que datam da mesma época em que viviam filósofos e estudiosos políticos como Aristóteles, Platão, Maquiavel, Locke e Montesquieu. Mas apesar das modificações positivas que ocorreram com o passar dos anos nessa estrutura, a estabilidade da tríade – Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário – e o Estado Democrático de Direito sofrem com a possibilidade de uma ruptura por meio do Ativismo Judicial que vem contaminando o Poder Judiciário em suas decisões.

Deve-se considerar então, que a separação dos poderes no Brasil visa garantir a independência desses órgãos e assegurar a representatividade do povo em questões que os interessam diretamente. O Ativismo Judicial chegou gerando dúvidas a respeito da atuação do próprio Poder Judiciário e eivando suas decisões de conteúdo meramente político, prerrogativa que este órgão não possui.

O preâmbulo da Constituição Federal institui o Estado Democrático de Direito e, logo em seus primeiros artigos, elenca os princípios constitucionais que compõem a República Federativa do Brasil. Assim, pode-se inferir a importância desse instituto para o Estado e a legitimidade da sociedade.

O princípio basilar do presente artigo é o princípio do Estado Democrático de Direito, pois é através dele que entendemos que a organização política do Estado emana do poder do povo, de maneira que esse poder pode ser exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos, conforme elenca a própria Constituição Federal já comentada.

Sabendo que o Estado Democrático de Direito confere direitos e deveres ao povo, sendo ele capaz de escolher os seus próprios representantes e sabendo ele o que é melhor para o país, um Poder que não seja investido com essa representação, viola o referido princípio, gerando instabilidade social e política, bem como atentando a própria supremacia constitucional. A falta da investidura por essa representatividade popular, aponta o defeito e perigo do Ativismo Judicial nesse ponto.

Uma das funções típicas do Poder Executivo Federal é a de nomear o Diretor-Geral da Polícia Federal, como ocorreu em Decreto editado em 27 de abril de 2020, oportunidade em que Alexandre Ramagem Rodrigues fora indicado ao referido cargo. Essa nomeação gerou diversos movimentos na justiça e política brasileira, pois acreditava-se que a nomeação teria sido feita por conveniência e oportunidade, na forma de desvio de finalidade em razão de suposto atentamento contra o princípio da impessoalidade já que segundo o que consta nos autos do Mandado de Segurança 37.097/DF o representante do Executivo Federal, teria nomeado Alexandre Ramagem para o referido cargo comissionado, por conveniência própria, ao passo em que supostamente, existia uma relação de proximidade entre os dois e em razão disso, o então Diretor-Geral da Polícia Federal, interferiria em investigações que tinham relação com o Presidente da República ou pessoas ligadas a ele.

Não adentrando no mérito da nomeação, o presente artigo analisou a constitucionalidade do Poder Judiciário quando limitou essa atuação do Poder Executivo em exercer sua função típica e a contrariedade de jurisprudências dentro do próprio Tribunal em matérias de mesmo teor, chegando à conclusão que, por se tratar de uma interferência política, prerrogativa essa que o Poder Judiciário não detém, a decisão proferida em sede do Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF é inconstitucional.

Tal inconstitucionalidade se faz mais visível com a análise da jurisprudência retirada do Supremo Tribunal Federal e do voto do próprio Relator do Mandado de Segurança nº 37.097/DF Ministro Alexandre de Moraes.

Salta aos olhos a discrepância de entendimento que o Ministro já citado tem, a depender de quem figure no polo passivo da questão, haja vista que no Mandado de Segurança Nº 37.097 o relator entendeu que a possibilidade de proximidade entre o Presidente da República e o delegado atentaria contra os princípios da administração pública, por outro lado a flagrante prática de nepotismo por parte do prefeito do Município de Doutor Ulisses ao nomear parentes para cargos políticos segundo posicionamento “firme” do Ministro Alexandre de Moraes não atenta contra os mesmos princípios.

Diante disso, se põe novamente em dúvida o que foi dito na introdução desse artigo, o poder judiciário, por meio do ativismo judicial, de fato está apenas cumprindo com sua função ao observar o preenchimento dos requisitos constitucionais dos atos dos demais poderes ou sua interferência está sendo de cunho político, para atender a seus próprios interesses?

Tomando por base toda a análise feita até aqui, tal pergunta óbvia se faz até redundante, porém a resposta desse questionamento, nos traz a outra pergunta, a interferência do Poder Judiciário Federal, por meio do Ativismo Judicial, nas funções típicas do Poder Executivo Federal colabora para a quebra do princípio democrático brasileiro?

A resposta a esse questionamento é positiva. Desta maneira, concluímos que a interferência o do Poder Judiciário foi dotada de interesse político nas funções típicas do Poder Executivo, fato que quebra todo o propósito do princípio do Estado Democrático de Direito, haja vista que se o poder emana do povo e o povo escolheu aquele executivo para administrar o Estado, é por que acredita que aquele sabe manejar os melhores recursos para a administração do Estado, sendo assim o judiciário não deveria interferir nessas decisões administrativas do Executivo, pois com essa prática ele invade a área de atuação de outro poder, sem possuir legitimidade para tal.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. 1ª. Ed. São Paulo: ELO, 1913. *E-book*. Disponível em: <<https://www.baixelivros.com.br/ciencias-humanas-e-sociais/filosofia/a-politica>>. Acesso em: 29 set. 2021.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

BARROSO, L. R. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf> Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª. Turma). **Recurso em Mandado de Segurança Nº 54.999/DF**. Trata-se de Recurso em Ordinário em Mandado de Segurança interposto por Jean Rodrigues Oliveira, com base no art. 105, II, b da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios Relatora: Min Regina Helena Costa. Recorrente: Jean Rodrigues Oliveira. Recorrido: Distrito Federal. 3 abr de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562400735/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-54999-df-2017-0199039-8/decisao-monocratica-562400782?ref=serp>>. Acesso em: 5 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 26.602/DF**. Fidelidade Partidária. Desfiliação. Perda de Mandato. Arts. 14, § 3º, V e 55, I a VI da Constituição. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min Eros Grau. 04 de out de 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 10 set. 2021.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, P. F. **Filosofia Jurídica Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, M. A. Irredutibilidade de Subsídio: Garantia do Poder Judiciário. **ANAMATRA**, 2011. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/1013-irredutibilidade-de-subs-dio-garantia-do-poder-judici-rio-06431002268969084>>. Acesso em: 20 set. 2021.

FERNANDES, A. C. Conceito Histórico da Separação dos Poderes. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <<https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

GOMES, R. G. Intervenção do judiciário nas políticas públicas. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/intervencao-do-judiciario-nas-politicas-publicas/>> Acesso em: 29 set. 2021.

HAMILTON, A; MADISON, J; JAY, J. **O Federalista**. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda, 2003.

JUNIOR, C. D. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª. Ed. Bahia: JusPODIVM, 2021.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Petrópolis: VOZES, 2001. *E-book*. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/locke-john-segundo-tratado-sobre-o-gov-civil.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2021.

MAQUIAVEL, N. **O príncipe**. Ridendo Castigat Mores, 2000. *E-book*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/principe.html>>. Acesso em: 27 set. 2021.

MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª. Ed. Bahia: JusPODIVM, 2020.

MENDES, G. F; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução: Pedro. V. M. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PAIVA, N. Princípios da Ordem Pública. **Direito Real**, 2021. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/principios-da-ordem-politica>> Acesso em: 03 mai. 2022

PISKE, L; SARACHO, A. B. Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances System). **TJFDT**, 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

PLATÃO. **A República**. Daniel Alves Machado (org.). Brasília: Editora Kiron, 2012.
Disponível em: <<https://lelivros.love/book/baixar-livro-a-republica-platao-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/#tab-reviews>>. Acesso em: 19 set. 2021.

SALOMÃO, L. F. **Ativismo judicial**: para quem e por quê? Disponível em:
<<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que.>> Acesso em: 24 set. 2021.

SARLET, I. W; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, I. W; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WATANABE, C. **Função Jurisdicional e Decisões Políticas**: Princípio da Separação dos Poderes e Quebra do Princípio Democrático. Disponível em:
<https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/001_004_CINTIA_WATANABE_23072009-13h46m1.pdf> Acesso em: 26 ago. 2021.

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA FEMINICÍDIO CONTRA TRANSEXUAIS MULHERES

THAIS ROCHA ALEIXO ALVES: Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).³⁹

DIOLINA RODRIGUES SANTIAGO SILVA ⁴⁰
(orientadora)

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo geral verificar a possibilidade de enquadramento do crime de homicídio cometido contra transexual mulher, na qualificadora de feminicídio. Para a realização desse trabalho foi utilizado o método jurídico e dedutivo, tendo como base a revisão bibliográfica. A pesquisa foi no tocante aos objetivos, interpretando base de dados bibliográficos e documentais. Ao longo deste trabalho, observou-se a existência duas correntes fortes e opostas que dividem pensamentos e argumentações sobre a possibilidade, ou não, do transexual figurar como vítima do crime de feminicídio. A primeira corrente tem um caráter mais conservantista e tradicionalista, aponta que o transexual não é mulher, mencionando que “mulher” é apenas aquela que biologicamente nasceu como sendo do sexo feminino, razão pela qual, transexual mulher não poderia estar assegurada pela proteção especial da Lei nº 13.104/2015. A segunda corrente dispõe sobre a possibilidade de o transexual figurar como vítima do crime de feminicídio, justificando que se o transexual tiver passado pela cirurgia de redesignação sexual, que é a mudança de sexo de forma definitiva ou até mesmo a retificação de seu registro civil, deve se tratado em conformidade com o seu novo traço físico. Por fim, é dever de o estado proteger todos aqueles que o compõem, devendo ter uma atenção especial pelas minorias que dele fazem parte e, assim, cuidar para que essas minorias sejam de fato assistidas e tenham seus direitos preservados, não deixando que a identidade de gênero seja um fator referência de definição e responsável pela exposição da pessoa transexual a situações de risco, visto que estas pessoas já sofrem muitos julgamentos e preconceitos diante da sociedade.

Palavras-chave: Feminicídio; Transexual mulher; Violência doméstica.

³⁹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: thaisrocha_to@hotmail.com

⁴⁰ Mestre em Direito e Políticas Públicas. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: diolina.santiago@unest.edu.br

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Identidade de gênero e diversidade sexual; 2.1 Conceito de transexualidade; 2.2 Violência doméstica e violência de gênero; 2.3 Femicídio no Brasil: uma análise da lei nº 13.104/15; 3. A qualificadora do feminicídio e sua aplicabilidade nos casos em que a vítima é mulher transexual; 3.1 Enfrentamento dos tribunais em que o feminicídio foi aplicado a mulheres transexuais; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como propósito discutir a possibilidade da aplicação da qualificadora do feminicídio contra transexuais mulheres, investigando a viabilidade de os transexuais figurarem como vítima, seja em razão de violência doméstica e familiar ou por discriminação à sua condição de gênero ou desprezo, seja quando vítima ou tentativa de homicídio. O principal questionamento que se pretende responder ao longo da pesquisa é se a qualificadora do feminicídio prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, aplica-se aos crimes de homicídios contra transexuais mulheres.

Esta pesquisa se justifica pela aprovação da Lei 13.104/2015 no Congresso Nacional, a qual alterou o artigo 121, § 2º do Código Penal, para acrescentar uma nova qualificadora do crime de homicídio, denominada feminicídio, determinando uma pena maior àquele que comete homicídio contra a mulher, por razões de a vítima pertencer ao sexo feminino. É perceptível que a violência contra a mulher e a violência de gênero adotam inúmeros aspectos, podendo ser praticadas por companheiros, familiares ou até mesmo pessoas próximas ou desconhecidos, de ambos os sexos. A violência contra a mulher pode ser compreendida como qualquer ação fundamentada no gênero que provoque a morte ou cause danos físicos, sexuais ou psicológicos à mulher. Diante disso, surgiu uma grande discussão se a mulher transexual poderá ser vítima do referido crime, devido ao legislador adotar o termo “sexo feminino”.

O objetivo geral do trabalho é averiguar se existe a possibilidade de enquadramento do crime de homicídio cometido contra transexual mulher, na qualificadora de feminicídio, os objetivos específicos são: Demonstrar as bases legais, para o entendimento do direito adquirido das transexuais mulheres a partir da mudança de seus prenomes, onde já são consideradas mulheres; analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a possibilidade do transexual mulher integrar o polo passivo da qualificadora do feminicídio; e por fim, analisar os principais entendimentos sobre o gênero mulher.

Desta forma, o presente trabalho visa analisar a possibilidade da aplicação do crime de feminicídio quando as vítimas da violência forem mulheres transexuais. A relevância está em sua atualidade, pois a violência contra os transexuais está ocorrendo dia após dia com maior frequência. Em suma, o tema é importante para que a população tenha consciência da existência da prática em si, com a finalidade de reduzir ou sanar este

problema. Despertando assim o interesse pelo assunto que ainda é pouco difundido, possibilitando que outros estudos sejam desenvolvidos, para que seja garantida a dignidade das transexuais mulheres. Logo, faz-se necessário desenvolver alternativas para buscar tratamento e prevenir esse fenômeno físico, psicológico e social causador de inúmeros prejuízos as vítimas.

Para a realização desse trabalho foi utilizado a metodologia do trabalho jurídico, com método dedutivo, tendo como base os dados levantados por pesquisa bibliográfica e documental. Na tentativa de investigar a temática proposta, dividiu-se o trabalho em dois capítulos. No primeiro capítulo, busca-se apresentar o surgimento da identidade de gênero e diversidade sexual, trazendo também o conceito de transexualidade, violência doméstica e de gênero, e por fim feminicídio no Brasil: uma análise da lei nº 13.104/15.

No segundo capítulo, será discutida a temática a respeito da qualificadora do feminicídio e sua aplicabilidade nos casos em que a vítima é mulher transexual e o enfrentamento dos tribunais em que o feminicídio foi aplicado a mulheres transexuais.

Diante desses temas, o presente trabalho apresenta de forma simples a possibilidade da aplicação da qualificadora do feminicídio contra transexuais mulheres, apresentando entendimentos de renomados doutrinadores na área do Direito, tais como, Lia Zanotta Machado, Rogério Greco, Teresa Rodrigues Vieira, dentre outros, com a finalidade de contribuir para o estudo desta tema no campo jurídico.

Diante do crescente número de casos de crimes contra as mulheres transexuais, é necessário e urgente um meio para poder evitar, prevenir ou pelo menos diminuir as estatísticas e essa forma de crime, a aplicação da qualificadora do feminicídio chega como uma possibilidade para reduzir o índice de crueldade que aumenta de forma assustadora a cada dia. Assim, fica clara a importância do presente trabalho devido a sua relevância social e acadêmica, pois o combate a esses abusos e se torna necessário, porque os danos causados às mulheres transexuais em situações de violência podem ser permanentes e irreversíveis.

2 IDENTIDADE DE GÊNERO E DIVERSIDADE SEXUAL

Desde cedo, diferentes padrões comportamentais se manifestam em mulheres e homens. A sociedade procura de forma intencional, através de várias estratégias, estabelecer a identidade masculina ou feminina como parâmetro. Uma mulher transexual, nascida com corpo masculino, tem a noção de que seu gênero corresponde ao feminino. Por outro lado, um homem transexual, apesar de ter nascido com corpo feminino, sente que seu gênero é válido, identificando-se com seu gênero masculino, em oposição ao seu gênero biológico. (BEZERRA; MAIA, 2017).

Machado conceitua gênero, como sendo:

Uma categoria classificatória que, em princípio, pode ser o ponto de partida para desvendar as mais diferentes formas de as sociedades estabelecerem as relações sociais entre os sexos e classificação de gênero. Este conceito pretende indagar metodologicamente sobre as formas simbólicas e culturais do engendramento social das relações sociais de sexo e de todas as formas em que a classificação do que se entende por masculino e feminino é pertinente e faz efeito sobre as mais diversas dimensões das diferentes sociedades e culturas. (Machado, 2000, p. 5).

Para Rodrigues e Alvarenga:

A identidade de gênero se manifesta, portanto, como um sentimento do indivíduo quanto à sua identificação como homem ou mulher, o que pode ou não corresponder ao sexo atribuído a partir de seu nascimento. Considerado Transtorno de Identidade de Gênero quando o indivíduo, seja ele homem ou mulher, não se identifica com o seu gênero, por ser o seu sexo biológico distinto do seu sexo psicológico. Assim, esta pessoa pertence morfológicamente a um determinado sexo, mas psicologicamente pertence ao sexo oposto. As pessoas que possuem este transtorno de identidade de gênero são consideradas transexuais, pois o seu sexo psicossocial transcende ao sexo biológico. (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015, pág. 79).

Para Gonçalves (2012), a identidade de gênero é uma referência à experiência interna e pessoal, é como um indivíduo se sente, que às vezes pode não corresponder ao seu gênero biológico, a aceitação do próprio corpo, e também outras expressões desse tipo, sejam roupas, maneira de falar, entre outros. Essa identidade de gênero será o principal meio de determinar se uma pessoa é homem ou mulher, aos olhos da sociedade, que em si precisa dessa identificação.

Vale ressaltar que identidade de gênero não deve ser confundida com orientação sexual, pois a primeira forma é a forma como o indivíduo se identifica, pertencendo ao gênero masculino ou feminino. Por outro lado, a orientação sexual refere-se à forma como o indivíduo terá uma relação afetiva. Desde os primórdios da humanidade, estabeleceu-se o costume de que um homem deve ter uma relação afetiva e sexual com uma pessoa do sexo oposto, ou seja, uma mulher deve ter reações com um homem e um homem deve ter relações com uma mulher. Existem diversos grupos dentro da diversidade sexual, os assexuados, os travestis, os bissexuais, os transexuais, dentre outros. (Rodrigues; Alvarenga, 2015).

2.1 CONCEITO DE TRANSEXUALIDADE

Nos mais diversos âmbitos e nas mais diversas abordagens ao tema da transexualidade, um aspecto parece ser consensual: a discrepância entre sexo psicológico e sexo biológico na transexualidade. Os indivíduos transexuais querem viver com o sexo contrário ao do seu nascimento. Embora suas necessidades em relação às mudanças corporais sejam muito discutidas, em muitos casos, podem ser semelhantes, os indivíduos transexuais diferem uns dos outros, bem como as outras pessoas não transexuais. No âmbito da medicina, o sexo biológico é o princípio para determinar a identidade de gênero de qualquer pessoa. Qualquer desvio deste padrão médico é interpretado como um distúrbio, que pode ser tratado cirurgicamente, ajustando o corpo ao que o indivíduo entenda ter. No contexto dos estudos sociais, a transexualidade vem sendo discorrida a com base sua relação com os preceitos e valores sociocultural, a partir de uma importante perspectiva biomédica. (SAMPAIO; COLEHO, 2013).

Para Rodrigues e Alvarenga (2015), um indivíduo que é biologicamente identificado como pertencente a um sexo, porém, se considera do sexo oposto, é considerado transexual. O transexual carrega em si um forte desejo de ver seu corpo transformado para se adaptar ao seu verdadeiro gênero, isto é, seu sexo psicológico. Transexual feminino é alguém que nasceu com genitália masculina, mas psicologicamente é feminino, por outro lado, é apontado como transexual masculino o indivíduo que nasceu com todas as características femininas, inclusive o órgão genital feminino, entretanto seu sexo psicológico é masculino. Em conformidade com Bezerra e Maia (2017 p. 1690) “a transexualidade, portanto, revela o desejo de viver e de ser aceito enquanto pessoa do gênero oposto”.

Nessa perspectiva Costa (2012), discorre que a transexualidade refere-se ao interior do indivíduo, ou seja, a forma como uma pessoa se percebe ou se identifica, independentemente de seu gênero, ou seja, como homem, mulher, como ambos, ou mesmo sem sexo, independentemente da anatomia. Assim, a identidade de gênero está ligada a como homens e mulheres se percebem, e se compreendem.

Teresa Rodrigues Vieira discorre de forma clara e sucinta sobre o que é ser transexual:

O indivíduo que é transexual tem o pleno convencimento de ser do sexo oposto ao que consta na sua certidão de nascimento. Ele não aceita seus órgãos sexuais, e tem a intenção de alterá-lo por meio da cirurgia de redesignação. Os transexuais são vistos como portadores de neurodiscordância de gênero. Seu modo de viver e suas ações diante da sociedade são de acordo com o sexo a qual se identifica psiquicamente. (VIEIRA, 2004, p. 47).

Conforme Bezerra e Maia (2017), o direito à identidade é o resultado da articulação entre o direito de ser diferente e o direito de ser igual. Então isso significa o direito de serem reconhecidos no âmbito social, em concordância com a sua identidade de gênero, direito de ser quem é, de escolher e aprimorar a sua personalidade. É direito de o transexual ser reconhecido e ter um tratamento igualitário perante a sociedade, demonstrando seu verdadeiro valor inerente ao indivíduo.

2.2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

O patriarcado se faz presente na sociedade e inclui a subestimação das mulheres em relação aos homens e a dissemelhança entre eles, expressa ser uma construção social onde os homens possuem força e poder. Ressalta-se que o patriarcado se manifesta na vida das mulheres em âmbitos que vão desde a convivência familiar, passando pelo mercado de trabalho, até o controle sobre seus corpos e a sexualidade. (ALMEIDA, 2010).

Teles e Melo (2017), conceituam a violência, na sua acepção mais generalizada, significa o uso da força física, psicológica para compelir outrem a ter atitudes que diferem do seu desejo; é restringir, é impedir a liberdade, é envergonhar, humilhar, intimidar, é impedir que o outro expresse seus desejos e vontades, sob punição de sobreviver ameaçada, ofendida ou até mesmo sofrer agressões, lesão e até a morte, é um meio de constranger e sujeitar o outro ao seu domínio, é uma violação da dignidade humana. As autoras reforçam que quando se fala de violência doméstica, fica claro que as autoridades públicas estão dispostas a dialogar, levantar demandas, ampliar o debate e desenvolver a reflexão; A atitude é fruto de um longo trabalho realizado nas últimas décadas para denunciar e transformar conflitos históricos entre mulheres e homens em relações democráticas.

O artigo 5º da Lei 11.340/2006 conceitua a violência doméstica:

Para os efeitos dessa Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (BRASIL, [2022], não paginado).

Segundo Cunha (2014, p. 149): “a violência contra a mulher é um fenômeno histórico, fruto das relações de desigualdade de, as quais, conjuntamente com as desigualdades de classe, raça e sexualidade, estão imbricadas aos interesses do modo de produção capitalista”. Não se podem analisar as relações de gênero sem conhecê-las em seu contexto histórico, econômico e social. Quando se fala de contextos patriarcais, devemos entendê-los em termos de desigualdades de classe, raciais e sexuais, não hierárquicas, pois estes são os alicerces da sociedade e estão interligados.

A conceituação de violência doméstica contra a mulher no Brasil evoluiu para a violência de gênero, que é pontualmente a violência que prejudica e lesiona as mulheres mais vulneráveis. As relações discrepantes de gênero são criadas pela influência do patriarcado e dominação, que tentam fundamentar a violência contra as mulheres. O patriarcado refere-se a uma construção social em que os homens detêm o poder. Segundo Delphy (2009), é domínio masculino ou opressão feminina. É por isso que muitos documentos internacionais buscam garantir a igualdade entre ambos, pois se trata de uma problemática mundial.

O conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder de denominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam de criar e preservar os estereótipos que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar os desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres. (TELES; MELO 2017, p. 10)

Para Zanotti (2019), a violência de gênero no sentido primário refere-se a qualquer ato de violência cometido para prejudicar uma pessoa por causa de seu gênero, seja masculino ou feminino. No entanto, para as mulheres, essa violência é bem mais explícita e notória, a mulher é constrangida, coata, violentada pela única e exclusiva condição de ser mulher, claro que esse fato não pode ser, entretanto é uma veracidade. É quase impossível dizer que um homem foi violentado por pertencer a este gênero.

Ainda segundo a autora citada acima, a violência de gênero é um ato de extrema agressividade que decorre por causa da diferença de gênero, no caso das mulheres, e é provável de ser considerada a classificação sob a qual se incluem as outras formas de violência, física, sexual, psicológica, visto que não há como entender qualquer outro tipo de violência, senão que uma mulher é vítima, pela condição única de ser mulher, por ser tratada até como objeto insignificante, desrespeito e inferioridade.

2.3 FEMINICÍDIO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.104/15

Os homicídios de mulheres relacionadas às questões de gênero, que decorrem em diferenciados contextos sociais e políticos, conhecidas como feminicídio, que atualmente

se faz presente em todas as culturas e sociedades e são resultados de culturas dominantes e do desequilíbrio de poder de gênero entre homens e mulheres, originando, assim, a uma posição inferior das mulheres. Suscitando assim um ato extremo de violência, no qual a vida de muitas mulheres são tiradas. O Femicídio se caracteriza como uma categoria de violência absurda e exacerbada contra a mulher, fundamentada por uma cultura machista e de dominação da mulher. (OLIVEIRA; COSTA; SOUSA, 2016).

O feminicídio é determinado como sendo o assassinato doloso, cometido desfavoravelmente contra a mulher, por única razão de ser mulher. Por consequência, a vítima tem a sua dignidade desrespeitada e inferiorizada pela simples razão de pertencer ao sexo feminino. Antes da entrada da Lei do Femicídio em vigor, na ocasião que acontecia um crime praticado pelo fato de ser mulher, não existia uma lei expressa que punisse tal prática. O feminicídio era pressuposto indiretamente, como se referisse apenas a um homicídio. Em outras palavras, não havia previsão de uma punição maior quando o crime era praticado contra a mulher pela questão de gênero. (ORTEGA, 2016).

A lei do feminicídio entrou em vigor em 10 de março de 2015, alterando o Código Penal em seu artigo 121 e inserindo o inciso VI no parágrafo segundo:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...] VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino
Aumento de pena § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (BRASIL, 2015, não paginado).

Conforme Oliveira, Costa e Sousa (2016), a Lei nº. 13.104/2015 caracteriza o assassinato de mulheres como um homicídio mais grave, classificado como crime hediondo. Isso significa que os casos de violência doméstica contra a condição da mulher são considerados como qualificadores, condição que agrava o delito e, portanto, pune quem comete o crime, se através deste ato violento ocorrer o assassinato. Assassinos qualificados podem ser presos por 12 a 30 anos, de acordo com o artigo 121, § 2º do Código Penal Brasileiro, enquanto os homicídios simples estipulam pena de prisão de 6 a 20 anos pela mesma norma.

Após a publicação da Lei do feminicídio os casos de violência contra a mulher se expandiram de forma assustadora, em muitos a vítima já havia denunciado o agressor que continuou impune. As mortes em razão da violência de gênero retratam um problema global, que não é restringido apenas ao Brasil, o que retrata a continuidade do patriarcado e de culturas machistas que posicionam a mulher em uma condição inferior e desigual, a colocando como objeto e propriedade dos homens. (ZANOTTI, 2019).

3 A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E SUA APLICABILIDADE NOS CASOS EM QUE A VÍTIMA É MULHER TRANSEXUAL

Publicada a Lei 13.104/2015, surgiram questionamentos acerca da sua aplicabilidade. Desta forma, a Lei do feminicídio vem enfrentando, desde o princípio, questionamentos quanto ao seu uso e aplicação. A possibilidade de ser aplicada a mulheres transexuais é uma dessas questões levantadas.

Em conformidade com o inciso VI do art. 121, § 2º, do Código Penal, existe feminicídio quando o homicídio é praticado contra a mulher em virtude de a vítima ser do sexo feminino. "A incidência da qualificadora determina situação de violência praticada contra a mulher, em um cenário determinado por relação dominação e poder, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de fragilidade". (CUNHA, 2018, p. 61).

Há duas correntes de opinião que dividem os argumentos sobre a possibilidade de pessoas transexuais aparecerem como vítimas do crime de feminicídio. A primeira visão, conservadora e tradicionalista, enfatiza que pessoas transexuais não são mulheres, sugerindo que uma "mulher" seria simplesmente alguém que nasceu biologicamente para ser mulher, embora seus órgãos genitais tenha sofrido uma modificação física. Mudar a estética, não a aparência externa, o desenho genético, por isso não pode ser garantido pela Lei nº 13.104/2015. Conforme Gonçalves (2016, p. 113), "exclusivamente mulheres podem ser sujeito passivo na qualificadora do feminicídio".

A segunda vertente refere-se à possibilidade de um transexual incluir-se como vítima de feminicídio, argumentando que se um transexual fez a cirurgia para mudar de sexo definitivamente ou mesmo fazer a correção do seu registro civil, deve ser tratado de

acordo às suas novas características físicas, porque a psicológica já o colocou nessa posição. Rogério Greco é defensor desta corrente, e afirma:

Somente aquele indivíduo portador de um registro oficial em que represente expressamente seu sexo feminino, poderá ser considerado como sujeito passivo em casos de feminicídio. Apenas nestes casos que a mulher transexual pode figurar no polo passivo deste crime: passando pela cirurgia de transgenitalização e posteriormente com a mudança significativa em seu documento de identificação. Somente o critério jurídico traz a segurança necessária para reconhecer o conceito de mulher, e a mulher transexual passando por estas fases descritas, é considerada mulher para efeito jurídico, podendo então ser tutelada pela Lei 13.104/2015. (GRECO, 2017, p. 44).

É incontestável que o tema ainda é bastante polêmico e ainda não consensual pelas teorias, mas agora ganha mais força e sustentação com argumentações cada vez mais instrutivas e persuasivas sobre a perspectiva social atual dos transexuais.

3.1 ENFRENTAMENTO DOS TRIBUNAIS EM QUE O FEMINICÍDIO FOI APLICADO A MULHERES TRANSEXUAIS

De acordo com o processo 20180710019530RSE, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territorial (TJDFT) acatou uma ação em contraposição a dois homens por tentativa de assassinato de uma mulher transexual. De acordo com a denúncia, os autores estavam em uma praça, na região metropolitana do Distrito Federal, quando agrediram a vítima causando-lhe lesões corporais graves. Tudo aconteceu conscientemente e eles claramente pretendiam matar a vítima porque ela era uma mulher transexual. Em consoante com as declarações das pessoas que presenciaram e da vítima, eles a afrontavam, dizendo que ela deveria morrer ou se assumir como homem. A vítima não foi morta, pois houve intervenção de terceiros. O recurso indicado pelos transgressores teve como propósito suprimir a qualificadora do feminicídio, argumentando que a vítima, biologicamente, não se adequa ao sexo feminino e, conseqüentemente, na condição de feminicídio o crime não se enquadra. Os magistrados interpretaram que havia sinais suficientes no processo de que o crime foi ocasionado e o motivo foi “por ódio à condição de transexual” da vítima, identificando assim discriminação, desprezo e desrespeito ao gênero feminino escolhido pela vítima, que inclusive é detentora de modificação do seu registro civil, vejamos:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. FEMINICÍDIO TENTADO. VÍTIMA MULHER TRANSGÊNERO. MENOSPREZO OU DISCRIMINAÇÃO À CONDIÇÃO

DE MULHER. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. IMPROCEDENTE. TESES A SEREM APRECIADAS PELOS JURADOS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPROCEDENTE. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. A decisão de pronúncia dispensa a certeza jurídica necessária para uma condenação, bastando o convencimento do Juiz acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, prevalecendo, nessa fase, o in dubio pro societate.

2. No âmbito do Tribunal do Júri, as possibilidades de desclassificação, absolvição sumária e impronúncia são limitadas, sendo admitidas apenas quando a prova for inequívoca e convincente, no sentido de demonstrar que o réu não praticou crime doloso contra a vida, pois mínima que seja a hesitação, impõe-se a pronúncia, para que a questão seja submetida ao júri, ex vi do art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal c/c art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.

3. Somente as qualificadoras manifestamente improcedentes e sem qualquer apoio na prova dos autos podem ser afastadas.

4. Recursos conhecidos e desprovidos. (BRASIL, 2019, p. 1)

Em maio de 2021, o Tribunal de Justiça de São Paulo se recusou a proteger uma vítima por ser uma mulher transexual. A vítima, de 18 anos, foi perseguida e agredida pelo pai, depois de tentar se proteger de uma tentativa de violência sexual. Durante a fuga, ela se deparou com a Polícia Militar, que registrou boletim de ocorrência. Mesmo com as marcas de violência pelo corpo, à defesa que ela tentou contra seu pai foi negada porque ela era uma mulher transexual (SANTOS, 2022). O TJSP afirmou a incapacidade de equiparar “transexual feminino = mulher”. Foi decidido pela maioria dos magistrados, somente uma votou a favor de beneficiar a vítima. (CNN BRASIL, 2021).

No dia 05 de abril de 2022, o Supremo Tribunal de Justiça determinou que a Lei Maria da Penha se empregue aos casos de violência doméstica contra mulheres transexuais. Nesse sentido, o STJ determinou que a Lei nº 11.340/2006 pode ser aplicada no caso de uma mulher que era abusada pelo pai, e a Justiça de São Paulo rejeitou a aplicação da lei no caso, argumentando que a lei só se aplica às mulheres, biologicamente falando. A promotoria recorreu e o STJ acatou o pedido. Este é o primeiro precedente para esta questão em tribunais superiores e abre a porta para que casos semelhantes alcancem resultados semelhantes. (STJ, 2022).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi retratado neste estudo, o trabalho teve como objetivo verificar a possibilidade de enquadramento do crime de homicídio cometido contra transexual mulher, na qualificadora de feminicídio. É possível observar gravíssimas violações dos direitos humanos decorrentes da discriminação em virtude da identidade de gênero. As mulheres transexuais são vítimas constantes de violência. O Brasil é o país onde mais se violenta e mata transexuais no mundo. Esta triste realidade reflete uma população marginalizada e privada de tutela jurisdicional do Estado, inserido em uma sociedade de maioria conservadora e intolerante.

Alguns pesquisadores argumentam que mulheres transexuais podem ser figuras no crime de feminicídio, e há outros que argumentam que esse critério só pode ser aplicado a mulheres nascidas do sexo feminino, afirmando que a mulher transexual não se encaixa na figura de crimes como esse. O direito deve considerar que qualificadora de feminicídio pode ser aplicada as mulheres transexuais e travestis sem nenhuma objeção, já que o fundamento principal desta qualificadora, é que o sujeito passivo do crime seja mulher, ou seja, expressão e papel de gênero feminino são direitos adquiridos e reconhecidos.

Por fim, foi analisado que as mulheres transexuais demandam de uma lei para ter a garantia da sua proteção, a sua dignidade humana. E, diante do posicionamento dos pesquisadores e estudiosos modernos e do entendimento da doutrina e jurisprudência, entende-se que é executável a mulher transexual figurar como sujeito passivo do feminicídio. É dever de o estado proteger todos aqueles que o compõem, devendo ter uma atenção especial pelas minorias que dele fazem parte e, assim, cuidar para que essas minorias sejam de fato assistidas e tenham seus direitos preservados, não deixando que a identidade de gênero seja um fator referência de definição e responsável pela exposição da pessoa transexual a situações de risco, visto que estas pessoas já sofrem preconceito e discriminação diante da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Janaiky Pereira de. **As multifaces do patriarcado: uma análise das relações de gênero nas famílias homoafetivas**. 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/9412/1/arquivo332_1.pdf. Acesso em: 04 mar. 2022.

BEZERRA, Lara Pinheiro; MAIA, Aline Passos. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1688-1717, 2017. ISSN 1516-0351.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (3. Turma Criminal). **Recurso em Sentido Estrito nº 20180710019530RSE (0001842-95.2018.8.07.0007)**. Recorrente: B. W. S. O. E OUTROS. Recorrido: MPDFT. Relator: Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, 4 de julho de 2019. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 04 abr. 2017.

CNN BRASIL, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/maria-da-penha-para-trans-divide-tribunais/>. Acesso em: 02 de abr. 2022.

COSTA, Antônia Analice De Jesus. **Transexualidade e luta por direitos**. Rio de Janeiro, 2012.

CUNHA, Bárbara M. Violência contra a Mulher, Direito e Patriarcado. *In*: XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, v. 1. 2014. **Anais** [...]. Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 149.

DELPHY, C. **O principal inimigo 2: pense no gênero**. Paris: Syllepse, 2009. 389p.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão**. 2012. 262 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/pt-br.php>. Acesso em: 05 mar. 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal parte especial, esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial – artigos 121 a 212 do Código Penal. 14. ed. rev., atual. e ampl. Impetus, 2017.

MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em Confronto**: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo. Brasília: Séria Antropológica, v. 284, 2000, p. 1-19.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; COSTA, Mônica Josy Sousa; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. Femicídio e violência de gênero: aspectos sociojurídicos. **Revista Eletrônica de Ciências**, v. 16, n. 24; 25, 2016. ISSN 2175-9553.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Femicídio (art. 121§ 2º, VI, do CP), **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/feminicidio-art-121-2-vi-do-cp>. Acesso em: 05 mar. 2022.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Transexualidade e dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 10, n. 1, p.72-93, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/revistadireito/article/view/18583>. Acesso em: 04 mar. 2022.

SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. A transexualidade na atualidade: discurso científico, político e histórias de vida. *Irr*. III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades. **Anais** [...]. Salvador: UNEB, 2013.

SANTOS, Rafa. MPF defende medida protetiva a mulher trans com base na Lei Maria da Penha. **Consultor Jurídico**, fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-09/mpf-defende-medida-protetiva-mulher-trans-base-maria-penha2>. Acesso em: 14 de abri. de 2022

STJ, Supremo Tribunal de Justiça. Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide sexta turma. **Notícias**: decisão, abr. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em 14 abril 2022.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. Brasiliense, 2017.

ZANOTTI, Márcia Aparecida. **Femicídio e Violência de Gênero**. 2019. 61f. Monografia (Graduação em Direito), Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu – UNIFOZ, Foz do Iguaçu, 2019.

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA E RACISMO ESTRUTURAL: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

ANA JULIA DA CRUZ MORAIS:
Bacharelada do curso de Bacharelado em Direito do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (IESMA/Unisulma).⁴¹

FERNANDA ARRUDA LEDA⁴²

RESUMO: O racismo estrutural são atitudes e práticas sociais que discriminam e marginalizam os negros. Essa prática é justificada na prisão injusta de negros por meio do reconhecimento fotográfico no qual esse grupo ocupa posições que o enquadra em características pertencentes ao perfil de marginal, concepção esta construída no social, histórico e política. Sendo assim, o presente artigo tem como objetivo geral analisar o reconhecimento fotográfico como meio de prova e como ele pode ocasionar erros institucionais na determinação de prisões. Tal pesquisa trata-se de uma revisão bibliográfica, de natureza qualitativa e descritiva mediante uma análise de artigos nacionais selecionados nas bases de dados científicos Biblioteca Virtual, SciELO e Lilacs, abrangendo artigos publicados nos últimos 10 anos atendendo aos critérios de inclusão e exclusão estabelecidos. Os resultados obtidos foram de que o racismo estrutural são práticas enraizadas no país e que o reconhecimento fotográfico tem a natureza jurídica de meio de prova, mas que pode induzir e incriminar injustamente pessoas negras. Conclui-se que, o reconhecimento fotográfico não deve ser o único meio de prova para a condenação, e que o racismo estrutural é um meio de corroborar com essas prisões injustas.

Palavras-Chave: Racismo Estrutural. Reconhecimento Fotográfico. Prova

ABSTRACT: Structural racism are social attitudes and practices that discriminate and marginalize black people. This practice is justified in the unfair imprisonment of blacks through photographic, in which this group occupies positions that fit the profile of the marginal, a conception constructed in social, historical, and political terms. This article aims to analyze the photographic recognition as a means of evidence and how it can cause institutional errors in the determination of arrests. This research is a bibliographic review, qualitative and descriptive in nature, through an analysis of national articles selected from the scientific databases Virtual Library, SciELO and Lilacs, including articles published in the last 10 years, according to the established inclusion and exclusion criteria. The results

⁴¹ E-mail: anajuliamorais@outlook.com.

⁴² Professora Orientadora. Doutora em Direitos Humanos – UFG. Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ UFMA. Advogada pela OAB/MA 13.560. E-mail: fernandaarrudaledal@gmail.com.

obtained were that structural racism are practices rooted in the country and that photographic recognition has the legal nature of a means of proof, but that it can induce and incriminate black people unfairly. It is concluded that photographic recognition should not be the only means of proof for conviction, and that structural racism is a means of corroborating these unjust arrests.

Keywords: Photographic recognition. Structural racism. Evidence

1 INTRODUÇÃO

O racismo estrutural são atitudes que se baseiam em práticas sociais discriminatórias e rótulos que ofendem a cor da pele, e que favorecem a exclusão, discriminação, homicídios e marginalização dos negros. Por meio dessa concepção, pode-se apontar que o racismo, além de estrutural, ele é um processo histórico e perpetuado no âmbito econômico e político, e "em um mundo em que a raça define a vida e a morte, não tomar como elemento de análise essa questão, demonstra falta de compromisso social e político para a resolução dessa mazela" (ALMEIDA, 2019, p. 37).

Mediante a isso, um exemplo do racismo estrutural é exatamente a condenação de negros baseado apenas no reconhecimento fotográfico como prova da prática do crime. Como consequência, o racismo estrutural cria então condições sociais para que grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática, conforme Almeida (2019).

Esse artigo justifica-se a partir de estudos, que serão discutidos ao longo do trabalho, os quais apontam o reconhecimento fotográfico como uma prova sujeita a equívocos e que tem levado inocentes para a cadeia.

Dessa forma, como objetivo geral tem-se analisar o reconhecimento fotográfico como um meio de prova e racismo estrutural, e como objetivos específicos compreender o racismo estrutural e os aportes políticos, históricos e sociais que fomentam essas estruturas dominantes; analisar o delineamento do processo penal brasileiro e o reconhecimento fotográfico como meio de prova e citar casos emblemáticos ocorridos no Brasil sobre a prisão injusta de negros baseada no reconhecimento fotográfico.

A pesquisa constitui-se em um estudo de revisão bibliográfica, por meio da pesquisa qualitativa e descritiva, que objetivou compreender o racismo estrutural e o reconhecimento fotográfico como meio de prova para prisão injusta de negros.

O estudo bibliográfico, como destacado por Vergana (2002) é um tipo de pesquisa desenvolvida por um material elaborado e levanta informações básicas sobre a natureza da temática pesquisada. Sendo assim, é um tipo de pesquisa que analisa e explica o objeto

investigado, ela "visa analisar as principais teorias de um tema, e pode ser realizada com diferentes finalidades (CHIARA, KAIMEN *et al.*, 2008, p. 32).

Para tanto, foram utilizadas publicações científicas, como artigos, livros e sites de cunho científico como Biblioteca Virtual, SciELO e Lilacs, priorizando para o trabalho textos publicados nos últimos 10 anos.

Os descritores utilizados foram: Reconhecimento fotográfico, prova e racismo estrutural. Para a inclusão dos artigos foram selecionados os seguintes critérios: a) Ser realizado no Brasil; b) Ser publicações científicas; c) Falar sobre racismo estrutural e reconhecimento fotográfico; d) Estar escrito em português e ser publicações dos últimos 10 anos. Os critérios de exclusão foram produções que não apresentassem sobre o tema proposto, não ser produções científicas e ser de língua estrangeira.

Usou-se a pesquisa qualitativa pois ela tem o ambiente natural como sua fonte direta de dados e o pesquisador como seu principal instrumento (LUDKE, 1996). É a descritiva, porque se observa, registra, classifica e interpreta os fatos, sem que o pesquisador faça qualquer interferência. Assim, o pesquisador estuda os fenômenos do mundo físico e humano, mas não os manipulam (PRESTES, 2013). Ademais, a análise se deu de forma qualitativa através da leitura de artigos que constassem em seu conteúdo foco relacionado ao tema. A primeira etapa foi baseada na seleção dos artigos. Na segunda foi feito a leitura baseada nos objetivos, problemática, hipóteses e resultados. Por fim, houve a análise dos artigos a fim de subtrair as principais ideias e resultados.

Vista disso, o artigo, uma vez movido pela motivação em estudar e causar indagações para os futuros leitores, sobre como vários negros tem sua vida atrasada por serem incriminados por um único modelo de prova para indicar um provável culpado, a relevância social desta pesquisa para o meio acadêmico e social é mostrar um tema que é pouco discutido e pesquisado, causar impacto e discussões de como o racismo estrutural afeta e mata vários inocentes.

Não obstante, as contribuições esperadas no âmbito jurídico é alertar que frequentemente ocorre a identificação de pessoas incorretamente e muitos inocentes acabam sofrendo anos por serem confundidos. E que o reconhecimento fotográfico poderá ser utilizado como meio de prova na instrução processual, desde que atenda aos requisitos estabelecidos em lei para apuração de pessoas e esteja acompanhado de outras provas que o corroborem, de acordo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2 RACISMO ESTRUTURAL E OS APORTES POLÍTICOS, HISTÓRICOS E SOCIAIS QUE FOMENTAM ESSAS ESTRUTURAS DOMINANTES

Almeida (2019) ao escrever sobre o racismo estrutural faz um aparato histórico sobre esse tema. O autor relata que a noção de raça é um "fenômeno da modernidade que remota aos meados do século XVI, em que a história da raça ou das raças é a história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas" (ALMEIDA, 2018, p. 17).

O autor aponta que o espírito positivista do século XIX transformou a concepção da diversidade humana, passando de objeto filosófico para objeto científico, ou seja, surgindo a noção determinista e explicativa desses modos de ser do ser humano. Sendo assim, a pele preta e o clima tropical, no período, eram considerados um dos fatores que favoreciam o surgimento de comportamentos imorais, violentos e com pouca inteligência.

Kilomba (2019) debate sobre como o conceito de raça tem como objetivo provocar uma guerra, separação e extermínio dos negros. A autora critica o racismo em sua forma cruel, adotada pela sociedade, em que funciona por meio de uma cadeia de palavras associadas e constituídas aos negros, as quais são: *africano, selvagem, inferior, macaco, animal*, entre outros.

Quiangala *et al.* (2015) discute também sobre a cor branca e a cor negra. A autora relata que o branco é uma definição política e histórica de privilégios sociais e políticos que formam as estruturas dominantes da sociedade. Assim como o negro corresponde muito mais a uma identidade política marcada de preconceitos e opressão do que somente a cor.

"O fato é que a noção de raça ainda é um fator político importante, utilizado para naturalizar desigualdades e legitimar segregação e genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários" (ALMEIDA, 2018, p. 22). No Brasil, a escravização dos grupos africanos e povos indígenas, perdurados no período colonial e imperial, se tornou uma herança escravocrata e racista que perdura no país em todos os fatores (sociais, econômicos, políticos e culturais).

Além disso, o autor diferencia o racismo de outras categorias (preconceito e discriminação) associadas à ideia de raça:

O *preconceito racial* é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias. E a *discriminação racial*, que é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados. Já o *racismo* é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para

indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam (ALMEIDA, 2019, p. 22-23).

Neves, Dezem e Tárrega (2019) explanam que muitas definições acerca do racismo são genéricas, por isso as definem em três: *concepção individualista*, onde acontece a inferiorização de determinado grupo de negros em um contexto específico; *concepção institucional*, é algo não tão explícito, mas serve para manter a hegemonia do grupo racial no poder; e o *racismo estrutural*, o ponto chave deste estudo.

Retomando a perspectiva de Almeida (2019, p. 23):

O racismo é sempre estrutural, ou seja, de que ele é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade. Em suma, o que queremos explicitar é que o racismo é a manifestação normal de uma sociedade, e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade. O racismo fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea. De tal sorte, todas as outras classificações são apenas modos parciais – e, portanto, incompletos – de conceber o racismo.

Neves, Dezem e Tárrega (2019) ainda citam situações que exemplificam o racismo estrutural, muitas vezes imperceptível como, por exemplo, se um aluno passasse em medicina e em seu primeiro dia de aula percebesse que metade da sala era constituída de alunos negros, seria uma situação que causaria questionamentos, mas, quando a maioria são pessoas brancas, dificilmente há espanto.

Veliq e Magalhães (2022) falam também sobre o racismo estrutural em sua forma mascarada e acomodada, na qual há um costume de ver negros ocupando posições servis e miseráveis, e que grande parte das pessoas justificam isso por meio de "características pertencentes" a esse grupo, como incapacidade intelectual e marginalização.

Os autores Neves, Dezem e Tárrega (2019) também levantam a problematização do racismo estrutural nas práticas policiais e no âmbito do judiciário, apresentando dados oficiais do primeiro semestre de 2019 no estado do Rio de Janeiro, em que 80% dos mortos pela polícia eram negros, a maioria homens, jovens e moradores de favelas.

Em uma pesquisa feita pelo "Núcleo de Estudo da Violência" da USP (2011), foi demonstrado que os policiais se baseiam em "conhecimento racial" para reconhecer pessoas por acusação de tráfico de drogas. Sendo assim, várias perguntas são feitas por meio dessa tática, as quais se baseiam em que tipo de pessoas estão realizando essa

segurança pública, como são feitas essas abordagens e se o tratamento é igualitário tanto entre negros quanto entre os brancos.

Concomitante a isso, as estatísticas recolhidas no Atlas da Violência (2020, p.20), apontam que:

Apenas em 2018, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 37,8. Comparativamente, entre os não-negros (soma de brancos, amarelos e indígenas) a taxa foi de 13,9, o que significa que para cada indivíduo não-negro morto em 2018, 2,7 negros foram mortos. Da mesma forma, as mulheres negras representaram 68% do total das mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade por 100 mil habitantes de 5,2, quase o dobro quando comparada à das mulheres não-negras.

Ou seja, 75,7% das vítimas de homicídio em 2018 eram negros, de 2008 à 2018 o índice de execução de pessoas negras subiu para 11,5%, e o percentual de mulheres negras assassinadas foi de 68%, conforme a pesquisa citada, conforme citado no Atlas da Violência (2020).

Não obstante, Conceição (2021) aponta que, enquanto categoria de direitos humanos, o racismo estrutural é recente, por isso que no Brasil ele é considerado como racismo "velado" ou "invisível. Alimentando então a exclusão dos negros, o imaginário da democracia racial e impunidade das práticas de todo tipo de racismo.

A autora também apresenta o racismo estrutural como uma expressão marcada principalmente nas desigualdades sociais, de cunho político, econômico ou jurídico. Isso se exemplifica nos homicídios de pessoas negras, nas diferenças salariais entre negros e não negros, entre outros casos.

Souza (2017) ao estudar sobre o pensamento social e as desigualdades sociais no Brasil, compreende que a falta de assistência à integração, profissionalização e melhor planejamento urbano pelo Estado lança a "ralé" em condições de escravização, onde a violência contra essa massa marginalizada gera o desempenho de atividades braçais e proletárias, o surgimento de favelas e o racismo, dificultando a interação desses povos entre as raças consideradas superiores.

O autor também fala sobre o desinteresse de se discutir sobre o racismo, relatando que esse desconhecimento e carência de debates são proposítivos, uma vez que o

silenciamento é uma forma dos indivíduos e grupos privilegiados reproduzirem e legitimar sua dominação social e calar o sofrimento da maioria oprimida.

“É para isso que servem as estatísticas sobre o maior número de negros na prisão, por exemplo, o menor nível comparativo de renda ou a maior dificuldade que enfrentam em praticamente todas as esferas da vida” (SOUZA, 2021, p. 4).

A Lei 7.716/89, conhecida como Lei do Racismo, pune todo tipo de discriminação ou preconceito, seja de origem, raça, sexo, cor, idade. Em seu artigo 3º, a lei prevê como conduta ilícita o ato de impedir ou dificultar que alguém tenha acesso a cargo público ou seja promovido, tendo como motivação o preconceito ou discriminação. A pena prevista é de 2 a 5 anos de reclusão. E no artigo 4º veda que empresas privadas neguem emprego por razão de preconceito, com pena prevista de reclusão de 2 a 5 anos.

Por fim, Conceição (2021) aponta que é importante investir em políticas que promovam a igualdade e diversidade, que revise práticas institucionais e que promova o debate sobre esse tema a fim de criar uma conscientização social desse racismo que se enraizou no país. Porém esse é um trabalho árduo e bem mais amplo, que pode levar anos para haver uma redução de sentimentos, pensamentos e comportamentos racistas que assolam o Brasil.

3 DELINEAMENTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA

Em primeiro plano, torna-se oportuno discorrer acerca do conjunto probatório empregado pelo processo penal para alcançar sua finalidade de instrumentalizar e garantir a aplicação da lei penal, em virtude da efetivação punitiva do Estado e a solução de fatos delituosos.

Esse importante instrumento processual busca comprovar a veracidade dos fatos que concorreram para a prática de um delito, no qual influencia diretamente o julgador para condenar culpados ou absolver inocentes de maneira acertada. Sua previsão legal está disposta no Título VII (artigo 155 a 250) do Código de Processo Penal (CPP) em que apresenta alguns dos meios de prova admitidos e indica diretrizes quanto a sua elaboração e aplicação processual (PICK, 2017).

O conceito de prova pode ser tido como comunicação, troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório (RAMALHO JUNIOR, 2004). Outrossim, Capez (2011, p. 344) corrobora com a assertiva de que provas são:

O conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Ademais, o instituto do reconhecimento, analisado no presente trabalho, é considerado um meio de prova previsto nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal brasileiro e possui estrita finalidade em reconhecer pessoas ou objetos que estejam relacionados ou sejam oriundos do fato delituoso.

De acordo com Zucchetti Filho (2020, p.68):

O reconhecimento pessoal é um procedimento frequentemente utilizado e se baseia na busca pela individualização do criminoso enquanto as autoridades responsáveis pela investigação ainda não identificaram ou possuem dúvidas a respeito de quem seja o imputado.

Nesse sentido, por meio das percepções pretéritas, o reconhecimento passa a identificar, certificar ou reafirmar atos anteriormente vivenciados. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência, tem adotado e permitido o reconhecimento de pessoas por meio de fotografias, à despeito dos direitos e garantias fundamentais.

Embora não tenha previsão expressa na lei processual penal, o reconhecimento fotográfico é amplamente utilizado na produção probatória, principalmente na fase investigativa. Destarte, é comum encontrar nas delegacias de polícia os denominados álbuns fotográficos compostos por imagens de pessoas que possuem antecedentes policiais e que costumam ser apresentadas ao reconhecedor, seja na própria tela do computador, de forma sequencial, ou por meio de material impresso, de modo sequencial ou simultâneo (PICK, 2017).

Assim, no que concerne a utilização de álbuns fotográficos, Lopes (2011, p. 93) para fins de esclarecimento, distingue as denominações de identificação fotográfica e reconhecimento fotográfico:

A identificação fotográfica é a prática policial de colocar álbum de fotos diante da vítima ou testemunha para que informe se alguma daquelas fotos corresponderia à pessoa vista no dia dos fatos. Diferentemente, o reconhecimento fotográfico é aquele realizado

por um método de comparação de fotos de pessoas semelhantes, isto é, com as mesmas características (LOPES, 2011, p. 93).

Nesse viés, na hipótese de ainda não haver suspeita sobre a autoria delitiva, a exposição do álbum fotográfico com o objetivo de identificá-la caracteriza-se apenas como um meio de investigação, denominada *identificação fotográfica*.

Por outro lado, o reconhecimento fotográfico, pressupõe que já exista um suspeito, de modo que seja apresentada ao reconhecedor algumas fotografias de pessoas com características idênticas a ele. Desse modo, “enquanto o reconhecimento fotográfico tem a natureza jurídica de meio de prova; a identificação fotográfica representa meio de investigação” (LOPES, 2011, p. 93).

Considera-se o reconhecimento fotográfico comumente empregado para identificar a autoria delitiva durante a persecução penal. Logo, as situações em que é frequentemente utilizado ocorrem quando não há indicação mínima de autoria, ou quando não é possível a realização do reconhecimento pessoal por alguma circunstância alheia à investigação, ou ainda quando o suspeito ou acusado se nega ao reconhecimento pessoal.

Em virtude disso, o reconhecimento fotográfico possui caráter subsidiário, ou seja, sua admissão configura uma exceção. Logo, Nucci (2020) nos alerta que tal procedimento, embora seja permitido como prova, deve ser utilizado com muita cautela e apenas nos casos de extrema necessidade, visto que, a identificação de pessoa ou coisa por meio fotográfico está mais sujeita a falhas, o que reduz sua credibilidade.

Assim como o reconhecimento pessoal, o reconhecimento fotográfico também depende excessivamente da memória humana na reconstrução fática e as identificações feitas por vítimas/testemunhas podem não ser confiáveis. Em face disso, a memória não retém os registros como uma máquina fotográfica ou filmadora, motivo pelo qual podemos sofrer perdas e distorções.

O ato de reconhecimento de uma pessoa estranha, a qual por inúmeras vezes foi vista em condições precárias – pouca luz, de forma rápida ou à distância - é uma tarefa árdua para a memória humana, dado que, muitas vezes sentimos dificuldades de reconhecer um conhecido que não vemos há algum tempo ou encontramos essa pessoa em um contexto diferente (STEIN; ÁVILA, 2015).

Conforme Izquierdo (2011, p. 55):

A memória humana é de curto ou de longo prazo. A memória de curto prazo contempla informações que ficam retidas por poucos momentos. Portanto, é a memória que se utiliza para proferir uma frase gramatical que faça sentido. A memória de longo prazo abarca

informações que ficam armazenadas por mais tempo, podendo perdurar por horas, dias, anos ou mesmo décadas. Esta ainda pode ser dividida em memória procedural e memória declarativa. Aquela se vincula às memórias de capacidades ou habilidades motoras ou sensoriais, como andar de bicicleta, nadar, entre outros; e a memória declarativa registra fatos, eventos ou conhecimento, e é responsável pelo armazenamento de dados passíveis de serem declarados.

Diante de tais considerações, é sobre o último aspecto da memória que se devem dirigir as implicações jurídicas. Os estudos e pesquisas experimentais realizados no âmbito da neurociência e da psicologia cognitiva apontam que a memória está sujeita a falhas, além do risco de esquecimento, há a possibilidade do surgimento de falsas memórias na mente de quem necessita recordar algo. Esses estudos experimentais sobre falsa memória iniciaram com Binet em 1980 na França, ao pesquisar sobre a falsificação de memórias em crianças e como essas recordações poderiam ser alteradas conforme a sugestão dos adultos (ALVES; LOPES, 2007).

O estudo de Binet consistiu em apresentar objetos às crianças e depois oferecer informações enganosas, por exemplo, falar de objetos que ele não havia apresentado, com isso, o resultado foi perceber o aparecimento de distorções de memória frente as sugestões dadas. Bartlett (1932) também estudou sobre a falsificação das memórias em adultos, sendo o pioneiro. Para o autor, o ato de recordar é uma construção, baseadas em experiências, expectativas e conhecimentos prévios da pessoa, assim como relata que uma experiência específica não pode ser totalmente lembrada (ALVES; LOPES, 2007).

Loftus (2015) psicóloga cognitiva e importante pesquisadora e especialista norte-americana do tema falsas memórias, assevera que cerca de 75% dos casos de inocentes condenados resulta de falsas memórias na identificação do acusado (*apud* VICENSI, 2016). Seus estudos experimentais consistiram em apresentar imagens e vídeos de um acidente de aviação a um grupo de adultos, após disso, o pesquisador colocou informações acerca do acidente e acrescentou também relatos falsos. Por fim, ao pedir que os participantes evocassem as informações, os resultados revelaram que os indivíduos aceitaram as informações falsas sugeridas. Seus experimentos demonstraram que é possível distorcer memórias para situações testemunhadas. Sendo assim, o reconhecimento fotográfico como único indício da autoria delitiva e valoração judicial apresenta um sério risco ao processo penal e uma grave insegurança jurídica, tendo em vista os casos de erros institucionais na determinação de prisões.

4 CASOS NO BRASIL SOBRE A PRISÃO INJUSTA DE NEGROS BASEADA NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O reconhecimento fotográfico como único indício da autoria delitiva e valoração judicial apresenta um sério risco ao processo penal e uma grave insegurança jurídica, tendo em vista os casos de erros institucionais na determinação de prisões. Irigönhê (2015, p. 73) relata a seguinte situação:

Na noite de 10 de fevereiro de 2014, a copeira Dalva Moreira da Costa estava em um ponto de ônibus no Bairro de Todos os Santos, na Zona Norte do Rio de Janeiro, quando foi abordada por um homem negro, de camiseta preta e cabelo estilo black power, o qual a empurrou com força, subtraiu-lhe a bolsa e evadiu-se do local. Na sequência, a vítima foi acudida por um policial e puseram-se ambos a procurar pelo sujeito. Avistaram subindo as escadas de um viaduto um homem cujos tom de pele, cor de camiseta e corte de cabelo condiziam com os do autor do crime. Imediatamente, a vítima reconheceu o homem como aquele que a havia roubado momentos antes, não obstante ele não estivesse carregando nenhum dos pertences subtraídos. Foi, então, lavrado auto de prisão em flagrante e o sujeito foi parar na Cadeia Pública Juíza de Direito Patrícia Acioli, em São Gonçalo, na região metropolitana do Rio de Janeiro. Assim que divulgado, o fato alcançou notória repercussão na imprensa e em redes sociais. O motivo: o autuado chamava-se Vinícius Romão de Souza, psicólogo que havia trabalhado como ator na telenovela Lado a Lado, transmitida entre os anos de 2012 e 2013 na Rede Globo de Televisão.

Quinze dias após o fato, foi concedida liberdade provisória a Vinícius, com a condicional de cumprimento de medidas cautelares. Em seguida, houve novo depoimento da vítima fornecido pela Polícia Judiciária, onde a mesma afirmou que o local do crime não era bem iluminado e que viu o rosto do agente por apenas alguns instantes. Admitiu a copeira que poderia ter se enganado ao reconhecer Vinícius. Retratando-se a vítima e acolhido parecer do Ministério Público, o Juízo determinou o arquivamento do feito em 11 de março de 2014, pois ausente justa causa para a ação penal (IRIGONHÊ, 2015).

Um fato assim traz questionamentos indeclináveis, por exemplo: se tivesse outro tom de pele, será que seria reconhecido de forma errada como autor de um crime? Ou ainda, "quais são as pessoas que, invisíveis e despidas da sorte de serem relativamente conhecidas em escala nacional aportam ao cárcere e nele se mantém devido a reconhecimentos equivocados?" (IRIGONHÊ, 2015, p. 75).

De acordo com os dados de dois relatórios formulados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ) juntamente com o Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 prisões injustas baseadas no

método de reconhecimento fotográfico - sendo 73 no Rio de Janeiro. Desse total, 79 contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras. Para defensores, os estudos revelam não só um racismo estrutural como também a necessidade de um olhar mais cuidadoso para os processos que se sustentam apenas no reconhecimento fotográfico da vítima como prova da prática do crime.

Em 2021 o programa Profissão Repórter mostrou histórias de presos inocentes que foram vítimas de erros do sistema judicial e pelo reconhecimento fotográfico. Um exemplo aconteceu em 2014, no interior de São Paulo, quando Luís Otávio da Silva, estudante de psicologia, foi preso por estupro que não cometeu e passou 11 meses na prisão. O indício para a acusação foi de que ele possuía roupas parecidas com a do criminoso, além da cor. Concomitante a isso, o Fantástico lançou uma reportagem em no mesmo ano mostrando pesquisas feitas pelo Condege (entidades que reúnem defensores públicos de todo país) em que se constatou que 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros.

Conforme Magalhães (2020) não se pode aderir a um perfil de criminoso baseado na cor da pele, porém, o próprio Estado trata o negro como inimigo e consequentemente essa conduta manifesta a ideia de "inferioridade racial".

Um exemplo que evidencia sentenças escancaradamente preconceituosas foi a fala da sentença proferida pela juíza L.R.Cda da 5 Vara Criminal de Campinas: "Vale notar que o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido", conforme Neves, Dezem e Tárrega (2020).

Outro exemplo de racismo estrutural e prisão injusta de negro baseado em reconhecimento fotográfico abordado na matéria da ANADEP – Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (2020), foi o caso de Bruno (nome fictício) que aconteceu em 23 de agosto de 2019, o qual foi abordado em um mercado na Praça Inconfidência, em Petrópolis, onde foi para fazer uma entrevista de emprego. Os policiais o viram e afirmaram ter contra ele um mandado de prisão por roubo ocorrido há três meses atrás. Na delegacia ele foi colocado em uma sala de reconhecimento ao lado de homens brancos e a vítima disse que se lembrava que o assaltante era negro e apontou Bruno como o ladrão. Por isso, Bruno ficou 15 meses preso e foi solto apenas em novembro de 2020, com decisão de absolvição pautada na insuficiência de provas.

O violoncelista, Luiz Carlos, em setembro de 2020 também foi algo de prisão injusta. O músico foi reconhecido por uma fotografia que constava no sistema da Polícia Civil do Rio de Janeiro, e ficou 4 dias preso. Vasconcelos (2020) relata que os estereótipos em relação a esse grupo social faz com que as fotografias utilizadas o torne um suspeito padrão, por conta de sua cor.

Sinhoretto, Silvestre e Schlittler (2014) além de fazerem um estudo sobre a prisão baseada em reconhecimento fotográfico realizaram uma pesquisa sobre outra problemática, a existência de mecanismos de produção da desigualdade racial na atividade policial em São Paulo. Os resultados apontaram mortes em decorrência da ação policial, os quais apresentam que de 2009 a 2011 foi analisado 734 processos e que o perfil das vítimas eram predominantemente negras (61%), homens (97%) e jovens entre 15 a 29 anos.

Por meio dessas situações é possível identificar como o racismo estrutural está enraizado na sociedade e como ele fica mais evidente nesses casos em que vários negros, dia a dia, sofrem diversas acusações e prisões injustas baseadas na cor de sua pele (NEVES; DEZEM, TÁRREGA, 2020).

Mediante a isso, fez-se necessária a "criação de organizações com finalidade de levar aos tribunais casos que já transfirmam julgados, mas se verificou que houve algum erro de julgamento e condenação injusta" (LOURENÇO, SILVA, 2012, p. 2).

O *Innocence Project* é uma dessas organizações, ela é norte-americana e tem como finalidade de reportar que os tribunais, via revisão criminal, analisem casos transitados em julgamento, com provas e fatos capazes de demonstrar inocência dos condenados (LOURENÇO, SILVA, 2012).

De acordo com os autores, o *Innocence Project* foi implementado pela primeira vez na Escola de Direito Benjamin Cardozo, em 1992, por Barry C. e Peter Neufeld, e usava testes de DNA para provar a inocência de presos em condenações definidas.

No Brasil, esse projeto, com sede em São Paulo, iniciou sua atividade em dezembro de 2016 e em 2019 contava com dois casos de exonerações (INNOCENCE PROJECT, 2019).

Lourenço e Silva (2012, p. 13) levantaram esses dados, em que:

Em cerca de 45% dos casos de reversões de condenações injustas por meio do Innocence Project, o uso de alguma prova pericial contribuiu para a condenação. Da consulta ao registro nacional de exonerações, em 24% das exonerações a prova pericial foi utilizada como fundamento para a condenação injusta, o que perfazem 607 exonerações, na data de 22/12/2019.

Passi (2020) relata sobre a campanha "Justiça para os inocentes", com incentivo da Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária (CDHAJ) da OABRJ em parceria com artistas da 342Artes e Mídia Ninja pelo fim das prisões de inocentes com base unicamente em reconhecimento fotográfico.

Conforme a autora, o pilar da criação dessa organização é denunciar o racismo estrutural nas instituições e criar mecanismos em que, caso essa identificação por foto seja usada, essa ferramenta não deve ser a única, pois tem que ser acompanhada por uma série de outros mecanismos para sustentar a acusação.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo geral, a partir da revisão bibliográfica, analisar o reconhecimento fotográfico como um meio de prova e racismo estrutural. A partir dos artigos analisados, os objetivos foram respondidos uma vez que foi unânime as discussões apresentadas por cada um deles.

Evidenciou-se que o racismo estrutural está enraizado no país, nas relações e nas formas de tratamento em relação aos negros, e que culpabilizar e sentenciar um negro baseado apenas no reconhecimento fotográfico é uma problemática que deve ser repensada pelo sistema Judiciário.

Além disso, torna-se imprescindível fomentar as implicações que derivam do fenômeno das falsas memórias, uma vez que, a condenação baseada única e exclusivamente no reconhecimento fotográfico, colhido na fase do inquérito policial, corrobora com a violação de direitos e garantias. Nesse sentido, o reconhecimento fotográfico precisa lidar com inúmeras variáveis, tanto relacionadas com a memória bem como associadas com valores e estereótipos culturalmente construídos na sociedade atual.

Faz-se também importante preparar tecnicamente e psicologicamente os agentes de segurança pública para não revestir uma figura inimiga a determinados grupos sociais.

No sistema Judiciário é imprescindível uma postura imparcial do magistrado, para não usar como pretexto a cor da pele para proferir uma sentença (NEVES, DENZEM, TÁRREGA, 2020). E socialmente, é preciso práticas reestruturadoras para que se modifique substancialmente o tratamento em relação aos negros ainda precisa de muitas discussões para que haja essa conscientização.

Vale ressaltar que uma das dificuldades para construção do artigo foi encontrar pesquisas que falassem sobre o reconhecimento fotográfico como meio de prova e como o racismo estrutural faz parte desse processo, por isso, as pesquisas não devem ser findadas, fazendo-se necessário novos levantamentos de estudos, dados e casos que trabalhem esse tema e gere maior visibilidade, para que se possa alcançar medidas que punam essas práticas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALVES, Cíntia; LOPES, Ederaldo. **Falsas memórias: questões teórico-metodológicas.** Paidéia, 2007.

ATLAS DA VIOLÊNCIA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia – (Diest). Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSB), 2020.

ASCOM. **DP vai à justiça por jovem negro preso injustamente por 15 meses.** ANADEP, 8 nov, 2021.

BELARMINO, Guilherme; TEIXEIRA, Mayara; BORGES, Pedro. **Histórias de presos inocentes que precisam reconstruir a vida após a liberdade.** G1, 25 de out, 2021.

CHIARA, I. D. et al. Normas de documentação aplicadas à área de Saúde. Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2008.

CONCEIÇÃO, Ísis. **Racismo e pandemia uma análise jurídica:** dimensões de justiça e suas interseções. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, vol. 12, n. 3, p. 1741-1776, 2021.

Coleção de Leis do Brasil - 1989, Página 10 Vol. 1 (Publicação Original).

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias:** repensando a prova penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FALSAS MEMÓRIAS E ERROS JUDICIÁRIOS. **Entrevista com Elizabeth Loftus.** Canal Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/falsas-memorias-e-erros-judiciarios-entrevistacom-elizabeth-f-loftus/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

IZQUIERDO, Iván. **Memória.** 2. ed. Porto Alegre: ArtMed, 2011.

KILOMBA, Grada. **Memórias da platidão:** episódios de racismo cotidiano. Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro.** 2011. 224 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 93. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>. Acesso em 13 jun. 2017.

LOURENÇO, Aline; SIMÕES, Erick. **Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais:** análise do Innocence Project do National Registry of Exoneration e mecanismos para redução de erros periciais. 2012.

LUDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E.D.A. **Pesquisa em educação**: abordagens qualitativas. São Paulo: EPU, 1996.

MAGALHÃES, Alexandre. **Racismo estrutural no Brasil**. Revista Ponte, Dina Alves, 2020.

NEVES, Yasmin B.; DEZEM, Lucas T.; TÁRREGA, Maria C. **O racismo estrutural sob a perspectiva da atividade policial e da justiça penal**. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 8, p. 631-641, out/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 488.

PASSI, Clara. **Justiça para os inocentes**. OABRJ, 2020.

PRESTES, Maria Luci de Mesquita. **A pesquisa e a construção do conhecimento científico: Do aos textos, da escola à academia**. 4. ed. São Paulo: Rêspel, 2013.

PICK, Claudia. **O reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal brasileiro**. 2017. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/4015>. Acesso em 04 abr. 2021.

RAMALHO, Elmir Jr. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2004.

STEIN, Lilian M.; ÁVILA, Gustavo N.. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015. (Série Pensando Direito, No. 59). p. 67. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2021.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTER, Maria. **Desigualdade Racial e Segurança Pública em São Paulo**. UFSCar, 2014.

SOUZA, JESSE. **A elite do atraso**: da escravidão à lava-jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, JESSE. **Como o racismo criou o Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021.

QUIANGALA, Anne *et al.* **Branco não é uma cor** (entrevista com Grada Kilomba). Distrito Federal: Preta, Nerd & Burning Hell, 2015.

VELIQ, Fabiano.; MAGALHÃES, Paula. **A colonização é aqui e agora**: elementos de presentificação do racismo. Trans/Form/Ação, Marília, v. 45, p. 111-128, 2022.

VINCENSI, MAIARA MÜLLER. **Processo penal e falsas memórias: reflexos no reconhecimento de pessoas**. 2016. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Regional Do Noroeste Do Estado Do Rio Grande Do Sul, Ijuí, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em:
<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/4014>. Acesso em 04 abr. 2021.

ZUCCHETTI FILHO, Pedro. **Reconhecimento Pessoal: Procedimento Penal e Aportes Psicológicos**. 2020. 321f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p.38.

VERGANA, Sylvia C. 439, 2003. **Revista de Saúde Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. de Janeiro: Atlas, 2002. 3 ed. Rio

A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO POR PESSOAS NEGRAS NO ESTADO DO MARANHÃO

JHYANARA JINÚINA DAMASCENO PEREIRA:
Bacharelado em direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA

DENISSON GONÇALVES CHAVES

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico possui o objetivo de discutir a superlotação carcerária sob a ótica do racismo estrutural, a fim de evidenciar a seletividade racial nos cárceres do Estado do Maranhão. A superlotação carcerária trata-se de uma mazela vinculada à ausência de espaço no estabelecimento prisional que denuncia diversas irregularidades do sistema carcerário brasileiro, além de tornar evidente a violação constante dos direitos humanos. Nesse contexto, surge a seguinte problemática: Quais os fatores que corroboram para a superlotação do sistema carcerário por pessoas majoritariamente negras? A proposta empregada para tanto, possui natureza quanti-qualitativa, por se tratar de um estudo que utiliza modelos estatísticos para chegar em determinada conclusão e no que se refere ao levantamento de dados, denomina-se como uma pesquisa bibliográfica, fundamentada a partir da legislação vigente como a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, além dos dados obtidos por meio do DEPEN, revistas e artigos jurídicos. Diante da revisão de literatura, constatou-se que o fenômeno da superlotação carcerária por jovens negros e pobres resulta-se da perpetuação do racismo estrutural durante séculos no país efetivado pelas estruturas de poder do Estado para perseguir e segregar determinados grupos sociais. O resultado de um sistema penal seletivo e estruturalmente racista é, portanto, o aumento significativo da população carcerária do país e o genocídio do homem negro.

Palavras-Chave: Superlotação. Sistema carcerário. Racismo. Racismo estrutural. Seletividade Racial. Maranhão.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O SISTEMA CÁRCERARIO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE GENOCÍDIO RACIAL. 3 RAÇA E CARCERE. 4 RACISMO ESTRUTURAL. 5 A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO POR PESSOAS NEGRAS NO BRASIL. 5.1 Assistência médica e saúde. 5.2 Higiene e alimentação. 6 SELETIVIDADE RACIAL NOS CÁRCERES DO ESTADO DO MARANHÃO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A superlotação carcerária trata-se de uma mazela vinculada à ausência de espaço no estabelecimento prisional que denuncia diversas irregularidades do sistema carcerário

brasileiro, além de tornar evidente a violação constante dos direitos humanos e a questão intrinsecamente racial. Em conformidade com última atualização de dados do Sistema de Informações do Sistema Penitenciário, o Brasil ocupa atualmente, a 3ª posição no ranking mundial de países com mais encarcerados no mundo. Dentre cerca de 749 mil pessoas encarceradas, 64% são negras e pardas (INFOPEN, 2019).

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha como base do Estado Democrático brasileiro, em seu art. 1º, inciso III, o respeito à dignidade humana, bem como determine, em seu art. 5º que todos são iguais perante a lei e disponha de regras humanitárias mínimas de tratamento, na prática, principalmente quando o assunto se trata do sistema penal do país, nenhuma dessas garantias fundamentais são, de fato, respeitadas. No mesmo sentido, encontra-se a Lei de Execução Penal que dispõe uma série de direitos básicos aos detentos, relacionadas à dignidade humana, que estão distantes do que se tem evidenciado nas prisões brasileiras.

Nesse contexto, observa-se que as prisões no Brasil se reafirmam de ano a ano como um lugar para negros, visto que quanto maior o crescimento da população prisional no país, maior o número de pessoas negras encarceradas. Ainda que isso não seja propriamente uma novidade, ao analisar o contexto histórico de dados sobre cor e raça dos detentos no Brasil, evidencia-se que a cada ano, este grupo representa uma fração maior do total de pessoas negras. Dessa forma, surge a seguinte problemática: Quais os fatores que corroboram para a superlotação do sistema carcerário por pessoas majoritariamente negras?

Assim, verifica-se que o Brasil é um dos maiores exemplos quando se observa o uso do sistema penal para controlar a população negra. A relação estabelecida entre racismo e sistema penal no Brasil encontra-se de maneira íntima e enviesada, visto que o Estado trabalha flagrantemente para o extermínio de corpos negros e que, valendo-se das várias dimensões do aparelho institucional, tem sua faceta mais explicitada nos mecanismos do controle penal, motivo pelo qual a referida temática torna-se pertinente para ser discutida.

A proposta empregada para tanto, possui natureza quanti-qualitativa, por se tratar de um estudo que utiliza modelos estatísticos para chegar em determinada conclusão, além de se basear em dados qualitativos para validar as hipóteses levantadas ao longo do trabalho. Ainda, no que se refere a revisão literária, a pesquisa denomina-se como bibliográfica, fundamentada a partir da legislação vigente como a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, além dos dados obtidos por meio do DEPEN, revistas e artigos jurídicos publicados na Internet encontrados em bases de dados como o Scielo, Portal, Capes, etc.

Em primeiro plano, o trabalho apresentado abordou algumas concepções históricas do sistema carcerário e a sua atuação como instrumento de genocídio racial. Discutiu-se

nessa mesma seção, a relação entre raça e cárcere, para que fosse possível verificar em seguida, como o racismo estrutural se manifesta diante da sociedade brasileira e a sua definição. Em seguida, foram tecidas considerações sobre a problemática da superlotação carcerária por pessoas negras no Brasil e os direitos assegurados aos detentos pela Constituição e pela LEP. Por fim, evidenciou-se a seletividade racial nos cárceres do Estado do Maranhão.

2 O SISTEMA CÁRCERARIO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE GENOCÍDIO RACIAL

As penitenciárias brasileiras tornaram-se ao longo dos anos, um espaço cada vez mais dedicado à população negra do país. Verifica-se por meio de uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa de Política Criminal da Universidade de Londres, que o Brasil ocupa atualmente, a 3ª posição no ranking mundial de países com mais encarcerados no mundo (WPB, 2021), em que as estatísticas demonstram que dentre cerca de 749 mil pessoas encarceradas, 64% são negras e pardas – conforme a última atualização de dados do Sistema de Informações do Sistema Penitenciário (INFOPEN, 2019).

Nesse viés, ainda que o encarceramento de pessoas negras não seja propriamente uma novidade em nosso país, ao analisar o contexto histórico de dados sobre cor e raça dos detentos no Brasil, evidencia-se que a cada ano, este grupo representa uma fração maior do total de pessoas negras. Se, em 2005, os negros representavam 58,4% do total de presos, enquanto os brancos 39,8%, em 2019, essa proporção chegou a 66,7% de negros e 32,3% de brancos. A taxa de variação nesse período demonstra o crescimento de 377,7% na população carcerária identificada pela raça/cor negra, valor bem superior à variação para os presos brancos, que foi de 239,5% (PLATINI, 2021).

Constata-se, portanto, que as prisões no Brasil se reafirmam de ano a ano como um lugar para negros, visto que quanto maior o crescimento da população prisional no país, maior o número de pessoas negras encarceradas. Dessa forma, denota-se que a desigualdade racial no sistema prisional é capaz de alcançar patamares extremos, o qual não se materializa somente pelos números e dados apresentados, como também se evidencia concretamente na maior severidade de tratamento e sanções punitivas direcionadas aos negros.

Alia-se a isso, as oportunidades distintas e restritas aos negros na sociedade, associadas às condições de pobreza que enfrentam no cotidiano, fazendo com que se tornem os maiores alvos das políticas de extermínio e encarceramento do país. Sabe-se que as políticas de encarceramento possuem teoricamente, o propósito de punir a criminalidade do condenado e ressocializá-lo para que o mesmo possa retornar a conviver em sociedade, idealizando dessa forma, a punição como ferramenta de controle social no imaginário coletivo, na medida em que o Estado legitima o dever de punir como

manutenção da boa ordem social. Entretanto, o que se observa no Brasil desde tempos remotos, é que:

O sistema carcerário do país é uma das maiores mazelas do Estado, que hipocritamente envia os condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e provavelmente, até mais violento em relação ao que o conduziu ao cárcere (MIRABETTE, 2008, p. 89).

O cenário descrito pelo referido autor são consequências de desdobramentos históricos do sistema penal do Brasil e do mundo que refletem até os dias atuais. Na obra "*Vigiar e Punir: nascimento da prisão*" de Michael Foucault (1978), o autor discorre sobre os suplícios como punição legal entre os séculos XVI e XVII, os quais foram caracterizados por penas de mutilação, tortura, esquartejamento e até a própria morte. Todos esses atos eram acompanhados publicamente pelo povo. No Brasil Colonial o suplício era um ato legitimado pelo código Filipino com práticas idênticas vistas na Europa, que assim denota:

Atacando a figura do rei pela infração da lei, o condenado era marcado por um cerimonial de exibição de força, na qual o soberano colocava à vista de todos o corpo supliciado. O corpo é o local que se insere a dissimetria das forças. Em relação à vítima o suplício deve ser marcante (FOUCAULT, 1978, p. 12).

O encarceramento não era o objetivo no Brasil colonial, mas um meio para fazer com que o acusado permanecesse à espera da verdadeira pena. O suplício possuía como grande característica o poder despótico do rei, em que ao cometer um ato contra a sociedade, significaria cometer uma conduta contra o próprio rei (PINTO, 2020).

Nesse sentido, percebe-se que a justiça criminal resulta de um longo processo de mudança social, científica e filosófica. A partir do século XVIII novas formas de penalidades começaram a nascer, o suplício deixa de ser o espetáculo midiático de tortura (FOUCAULT, 1987, p. 13), e abre espaço para a busca de formas mais "humanizadas" de punição, passando a ser visto como um espetáculo de selvageria, nada muito diferente do criminoso ora esquartejado ou queimado.

Ainda que as penas de tortura e mutilação tenham sido juridicamente extintas e substituídas por modelos de punição menos desumanos, salienta a pesquisadora Juliana Borges (2019), que se analisarmos a realidade das periferias brasileiras, em suma com a maioria da sua população negra e pobre, percebe-se que a justiça criminal utiliza artifícios parecidos com os suplícios nas abordagens aos moradores.

À exemplo do assassinato do jovem de 14 anos João Pedro, durante uma abordagem policial no Complexo do Salgueiro, em São Gonçalo (RJ), em 18 de maio de 2020. O jovem encontrava-se em sua residência acompanhado de um familiar quando ouviu disparos de tiros e abaixou-se para se proteger, porém os policiais invadiram sua residência e o assassinaram.

Uma criança estava no chão de sua própria casa abaixada para se proteger de tiros e ainda assim os policiais escolheram continuar atirando, este caso é similar às práticas de suplício em que se amarravam os criminosos que já estavam fracos e feridos por açoites, para os apedrejarem até a morte. O cenário caótico das prisões brasileiras também não se diferencia desta realidade, uma vez que a superlotação carcerária se constitui como um dos problemas sociais e de saúde pública que mais violam os direitos humanos atualmente.

Dessa forma, constata-se que o cárcere no Brasil, da forma como ocorre ao longo dos anos, é munido com absoluto descaso do Estado. A normalização do sofrimento pela sociedade aponta para a implementação de uma espécie de política criminal intencionalmente aplicada com o objetivo de promover a segregação social com relação àqueles grupos sociais que não agradam aos interesses das estruturas e grupos dominantes que se encontram no poder (FLAUZINA, 2008).

Há, portanto, ainda em conformidade com Flauzina (2008, p. 67), a promoção de um genocídio seletivo, silencioso e continuado, perpetrado por meio da implementação intencional dessa política criminal que se traduz na realidade do sistema carcerário do país, e se efetua de maneira crônica, justificado pelas leis de um Estado que se diz “democrático de direito”, mas que permite confinar um grupo social inteiro em um ambiente desprovido de qualquer lei ou proteção. Esta política relaciona-se evidentemente a uma questão de raça e demonstra-se objetivamente de forma cada vez mais clara, como sendo a criminalização da pobreza e a perseguição aos negros.

Diante disso, com o intuito de proporcionar uma compreensão melhor sobre a temática abordada, faz-se necessário tecer considerações sobre raça e cárcere consoante ao tópico a seguir, para que em seguida seja possível discutir a problemática do racismo estrutural, uma das principais razões pelo qual a discussão acerca da superlotação carcerária por negros no Brasil se torna tão evidente.

3 RAÇA E CARCÉRE

Inicialmente, torna-se oportuno esclarecer que existem diversas teorias acerca da etimologia e significado da palavra raça.

Raça não é um termo fixo, estático. Seu sentido está inevitavelmente atrelado às circunstâncias históricas em que é utilizado”. Por trás da

raça sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito relacional e histórico (ALMEIDA, 2018, p. 19).

A partir da síntese histórica da humanidade é possível constatar que a ideia de raça como forma de categorização entre os seres humanos surgiu por meio da expansão econômica e mercantilista do século XVI e aprimorou-se a partir do pensamento Iluminista no século XVIII. O iluminismo, por sua vez, foi o fundamento filosófico de grandes revoluções liberais na Europa. Esses movimentos, inspirados pelo ideal de liberdade, visavam combater o conservadorismo representado pelo poder absolutista, a nobreza e o clero.

No entanto, o pensamento iluminista também foi alicerce para o colonialismo, uma vez que surge o pretexto de levar essa liberdade e modelo ideal aos povos considerados primitivos sob a ótica do eurocentrismo. Nesse contexto, origina-se a ideia de raça, tendo em vista a necessidade de atribuir um caráter de inferioridade racial aos povos colonizados para justificar e legitimar a imposição europeia. Com isso, foram criados mecanismos de desumanização e inferiorização dos povos colonizados e escravizados.

O estigma de inferioridade foi construído a partir das diferenças por características biológicas ou étnico-cultural. Acreditava-se, por exemplo, que “a pele não-branca e o clima tropical favoreceriam o surgimento de comportamentos imorais, lascivos e violentos, além de indicarem pouca inteligência” (ALMEIDA, 2018, p. 23). O discurso utilizado nesse contexto histórico deveria soar atualmente como ilógico e até mesmo irracional, uma vez que diversos estudos da antropologia e biologia comprovam a inexistência de qualquer diferença e, principalmente, qualquer hierarquia entre os seres humanos, como se verifica:

Por meio do estudo realizado em 1972 por Richard Lewontin, professor da Universidade de Harvard nos Estados Unidos, foram analisadas proteínas no sangue de diferentes populações. Os resultados demonstraram que não há diferenças significativas do ponto de vista molecular para separar raças humanas. Estudos subsequentes ajudaram a verificar que a sequência base (as unidades que compõem a informação genética) no DNA humano é de 99,9% idêntica, o que impossibilitou completamente o argumento de encontrar um parâmetro confiável para definir raças. Esses dados foram importantes para apoiar a igualdade dos seres humanos do ponto de vista científico, imparcial e rigoroso (BOVE, 2020, n. p.).

Entretanto, apesar da variedade de comprovações científicas, ainda existe a derivada direta do conceito de raça: o racismo, o qual tem herdado consequências terríveis para a história humana, visto que a noção de raça ainda é um fator político “importante”, utilizado

para naturalizar a desigualdade, justificar a segregação e o genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários (ALMEIDA, 2018). Assim, compreende-se que o genocídio de determinada parte da população vincula-se ao racismo e o poder estatal, o que impacta diretamente no aumento de pessoas negras encarceradas.

No estudo *“Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro”* de Ana Flauzina (2008), é possível evidenciar que o racismo é utilizado para a seletividade dos indivíduos que devem ser privados de liberdade. Nessa perspectiva, conforme a autora, os indivíduos são rotulados como criminosos apenas pela sua cor ou alguma característica que impacta diretamente no encarceramento de pessoas negras e pobres.

Para chegar nesta conclusão, a autora analisou o motivo das condenações de delitos cometidos por pessoas com cores de pele diferentes, e constatou que os crimes cometidos por pessoas brancas não são punidos da mesma forma e, muitas vezes, não há condenação, o que é totalmente diferente do que ocorre quando falamos sobre pessoas negras. Segundo a autora, o sistema penal não foi concebido para atingir a todos os delitos e delinquentes, sob o risco de decretar sua própria falência. Trata-se de uma estrutura vocacionada para atingir crimes relacionados a setores socialmente vulneráveis (FLAUZINA, 2008, p. 23).

A partir disso, argumenta-se que o Brasil é um dos maiores exemplos quando se observa o uso do sistema penal para controlar a população negra. A relação estabelecida entre racismo e sistema penal no Brasil encontra-se de maneira íntima e enviesada, visto que o Estado trabalha flagrantemente para o extermínio da população negra e que, valendo-se das várias dimensões do aparelho institucional, tem sua faceta mais explicitada nos mecanismos do controle penal.

Portanto, a seletividade racial no sistema punitivo se torna nítido, na medida em que se tem como objetivo, o controle e extermínio da população negra, especialmente no Brasil. Isso é notório por meio das políticas de perseguição, violência e encarceramento de determinado grupo da sociedade, que segundo a Flauzina (2008), aponta para a existência de uma plataforma genocida do Estado. Assim, denota-se que o racismo é a decorrência da própria estrutura social, o qual se constitui pelas relações políticas, jurídicas, econômicas e até familiares, na medida em que aparenta ocorrer “pelas costas dos indivíduos e lhes entender como um legado da tradição” (ALMEIDA, 2018). Depreende-se, portanto, que o racismo é estrutural.

4 RACISMO ESTRUTURAL

No contexto histórico de pandemia vivenciado pela sociedade brasileira atualmente, torna-se indispensável rever o papel das estruturas de poder do Estado, de modo que seja

possível identificar as consequências sociais que a atuação dos representantes estatais vem ocasionando à população. Isto porque, em momentos de calamidade pública, em que o cenário político, econômico e social do país se encontra instabilizado, os problemas sociais impregnados na estrutura institucional se apresentam com mais potencialidade.

Entre esses problemas em específico, destaca-se o racismo estrutural e suas consequências na dinâmica social, especialmente na esfera pública. Nesta senda, ressurgem a questão da criminalidade e a necessidade do enfrentamento da política criminal punitivista, que tem levado milhares de jovens pobres e negros diariamente ao cárcere brasileiro, motivo pelo qual o funcionamento faminto da máquina repressiva do Estado não cessa, ainda que isto signifique submeter a risco a vida dos sujeitos encarcerados.

Compreende-se por racismo estrutural, “o racismo como parte da ordem social” (ALMEIDA, 2018, p. 36). Em conformidade com a definição do autor, as instituições são meros reprodutores do racismo, visto que este decorre da própria estrutura da sociedade. Entretanto, torna-se necessário pontuar que entender o racismo como parte da estrutura social, não significa que este não possa ser combatido.

Nesse sentido, na obra *“Como o racismo criou o Brasil”* de Jessé Souza (2021), o autor relata que em fevereiro de 2021, em entrevista à Folha de S. Paulo, o professor de Direito da UFBA Samuel Vida, deu voz à frustração ao uso deste termo que se tornou popular no país, especificamente por ser uma categoria que “promete muito” – ou seja, o desvelamento profundo da essência do racismo na sociedade –, mas entrega pouco mais que um nome mágico e uma alusão ao que fica escondido, é inevitável despertar um sentimento de impotência e frustração em quem busca entendê-la. Em virtude disso, Samuel Vida desferiu que:

Então as pessoas alegam, “olha, isso é resultado do racismo estrutural”, ponto. E não se discute, não se apresenta a lista dos responsáveis por isso. É como se houvesse uma condicionalidade invisível, imperceptível diante da qual nós não teríamos como diagnosticar adequadamente e atacar no sentido de erradicar o que produz o racismo. Então a expressão racismo estrutural tem virado nos últimos anos um alibi para justificar tanto práticas individuais quanto práticas institucionais (SOUZA, 2021, p. 44).

Em conformidade com o autor, verifica-se que a frustração de Samuel Vida se desperta em razão de um tipo de procedimento intelectual que, em vez de reconstruir a realidade criticamente de modo a confrontá-la com a percepção espontânea e superficial criada pelos mecanismos de poder e dominação, se conforma com uma petição de princípio: a mera referência a uma “estrutura” indeterminada e vazia de conteúdo.

Diante desta reflexão, depreende-se que o racismo não será combatido com mero arcabouço legal. É necessário implementar práticas antirracistas dentro das instituições, além de promover uma mudança profunda nas relações sociais, políticas e econômicas. Em síntese, “o racismo, sob a perspectiva estrutural, pode ser desdobrado em processo político e processo histórico” (ALMEIDA, 2018, p. 40). Dessa forma, faz-se necessário analisar o racismo sob a ótica específica e peculiar de cada formação social.

Para compreendermos a formação da estrutura social racista do Brasil, é importante analisar a formação histórica do país, visto que cada sociedade possui uma trajetória singular que concede ao econômico, ao político e ao jurídico, particularidades que só podem ser apreendidas quando observadas as respectivas experiências históricas – formações sociais. Diante da concepção histórica brasileira, observa-se que desde a época da escravidão, o sistema penal atua de maneira seletiva e contribui para a perpetuação do racismo estrutural.

A abolição da escravatura, nos termos em que se deu, não resultou, de fato, na libertação dos negros com seu conseqüente reconhecimento como sujeitos de direitos, iguais aqueles que compunham a raça branca. Na verdade, mesmo após o referido documento entrar em vigor, os negros continuaram sendo desconsiderados como sujeitos “aptos” para trabalhar nas fábricas que surgiam, uma das mais fundamentais fontes de trabalho disponíveis. Assim, esse grupo continuou, mesmo após a abolição formal, desamparado pelo Estado e pela sociedade, sem quaisquer possibilidades de ascensão social em uma sociedade que se construía capitalista, e em que a acumulação de capital representaria, futuramente, o critério nivelador de todos os privilégios sociais (WOLFF, 2020, p. 271-272).

Compreende-se que a escravidão representa um dos períodos mais cruéis da história brasileira, além de ter sido uma época marcada pela construção das estruturas racistas que se firmaram em nossa sociedade. Sabe-se que o sistema de escravidão constituiu as raízes basilares da vida econômica, política e social no país. Diferentemente não seria o sistema jurídico-penal, que fora criado pelos detentores do poder sem duvidar que tais sujeitos se utilizariam desse privilégio para proteger aos seus próprios interesses dentro de uma sociedade que posteriormente se tornaria capitalista e neoliberal, primando-se pela defesa da propriedade.

Nesse contexto, a liberdade dos negros jamais se apresentou como uma prioridade no país, visto que o sistema foi construído a partir da concentração de renda, desigualdade social, desemprego e aumento da economia informal. O cenário proporciona pobreza e exclusão social para determinadas classes que não foram incorporadas pelo

neoliberalismo, mais especificamente, os corpos negros, que apesar de não figurarem mais na categoria oficial de “objeto” permaneceram à margem da sociedade e do próprio Direito, protagonizando uma nova forma de controle, disciplina e exclusão: o criminoso encarcerado.

Para os negros, se abre apenas o espaço da periferia, das ruas e do cárcere (WOLFF, 2020), e como observa Foucault (1987), encarcerar significa adicionar um novo rótulo ao sujeito, com o poder de exonerá-lo da sociedade de forma muito mais eficiente que a própria morte. É dessa forma que o negro deixa o sofrimento da senzala para enfrentar o sofrimento do encarceramento. Evidencia-se, portanto que o resultado de um sistema penal seletivo e estruturalmente racista é o aumento significativo da população carcerária do país e o genocídio do homem negro. O sistema foi criado para controlar os corpos negros e, apesar de ter vestido diferentes roupagens ao longo dos séculos, continua servindo a este propósito inicial.

5 A SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO POR PESSOAS NEGRAS NO BRASIL

A superlotação carcerária trata-se de uma mazela vinculada à ausência de espaço no estabelecimento prisional que denuncia o problema estrutural do sistema carcerário brasileiro, além de tornar evidente a violação constante dos direitos humanos e a relação intrínseca com a questão racial. Em conformidade com a pesquisa “Raio-X do Sistema Prisional no Brasil” que possui como base as informações oficiais dos 26 estados e do Distrito Federal, realizada pelo site do G1 desde 2014 em sua coluna sobre violência, é a primeira vez em 9 anos que a população carcerária diminui.

Entretanto, a superlotação ainda se revela uma problemática alarmante, visto que as penitenciárias brasileiras se encontram 54,9% acima da capacidade de 440.530 vagas, para o total de 682.182 encarcerados nos municípios do país (SILVA, et. al, 2021). Considerando que no ano de 2020 haviam 709,2 mil detentos e atualmente são 682,1 mil, sendo a capacidade de 440,5 mil, evidencia-se que há um déficit de 241,6 mil vagas no Brasil.

Os direitos dos apenados estão previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), a qual possui o objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a integração social do condenado e do internado, conforme estabelece o art. 1º desta lei. Além disso, observa-se que o referido dispositivo garante uma série de direitos ao apenados com o propósito de ressocialização, para que, após o cumprimento da pena, estes condenados possam ser reinseridos no convívio social. Nesse sentido, conforme o art. 41 da LEP:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (BRASIL, 1984).

No entanto, conforme ressaltado anteriormente, o sistema carcerário brasileiro apresenta um histórico de tentativas fracassadas em torno da finalidade ressocializadora da pena, seja pela contradição lógica entre punir e reeducar, seja pela carência de condições que contrariam toda a disposição da teoria legal. Na visão da sociedade, a superlotação, a tortura e as condições de péssimo tratamento constituem-se como algo justificável ao crime praticado pelo detento. Em virtude disso, quando se discute de investimento para melhores condições carcerárias, enfrentam-se problemas de má gestão e opiniões adversas.

Esse posicionamento corrobora com a omissão do Estado, na medida em que este discurso incentiva as práticas desumanas experimentadas no interior do cárcere pelo detento, que aparenta expressar nos objetivos institucionais a manipulação social para que os cidadãos idealizem que o detento “merece” estar em um ambiente hostil e precário. Nesse sentido, ao invés de buscar a ressocialização, o Estado parece mais interessado em buscar o encarceramento em massa de determinados sujeitos (FLAUZINA, 2008), além de alienar a maior parte da população para que pensem que isto é o correto, se eximindo de suas obrigações.

Dessa forma, considerando que a pena privativa de liberdade possui funções retributivas e especiais, relacionadas a recuperação do apenado, argumento essencial para sua constitucionalidade, se observa na prática a mais absoluta incoerência do Estado democrático de direito: a utilização do aparato público para ferir profundamente os direitos fundamentais dos encarcerados (MIRABETE, 2008). Com mais de 755 mil pessoas presas conforme os dados obtidos pelo DEPEN no ano de 2020, o Brasil ocupa uma das primeiras posições de população carcerária mundial e continua evidenciando um crescimento massivo.

No entanto, esse crescimento não é acompanhado pela estrutura carcerária das unidades existentes, que nada mudaram nos últimos anos, promovendo além da superlotação, as rebeliões, os episódios de tortura generalizada e maus-tratos, a situação degradante no qual os encarcerados são submetidos. Independentemente do quão grave é o crime do detento, ou do que foram acusados ou condenados, torna-se crucial compreender que um encarcerado permanece sendo um ser humano.

Diante disso, a Constituição Federal estabelece em seu art. 5, § 3º, que o detento possui o direito de respeito à integridade, física e moral e não pode ser sujeitado a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. No mesmo sentido, verifica-se o art. 88 da Lei de Execução Penal que estabelece que o detento deverá ser alojado em cela individual, com o mínimo de seis metros quadrados e em ambiente salubre. Ainda que essa realidade se encontre distante do que se tem evidenciado nas prisões brasileiras, a dignidade humana do encarcerado deve ser preservada, a qual se relaciona com uma alimentação

adequada, assistência médica, saúde, higiene, vestuário, direito ao trabalho e à remuneração, entre outros.

5.1 Assistência médica e saúde

Em conformidade com a Lei de Execução Penal (1984), a assistência à saúde do preso consistirá em tratamento preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico, prevendo que essa assistência seja prestada, inclusive, em local diverso do estabelecimento penal, desde que este não disponha de aparelhamento próprio para prestar a assistência e desde que devidamente autorizado pela direção do estabelecimento.

As atividades relacionadas a assistência à saúde do preso são garantias muito importantes, visto que a obtenção da saúde é um dos fatores básicos para manutenção da vida. O período em que o preso cumpre a sua pena deve ser de recuperação e restabelecimento físico e mental. Para que isso ocorra, a sua saúde deve estar devidamente equilibrada. O art. 14 da LEP faz referência a saúde do detento:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento (BRASIL, 1984).

No entanto, isso não ocorre na prática e durante a pandemia representa uma omissão ainda mais grave. De acordo com os dados do Conselho Nacional do Ministério Público (2019), 31,3% dos estabelecimentos prisionais não possui acesso à assistência médica. Além disso, há registro de que apenas 1121 médicos, 1.395 enfermeiros e 1.244 psicólogos atuam no sistema penitenciário, números claramente incapazes de oferecer a devida assistência à saúde prevista na lei. Em relação ao cárcere feminino, o problema se torna mais gravoso visto que a violação de direitos e garantias básicas se intensificam em razão do gênero.

Ainda que a Constituição Federal, em seu art. 6º e a LEP em seus arts. 11 e 14 estabeleçam de forma expressa a responsabilidade e a obrigação estatal em garantir a assistência à saúde e propiciar plenas condições para que o apenado retorne ao convívio social, os dados demonstram que a intenção legislativa é pouco observada, uma vez que as unidades penitenciárias do Brasil são retratadas da seguinte maneira:

Celas lotadas, escuras, sujas e pouco ventiladas. Não há racionamento de água. A comida é azeda e em pequena quantidade.

Há infestação de ratos, percevejos e baratas. Dificuldade para atendimento médico. Presos com COVID-19 dividem espaço com presos sem sintomas e sem a doença (SILVA, et. al., 2021).

Em conformidade com os autores, durante a pandemia do COVID-19, houve um período em que grande maioria dos presos apresentaram sintomas relacionados à doença, como febre, dor de cabeça e dificuldade de respirar, no entanto, estes não obtiveram atendimento médico, além de relatarem que em alguns casos foi ministrado apenas medicação analgésica.

Outrossim, de acordo com uma pesquisa realizada em colaboração com os Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (GMF) dos tribunais no ano de 2022, foram contabilizados 105.043 casos de Covid-19 em unidades do sistema prisional e do sistema socioeducativo. Ao total, foram 649 óbitos entre detentos e servidores desde o início da pandemia (CONJUR, 2022).

Diante disso, apesar da assistência médica ser uma das necessidades mais importantes para manter a saúde dos presos e dos internados, tendo em vista que as prisões são estabelecimentos que possuem um alto índice de contaminação de doenças, ainda há uma incidência alarmante de problemas de saúde, condições insalubres, celas superlotadas com presos em contato físico contínuo e o abuso físico (MARINER, 2015), antagonizando o que se preconiza os dispositivos legais supracitados.

5.2 Higiene e alimentação

As condições precárias no que se refere a higiene e alimentação também se revelam como uma grande fonte de preocupação de diversas organizações mundiais que primam pelos direitos humanos. A situação insalubre não é uma novidade das unidades prisionais do país, visto que são recorrentes denúncias em torno do racionamento de água, falta de itens de higiene e saneamento básico. A LEP prevê a assistência material aos detentos, que consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas aos presos, dispondo a eles serviços que atendam suas necessidades, *in verbis*.

A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração: "O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração" (BRASIL, 1984).

Dentre as recomendações do dispositivo acerca das condições de higiene e alimentação, observa-se o direito aos serviços de saúde nos mesmos padrões disponíveis para a comunidade em geral, alimentação com valor nutricional adequado, acesso à água potável e itens de higiene. A partir de uma entrevista realizada com dezenas de presos durante as inspeções feitas no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, os motivos que revoltam e geram disputas entre facções e rebeliões entre os internos relacionam-se às condições precárias no quais os detentos são submetidos. O presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB-MA, Luís Antônio Pedrosa aponta que:

Os próprios presos costumam chamar as rebeliões de reivindicações. Na grande maioria das vezes, eles só estão pedindo para não ter que comer marmita estragada, não ter que beber água suja e poder dormir sem contato com ratos e baratas. Não é uma questão de demonstração de poder, mas um pedido de respeito à dignidade humana (PEDROSA, 2015).

A mistura de insalubridade, péssimas condições de higiene e o consumo de alimentos estragados são alguns dos motivos que levam grande parte dos presos a adoecer, além de gerar um clima de revolta permanente entre os detentos. O estado de calamidade das prisões brasileiras foi reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2015, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que caracterizou a situação carcerária no país como um Estado de Coisas Inconstitucional, evidenciando assim a violação sistemática de direitos fundamentais da população privada de liberdade.

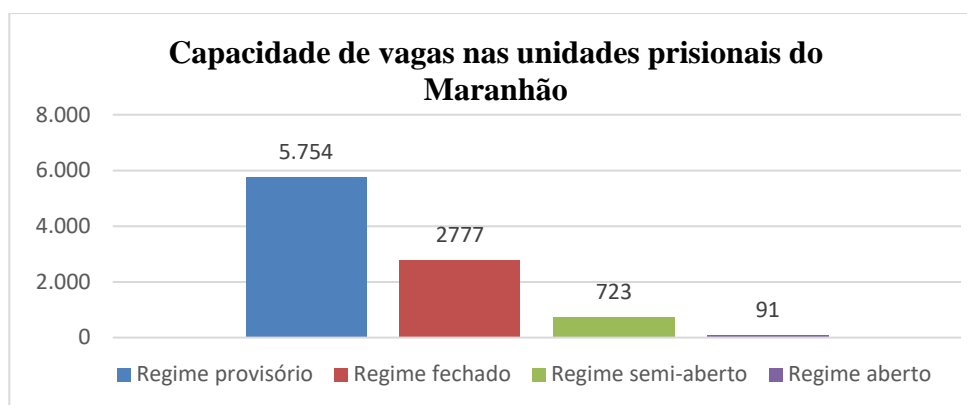
Todavia, nada mudou após essa constatação. A inércia do Estado diante dessa situação, mantém a pena privativa de liberdade como principal forma de aplicação do poder punitivo do Estado, sendo possível compreender que o genocídio de negros e pobres que vem ocorrendo há séculos e que, especialmente agora, durante a pandemia, tem se intensificado, não pode representar outra coisa, se não, os contornos por trás da real função estabelecida pelas estruturas de poder à pena privativa de liberdade no Brasil: um projeto de segregação e massacre de indivíduos pautado em questões de classe social, de gênero e, principalmente, de raça.

6 SELETIVIDADE RACIAL NOS CÁRCERES DO ESTADO DO MARANHÃO

Em conformidade com a última atualização do relatório consolidado pela DEPEN (2019), em dezembro de 2019, o estado do Maranhão possui a população carcerária de 12.387 detentos em torno das 13 unidades prisionais do Estado, além das delegacias. A cada município maranhense com 100.000 habitantes, há 175 detentos. A quantidade de presos custodiados no sistema penitenciário maranhense totaliza 12.346 encarcerados,

cujo 11.947 são homens e 399 são mulheres. A maioria destes, encontram-se encarcerados em regime provisório, totalizando 5.754 pessoas, conforme se observa:

GRÁFICO 1 - QUANTIDADE DE CAPACIDADE DE VAGAS



FONTE: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN, 2019).

Verifica-se no gráfico 1, que o total de vagas ocupadas nas penitenciárias maranhenses no ano de 2019 totalizava 9.345 detentos, sendo estes 8.952 do gênero masculino e 393 do gênero feminino. Após o regime provisório, constata-se que 2.777 detentos cumpriam pena no regime fechado, 723 no regime semi-aberto e 91 no regime aberto. Diante disso, ressalta-se que o art. 84 da LEP determina que os presos provisórios devem ficar separados aos demais detentos que possuem a pena em transitado e julgado.

Entretanto, a quantidade de detentos em regime provisório apresenta-se como um grave problema para o sistema carcerário maranhense, considerando que se leva aproximadamente 7 meses para ocorrer o julgamento e apenas 18,6% dos casos cometem crimes graves para serem mantidos em regime fechado. Nesse sentido, tem-se que:

O grande número de presos provisórios agrava um problema crônico, a superlotação dos presídios, por ampliar o déficit de vagas do sistema prisional. Por outro lado, verifica-se que 40% dos presos do Maranhão cumprem pena no regime fechado, 20,4% semiaberto e somente 2,9% estão em regime aberto com a possibilidade de deixar a UPR durante o dia, com previsão de retorno no período noturno (SEAP, 2019).

Os dados do Monitor da violência do G1, portal de notícias da Globo, alegam que a capacidade real no Maranhão na inclusão de novos presos no sistema carcerário em 2021, foi absolutamente ultrapassada em 11,3% acima do esperado no número de vagas que foram criadas. Os presos provisórios de 2020 para 2021, aumentaram de 4.400 (37,1%) presos para 4.906 (46,3%) (G1, 2021). Além da superlotação, a crise particular do sistema

carcerário maranhense se agrava com suas circunstâncias locais, decorrentes da ineficiência histórica do sistema de justiça e segurança do Estado.

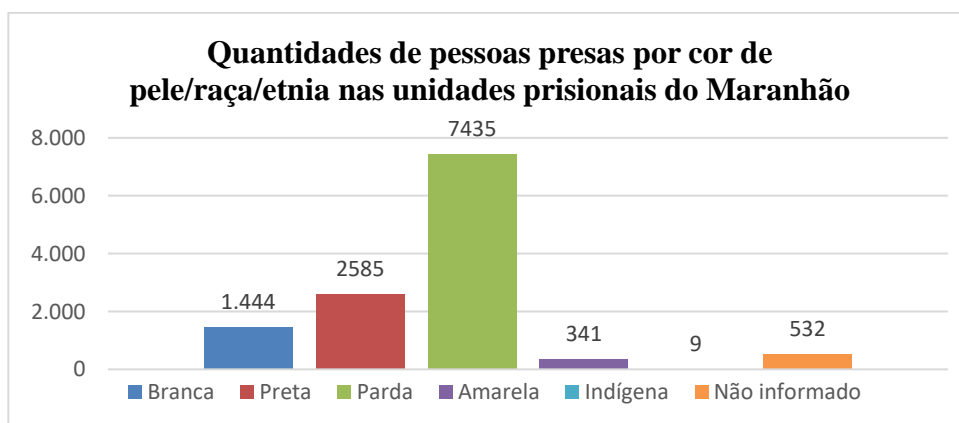
O ápice dessa crise se tornou evidente internacionalmente no ano de 2013, após o massacre ocorrido entre as facções rivais de guerra que se alastraram dentro do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, a maior unidade prisional do Estado e um dos mais violentos e superlotados complexos penitenciários do Brasil. Esse episódio espantou o país com cenas de bestialidade, decapitações e mortes em séries, expondo o colapso do sistema prisional do Maranhão.

O cenário de caos foi considerado inaceitável pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e no ano seguinte, em 14 de novembro de 2014, houve a publicação do documento por parte da Corte, com medidas provisórias a respeito do Brasil, em especial ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas, que visavam proteger a vida e a integridade das pessoas privadas de liberdade na referida prisão (CIDH, 2014).

Nesse sentido, firmou-se o entendimento de que não é admissível que o interesse do Estado em razão das ações punitivas alegue a perpetuidade da violação dos direitos fundamentais (CNJ, 2017). Este episódio foi apenas um dentre as diversas constatações que escancaram a seriedade do problema enfrentado pelas prisões brasileiras, as quais demonstram que não há a recuperação do detento e sim a degradação dos mesmos.

Estes encarcerados são em sua maioria, pardos e negros, os quais representam 81% da quantidade total de 12.346 da população carcerária maranhense (DEPEN, 2019). Dentre estes, 9.705 são homens e 2.641 são mulheres, os quais possuem idade entre 18 a 24 anos, geralmente chefes de família com uma média de dois filhos, além de apresentarem baixa escolaridade tendo a maioria apenas o ensino fundamental completo, conforme se verifica no gráfico abaixo:

GRÁFICO 2 - QUANTIDADE DE PESSOAS PRESAS POR COR DE PELE/RAÇA/ETNIA



FONTE: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN, 2019).

Vê-se, por meio do gráfico 2, que a população carcerária maranhense é predominantemente parda/negra o que equivale a 10.020 pessoas de 12.346 encarcerados. Por outro lado, a população branca, amarela e indígena representa apenas 19% desse quadro geral. Diante disso, os dados obtidos justificam-se por meio da seletividade racial notoriamente presente nos cárceres do estado do Maranhão, originalmente conformada pelo racismo estrutural que representa uma grande âncora para a problemática evidenciada.

O sistema age preferencialmente sobre os negros, isto é, um aparelho institucional formatado para ter como alvo principal o perfil de pessoas negras, com baixa escolaridade, e, conseqüentemente à margem da sociedade, visto que conforme observado anteriormente, a própria história do país e o histórico evolutivo da pena permitem observar em muitos episódios, que desde o período colonial, a seletividade racial nas decisões daqueles que detêm o poder sempre esteve presente.

7 CONCLUSÃO

Ante o exposto, depreende-se que o fenômeno da superlotação carcerária por jovens negros e pobres resulta da perpetuação do racismo estrutural durante séculos no país efetivado pelas estruturas de poder do Estado para perseguir e segregar determinados grupos sociais. O resultado de um sistema penal seletivo e estruturalmente racista é o aumento significativo da população carcerária do país e o genocídio do homem negro. A violação constante das garantias e direitos dos detentos por meio do encarceramento massivo de pessoas negras se evidencia como uma das expressões máximas da problemática discutida.

Isto porque, foi possível verificar que as prisões no Brasil se reafirmam de ano a ano como um lugar para negros, tendo em vista que o contexto histórico de dados sobre cor e raça dos detentos no Brasil, demonstra que a cada ano, este grupo representa uma fração maior do total de pessoas negras. Os fatores que justificam o aprisionamento da população negra são reflexos de desdobramentos históricos de um país que possui bases estritamente racistas, oligárquicas e neoliberais que jamais se importou verdadeiramente com os corpos negros.

Este fato relaciona-se intrinsecamente à população carcerária maranhense que é composta majoritariamente por pessoas jovens, negras, pobres e de baixa escolaridade, as quais representam 81% do total de 12.346 encarcerados em torno das 13 unidades prisionais do Estado. Dessa forma, a própria história do país e o histórico evolutivo da pena permitem observar em muitos episódios, que desde o período colonial, a seletividade racial nas decisões daqueles que detêm o poder sempre esteve presente.

O sistema carcerário brasileiro funciona, portanto, como um instrumento de genocídio racial que se efetua de maneira crônica, justificado pelas leis de um Estado que se diz “democrático de direito”, mas que permite confinar um grupo social inteiro em um ambiente desprovido de qualquer lei ou proteção, antagonizando uma série de dispositivos constitucionais que primam pela dignidade humana do apenado, bem como, suas garantias e direitos previstos pela Lei de Execução Penal.

Assim, observou-se que apesar dos apenados possuírem um rol extenso de direitos e garantias relativos à assistência médica, saúde, higiene, alimentação, vestuário, direito ao trabalho e à remuneração, essa realidade se encontra distante do que se tem evidenciado nas prisões brasileiras que representou uma omissão ainda mais grave durante a pandemia. Desse modo, a pesquisa ora apresentada buscou compreender a problemática da superlotação carcerária sob a ótica de um dos estigmas sociais mais recorrentes e velado no país e no mundo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**, São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019. Disponível em: <https://bityli.com/GJHII>. Acesso em: 23 fev. 2022.

BOVE, Lorenza Coppola. **Racismo**: como a ciência desmantelou a teoria de que existem diferentes raças humanas, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-53325050>. Acesso em: 25 mar. 2022.

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

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

CIDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 14 de março de 2014, medidas provisórias a respeito do Brasil. **Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas**, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf. Acesso em: 04 abr. 2022.

CONJUR, Revista Consultor Jurídico. **Mortes por Covid-19 em prisões têm aumento de 225% em um mês**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-21/mortes-covid-19-prisoas-aumento-225-mes>. Acesso em: 04 abr. 2022.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Relatórios Analíticos – MA**, dezembro de 2019. Disponível em:

<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/MA>. Acesso em: 04 abr. 2022.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro. Brasília, 2008. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em:

<<http://repositorio.unb.br/handle/10482/5117>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 7-288.

G1, Portal de notícias da Globo. **Monitor de violência**: Raio-X do Sistema Prisional em 2021, 2021. Disponível em: <https://bityli.com/trKZh>. Acesso em: 04 abr. 2022.

INFOPEN, Sistema de Informações do Sistema Penitenciário. **Presos em unidades prisionais no Brasil**, 2019. Disponível em: <https://bityli.com/gryLf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

MARINER, Joanne. **O Brasil atrás das grades**. 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/agrad.htm>. Acesso em: 03 abr. 2022.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. ed. 14. São Paulo: Atlas, 2008.

PLATINI, Michel. **Ódio e racismo estrutural nos presídios do Distrito Federal**, 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/opiniaio/2021/12/4973289-odio-e-racismo-estrutural-nos-presidios-do-df.html>. Acesso em: 21 fev. 2022.

PEDROSA, Luis Antônio. **Higiene, alimentação e saúde**, 2015. Disponível em: <https://bityli.com/TVYEj>. Acesso em: 05 abr. 2022.

PINTO, Luciano Rocha. **Sobre a Arte de Punir no Código Criminal Imperial**. XIV Encontro Regional da ANPUH-RIO, 2010. Disponível em: http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276652470_ARQUIVO_Sobrea_arte_depunirnoCodigoCriminalImperial.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

SEAP, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. **Banco de Dados**. Governo do Estado do Maranhão, 2019.

SILVA, Camila Rodrigues da Silva, et. al. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia**, 2021. Disponível em:

<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 04 abr. 2022.

SOUZA, Jessé. **Como o racismo criou o Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro (RJ): Estação Brasil, 2021.

WOLFF, Palma. **Prisiones y Covid-19 en Brasil**: de la Pandemia al Pandemonio. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Pandemia: Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social – en tiempos de coronavirus*. Valencia: Tirant Blanch, 2020.

WPB, World Prison Brief. **Highest to Lowest - Prison Population Total**, 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 21 fev. 2022.

PANDEMIA DA COVID-19: O AUMENTO DE CASOS DE FEMINICÍDIOS NA CIDADE DE IMPERATRIZ/MA

IULY TAIS SILVA DE SOUSA:
bacharelanda do Curso de Bacharelado
em Direito da Unidade de Ensino
Superior do Sul do Maranhão –
UNISULMA.⁴³

FERNANDA ARRUDA LEDA ZENKNER⁴⁴
(orientadora)

RESUMO: O presente artigo busca analisar o aumento de casos de feminicídios durante a pandemia da Covid-19. Tendo como objetivo pesquisar sobre o elevado aumento de casos de agressões femininas em Imperatriz/MA no ano de 2020, que estão interligados a fatores da Covid-19. Na elaboração desse estudo, foi feita pesquisas qualitativas, desenvolvida através de estudos bibliográficos, com auxílio de livros, artigos de periódicos e materiais disponibilizados pela internet. No final desta pesquisa, foi possível concluir que houve um aumento de feminicídio em comparação ao ano de 2019 de acordo com as fontes consultadas, o que demonstra a relação entre o isolamento social e a violência doméstica.

Palavras-chaves: Feminicídios. Imperatriz/MA. Isolamento social. Pandemia. Covid -19.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the increase in cases of femicides during the Covid-19 pandemic. Aiming to research on the high increase in cases of female aggression in Imperatriz / MA in 2020, which are linked to factors of Covid-19. In the elaboration of this study, qualitative research was carried out, developed through bibliographic studies, with the help of books, journal articles and materials available on the internet. At the end of this research, it was possible to conclude that there was an increase in femicide compared to 2019 according to the sources consulted, which demonstrates the relationship between social isolation and domestic violence.

Keywords: Femicides. Imperatriz/MA. Social isolation. Pandemic. Covid-19.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Origem da Violência doméstica – 3. As várias facetas da violência doméstica; 3.1 – A violência doméstica e o feminicídio – 4. Aumento de

43 E-mail: iulytaissousa473@gmail.com.

44 Professora orientadora. Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA). Professora Substituta da Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Professora da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão. E-mail: fernandaarrudaledal@gmail.com.

feminicídio durante a pandemia da covid-19 em 2020 – 5. Considerações Finais – 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

O crime de feminicídio é um problema universal, pois afeta milhares de mulheres de diferentes classes sociais e, como consequência, ele prejudica seriamente a saúde física e psicológica das vítimas. Tendo em vista que cotidianamente vários canais de mídia relatam casos que suscitam em morte, o tema sobre a violência de gênero, popularmente conhecido como feminicídio, se caracteriza como crime de ódio e tornou-se uma questão relevante a ser discutida, pois ocorre diariamente, constituindo uma grave violação aos direitos humanos, haja vista que toda mulher tem direito a uma vida livre de violência.

Com base nesse contexto, a temática abordada é relevante na conjuntura atual, pois é notável o aumento de casos de feminicídio, cujo contexto trata sobre a violência de gênero no âmbito doméstico. Em suma, o crime de feminicídio é geralmente cometido por homens que já possuem uma relação íntima com a vítima e residem no mesmo local. A temática abordada trata-se de um fenômeno social e que ocorre desde os tempos remotos. Durante a pandemia da Covid-19, os relatos de casos de violência doméstica cresceram, principalmente por conta das medidas de isolamento social que obrigaram as pessoas a ficarem por muito tempo dentro de casa.

No que se refere a metodologia utilizada neste estudo, trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, pois busca compreender os fatos relacionados ao tema, lidando com interpretações da realidade social a partir de estudos bibliográficos e relatos dos meios de comunicação. Desta forma, o objetivo geral deste trabalho é analisar o aumento de casos de feminicídios em Imperatriz/MA no ano de 2020 e suas relações fatores da pandemia da Covid-19.

Portanto, através do aprofundamento deste tema, há também uma busca pela criação de novos questionamentos e a possibilidade de levantamento de novas informações e mais pesquisas a respeito desta temática, não só pela comunidade acadêmica, mas também por profissionais que atuam nas diversas áreas da sociedade na garantia dos direitos da mulher.

2 ORIGEM DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica não é algo que ocorre esporadicamente, sendo um crime que acontece há muito tempo. Constantemente é noticiado pela mídia casos de violência doméstica em diferentes localidades. Cabe ressaltar que a violência doméstica não acontece somente em ambientes familiares ou entre cônjuges, ela pode ser cometida por qualquer tipo de pessoa e ocorrer em outras instituições, como no trabalho.

No entanto, muitas mulheres não têm coragem pra denunciar o parceiro e passam anos convivendo com essa violência, que ainda nos mostram como a sociedade é machista e patriarcal, pois coloca o homem com controle sobre a mulher. Em decorrência disso, as mulheres precisam de leis que as protejam, já que muitas delas têm vergonha, receio e até mesmo medo de procurar ajuda. Há também o constrangimento em se expor perante os órgãos judiciário do estado.

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a cada hora, 536 mulheres são agredidas no Brasil. Na maioria são vítimas de seus próprios companheiros, sendo a dependência financeira o maior motivo da permanência destas mulheres em relacionamentos abusivos (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

Apenas em 2006 foi sancionada uma lei que pune os agressores de violência doméstica, pois antes estavam tipificadas na Lei nº9.099/1995 dos juizados especiais e era denominada como crime de menor potencial ofensivo. A Lei Maria da Penha foi sancionada não com o objetivo de prender o agressor, mas sim de proteger a mulher e os filhos no ambiente familiar e doméstico.

Segundo a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2010, n.p).

Ou seja, a violência doméstica não é caracterizada somente quando sem tem violência física, mas ocorre também quando há violências psicológica, moral, patrimonial e

sexual. Portanto, qualquer uma dessas formas de agressões constitui uma violação dos direitos humanos. O Instituto Patrícia Galvão em pesquisa realizada em 2004 aponta que:

A Violência Doméstica contra mulheres ocorre em todo o mundo e perpassa as classes sociais, as diferentes etnias e independe do grau de escolaridade. Ela recebe o nome de doméstica porque sucede, geralmente dentro de casa e o autor da violência mantém ou já manteve relação íntima com a mulher agredida. São maridos, companheiros, namorados, incluindo ex. (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2006, p. 25).

Em 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhecia que a violência doméstica e a violência sexual eram questões legítimas de direitos humanos e saúde pública. Já em 1993, foi realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos e reconheceu que a violência contra a mulher é um obstáculo aos ideais de desenvolvimento, paz e igualdade humana. Também reconheceu que a violência contra a mulher é uma violação dos direitos humanos, e que esse tipo de violência se baseia principalmente no gênero.

Segundo Marinheiro (2004), a violência ocorre em todas as classes sociais. No entanto, é mais visível naquelas em que há desestruturação familiar, fatores estressores e comportamentos agressivos. Também afirma que a violência não se limita a questões específicas relacionadas à cor da pele, raça, etnia, credo, orientação sexual ou condição social, mas também pode se expressar várias formas, nichos ou áreas, sendo pública ou privada.

As principais causas da violência contra a mulher são estruturais, históricas, político-institucionais e culturais, dessa forma, decorrem da construção desigual do status de homens e mulheres nas diferentes sociedades. Apesar de afetar todas as mulheres, a desigualdade de gênero se agrava em condições de pobreza e com mulheres negras.

Ressalta-se que a sociedade tende a responsabilizar a vítima por sofrer violência alegando que a culpa é da mulher, seja por causa de suas roupas ou por conta do consumo de bebidas alcoólicas. A mulher é vista como aquela que é dona do lar, cuidadora de seus filhos e marido, e o homem é visto como aquele que trabalha para sustentar a casa. Esse pensamento perdura desde os tempos remotos, conseqüentemente, a sociedade costuma justificar as agressões sofridas por mulheres por fatores como esses.

Entre os anos de 1960 e 1970, a violência contra as mulheres só recebeu mais atenção, inicialmente em países do hemisfério norte, quando surgiu o movimento feminista e sua luta para fornecer garantias constitucionais para os direitos civis e a igualdade das mulheres (MARINHEIRO, 2004).

Há muitos anos a violência contra a mulher tem sido um assunto recorrente, no entanto, foram através das lutas do movimento feminista, que surgiu na década de 1970, ao denunciar à sociedade que as mulheres eram os principais alvos da violência masculina, que fez com que esta problemática tomasse grandes proporções. A promulgação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) foi um ato importante desta luta das mulheres no Brasil, pois é uma lei que atrai a atenção mundial porque não só trata do crime, mas também visa prevenir e amparar as vítimas.

Após a criação da Lei 11.340/2006, o fenômeno violência doméstica contra a mulher tomou outras proporções, obtendo um número maior de denúncias, pois através de mais divulgação da mídia, muitas mulheres passaram a denunciar os seus agressores. Isso se deve ao encorajamento e esclarecimentos que as mulheres passaram a ter. Antes disso, a maioria das mulheres que passavam por violência não contavam que viviam em situação de agressões e aguentavam caladas por diversos motivos. A Lei Maria da Penha foi um grande marco para as mulheres e trouxe mais esperança para aquelas que vivem em situação de vulnerabilidade e que buscam sair deste ciclo violento.

De acordo com os dados do Instituto Avon/Ipsos sobre a violência doméstica contra a mulher, dois milhões de mulheres no Brasil são vítimas desses abusos a cada ano. Porém, somente 63% delas denunciam a agressão, tendo como principal impedimento o medo de seus agressores matá-las (JORNAL DE POMERODE, 2016).

Desse modo, é de suma importância a colaboração dos profissionais da área do Direito na proteção dos direitos das mulheres e no zelo pela proteção delas, por meio da aplicação da Lei Maria da Penha. Além disso, devem colaborar para o atendimento e suporte a essas mulheres vítimas de violência doméstica.

3 AS VÁRIAS FACETAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica é um dos tipos de violência mais cruéis contra a mulher, porque geralmente inclui todos os tipos de violência. Sabe-se, portanto, que apesar da alta incidência de violência, saber identificá-la pode não ser uma tarefa fácil. As formas de crimes contra a mulher apresentadas no capítulo II, art. 7º, incisos I, II, III, IV e V, da Lei Maria da Penha são: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial (BRASIL, 2010, p. 14).

Esses tipos de violência contra a mulher são prejudiciais para o seu desenvolvimento em diversos âmbitos e pode resultar em inúmeros traumas e doenças como: depressão, ansiedade, estresse pós-traumático e, em casos extremos, até levar ao suicídio. Segundo Casique e Furegato (2006, p. 140),

a violência física é entendida como toda ação que implica o uso da força contra a mulher em qualquer circunstância, podendo

manifestar-se por pancadas, chutes, beliscões, mordidas, lançamento de objetos, empurrões, bofetadas, surras, lesões com arma branca, arranhões, socos na cabeça, surras, feridas, queimaduras, fraturas, lesões abdominais e qualquer outro ato que atente contra a integridade física, produzindo marcas ou não no corpo.

A violência física é, portanto, qualquer conduta prejudicial à integridade ou a saúde física, acontece quando a mulher é agredida com uso de força física ou com qualquer tipo de arma que pode provocar ou não lesões corporais. Essa violência pode mostrar-se de várias formas, tais como: tapas, socos, chutes, empurrões, queimaduras, enforcamento, mordidas, lesões com objetos cortantes, entre outros. Também constitui crime de violência doméstica o homem obrigar a mulher a consumir álcool e drogas, obrigá-la a sair de casa e abandoná-la em local desconhecido.

Day *et al.* (2003, p. 15) afirmam que “na sua forma mais grave, a violência leva à morte da mulher. Sabe-se que de 40 a 70% dos homicídios femininos, no mundo, são cometidos por parceiros íntimos”. Assim, o feminicídio é a forma mais cruel de violência doméstica contra a mulher, pois afeta o maior dos direitos humanos, que é o direito à vida.

No que se refere a violência psicológica, esta é considerada como qualquer comportamento que cause danos emocionais e diminua a autoestima, prejudique e interfira no pleno desenvolvimento das mulheres ou vise reduzir ou controlar seus comportamentos, ações, crenças e decisões. Ela se manifesta de várias formas, como: constrangimento, humilhação, manipulação, xingamentos, chantagem, insultos, vigilância constante, perseguição, ridicularização, ser proibida de usar roupas curtas, privação da liberdade, estudar e trabalhar entre outros (BRASIL, 2010).

A principal diferença entre a violência doméstica física e a psicológica é que a violência física envolve agressão contra a vítima, enquanto a violência psicológica é produzida por meio de palavras, ameaças, humilhação, constrangimento, gestos e olhares intimidadores para a vítima sem necessariamente ocorrer contato físico. Porém, apesar de a violência psicológica ser a mais comum, parte das mulheres não considera essa uma forma de violência, ela só acaba reconhecendo quando este tipo evolui para violência física.

As consequências da violência psicológica são graves e acaba com a autoestima da vítima e a deixa mais vulnerável a doenças mentais, como: depressão, fobias, estresse pós-traumático, tendências suicidas e abuso de álcool e drogas (DAY *et al.*, 2003). Outros sintomas psicológicos encontrados em vítimas de violência doméstica são: “insônia, pesadelos, falta de concentração, irritabilidade, falta de apetite, sérios problemas mentais como, ansiedade, síndrome do pânico, estresse pós-traumático, além de comportamentos autodestrutivos, ou tentativas de suicídio” (KASHANI; ALLAN, 1998 *apud* FONSECA; LUCAS, 2006).

É importante enfatizar que a violência psicológica é uma das mais difíceis de ser identificadas, logo que muitas vezes a vítima não consegue reconhecê-la, pois ela é praticada de forma velada e não deixa marcas. Um dos fatores que dificultam o seu encaminhamento judicial é o fato de não haver testemunhas, isso ocorre por conta de ser um tipo de violência praticada em casa e geralmente fora da vista de outras pessoas, justamente para que não haja provas materiais, portanto, o dano psicológico pode ser muito mais grave.

De acordo com a Lei Maria da Penha nº 11.340, Art. 7º:

a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2010, p. 14).

Deste modo, compreende-se que a violência sexual é qualquer conduta que obrigue a mulher a presenciar, participar ou manter uma relação sexual não desejada, perante a intimidação, ameaça, uso da força ou qualquer outro mecanismo que possa cancelar ou restringir a vontade pessoal. Corresponde a qualquer forma de prática sexual sem seu consentimento, tais como: forçar relações sexuais quando a mulher não quiser ou estiver dormindo, práticas sexuais que lhe causem desconforto, forçá-la a fazer sexo com outras pessoas, impedir o uso de métodos contraceptivos ou o uso de outros métodos para prevenir doenças sexualmente transmissíveis, ou forçar aborto quando ela não quiser.

Os casos de violência sexual sofrida por mulheres no Brasil, devido ao contexto de pandemia Covid-19, aumentaram 44,9% no estado de São Paulo, segundo relatório divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Ainda conforme o relatório, o total de socorros prestados passou de 6.775 para 9.817 na comparação entre março de 2019 e março de 2020.

Esse é o tipo de violência que mais causa medo, vergonha e culpa, fatores que acabam dificultando a mulher a fazer a denúncia. Na maior parte das vezes, essa agressão só é denunciada quando praticada por um estranho, fator que esconde a violência dentro da família (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Com relação à violência moral, a Lei Maria da Penha, Art. 7º, define como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2010). Desta forma, compreende-se como violência moral qualquer conduta por parte do agressor que configure calúnia, difamação ou injúria, formas de rebaixar a mulher, como: humilhar, xingar, desprezar, ser acusada de traição, fazer exposição a vida íntima, criticar o modo de se vestir, fazer críticas mentirosas, comentários ofensivos na frente de estranhos ou conhecidos, distorcer ou inventar histórias sobre a mulher para amigos ou parentes com a intenção de diminuí-la.

Sobre a violência patrimonial, a Lei Maria da Penha, Art. 7º, estabelece que é:

Entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (BRASIL, 2006 p. 15).

Portanto, entende-se como violência patrimonial qualquer conduta ou ação que resulte em danos, destruição parcial ou total de seus pertences, retenção de objetos, destruição de documentos pessoais, controlar ou reter o seu próprio dinheiro para que fique cada vez mais dependente de seu parceiro. Esta forma de violência pode ser vista em diversas situações, tais como: destruição de móveis e eletrodomésticos, ferir ou matar animais de estimação, roubar bens e dinheiro, e o não pagamento da pensão alimentícia.

Em resposta a esse tipo de violência, a Lei 11.340/2006 também prevê medidas protetivas relevantes, uma vez que se destinam a proteger os bens da mulher em caso de violência doméstica patrimonial. Porém, devido as baixas demandas das vítimas para garantir seus direitos, os magistrados ainda raramente tomam essas medidas (TANNURI; GAGLIATO, 2012 *apud* PEREIRA *et al.*, 2013).

3.1 A violência doméstica e o feminicídio

O termo feminicídio ou 'femicide' foi criado por Diana Russel, uma socióloga sul-africana, em 1976. A pesquisadora, durante uma audiência no tribunal internacional contra as mulheres em Bruxelas, Bélgica, usou o termo pela primeira vez e, neste mesmo evento, também defendeu a ideia de que deveria ser desenvolvida uma lei específica sobre os crimes cometidos e praticados contra as mulheres.

Muitos autores ressaltam que a morte causada pelo crime de feminicídio é o resultado de uma discriminação machista e patriarcal, em que não há ligação com os crimes de raça/etnia. O crime de feminicídio é uma forma comum de violência e está presente na

nossa sociedade desde a época colonial, geralmente ocorrendo nas relações conjugais, na qual até hoje o poder patriarcal e o machismo ainda são evidentes.

No período colonial, existia às ordenações Filipinas, um código que poderia ser aplicado em Portugal e suas colônias. Esse código permitia que o marido que fosse traído na época matasse a esposa que cometessem adultério, mesmo que fosse uma simples suspeita de traição eles tinham essa liberdade (OLIVEIRA, 2020?). Esse direito de matar a mulher, com previsão expressa nas Ordenações Filipinas, deixou de existir com o passar dos séculos, porém, o machismo existe nos tribunais até a atualidade.

Analisando o contexto histórico do crime de feminicídio, é perceptível notar que esse tipo de violência faz parte da evolução das mulheres. Pois, desde jovens, são ensinadas e inseridas em uma cultura machista e patriarcal, a respeitar a figura do homem, independente da circunstância em que estavam e a se submeterem em situações diariamente humilhantes, que começa em casa, através do pai, e logo depois se sujeitando as mesmas condições pelo marido.

No século XIX, a mulher vivia um modo de vida patriarcal, no qual não podia ter nenhuma autoridade sobre os filhos, tendo em vista que na época essa responsabilidade era exclusivamente do marido. Os filhos deviam obedecer aos pais e aceitar o que eles decidissem, reproduzindo esse modo de criação mais a frente. E as filhas deviam seguir os passos das mães, caso não seguissem eram impostas a elas a vida religiosa. Ao sair da casa de seus pais, as mulheres não podiam trabalhar, estudar ou, ao menos, ter vontade própria, devendo obedecer piamente ao seu marido, repetindo o mesmo comportamento da mãe (OLIVEIRA, 2020?).

Essa colocação de obediência ao marido era passada obviamente das mães/famílias para suas filhas, como um requisito principal para fazer durar um casamento. As mulheres não tinham liberdade para escolher um parceiro com o qual estaria destinada a passar o resto das suas vidas ou quando iriam se casar. Cabe ressaltar que somente os homens podiam estudar e ter uma formação e profissão, no qual podemos perceber nitidamente uma desigualdade e um modo de inferiorizar a capacidade intelectual feminina, predominando a cultura e comportamentos machistas como parte da violência de gênero.

No que se refere a situação financeira, até o século XX era proibido a mulher qualquer espécie de trabalho que fizessem com que elas recebessem remuneração para poder se manter, isto é, o papel imposto a mulher era de dona de casa, procriando e zelando pelo seu cônjuge. Também era negado o acesso aos meios de ter condições próprias de subsistência, por exemplo, arcar com suas despesas de alimentação, moradia e lazer, por meio de trabalho próprio. Isso resultava em dependência aos homens, tendo em vista que caso a mulher/esposa resolvesse sair de casa, não ia ter como se manter.

Com o passar dos anos, as mulheres têm procurado posições de igualdade tanto em casa quanto no mercado de trabalho. Apesar de muitos avanços alcançados, ainda é um movimento demorado, ou seja, significa dizer que conseguir mudar várias décadas em alguns anos seria ironia, afinal trata-se de uma espécie de reforma não só no ordenamento jurídico, mas na cultura da sociedade no que se refere ao valor designado aos papéis de gênero.

Considerando os inúmeros casos de violência contra a mulher ocorrida no Brasil, em que não tinha uma previsão legal que amparasse as mulheres vítimas desse tipo de crime, foi preciso estudar a entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006 no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei 11.340/2006 foi colocada no ordenamento jurídico brasileiro por imposição da Organização dos Estados Americanos (OEA), pelo caso nº 12.051 (Caso da brasileira Maria da Penha Maia Fernandes). Isso ocorreu por conta de o país não possuir meios eficientes para vetar a prática de violência doméstica contra a mulher, o que levou o Brasil a ser acusado de negligência, omissão e tolerância. Com base nesse fato, a legislação brasileira se viu obrigado a criar e aprovar um novo dispositivo legal que trouxesse maior eficácia na prevenção e punição da violência doméstica e familiar no Brasil, no caso a Lei Maria da Penha.

Segundo Rogério Greco (2017), uma sequência de fatos levou o legislador à inclusão da qualificadora de feminicídio, observa-se:

Sob a ótica de uma necessária e diferenciada proteção à mulher, o Brasil editou o Decreto nº 1.973, em 1º de agosto de 1996, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará (conhecida como Convenção de Belém), em 9 de junho de 1994. Seguindo as determinações contidas na aludida Convenção, em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei nº 11.340, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que ficou popularmente conhecida como 'Lei Maria da Penha' que, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos dispostos no art. 1º da mencionada lei. Em 9 de março de 2015, indo mais além, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014, foi publicada a Lei nº 13.104, que criou, como modalidade de homicídio qualificado, o chamado feminicídio, que ocorre quando uma mulher

vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino (GRECO, 2017, p. 484).

A Lei nº 11.340/2006 classificou os tipos de violência contra a mulher nas seguintes hipóteses: violência patrimonial, violência sexual, violência física, violência moral e violência psicológica.

4 AUMENTO DE FEMINICÍDIO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 EM 2020

A Covid-19 é uma doença respiratória que é causada pela SARSCOV-2, denominado popularmente como Coronavírus e Covid-19. Tal vírus foi descoberto na cidade de Wuhan, na China, em 2019. O vírus logo se espalhou pelo mundo provocando uma das maiores pandemias já vivenciadas pela humanidade. Milhares de mortes foram registradas em todo o mundo. Para conter a expansão do vírus até que as autoridades da saúde encontrassem uma vacina para a doença, foi imposto o isolamento social à população, que teve que ficar trancada em casa por vários dias.

No Brasil, o primeiro caso da doença foi registrado em fevereiro de 2020, acarretando um processo pandêmico. Diante disso, ocorreram modificações como a paralisação de empresas e atividades voltadas ao lazer, indústrias e comércio. Instituições de ensino realizaram adaptações para se encaixar no novo contexto sanitário e socioeconômico.

Com as limitações de contato e restrições de saída da população, foram notificadas em plataformas de comunicação o aumento de casos de agressões no âmbito familiar, tendo como principal fator de relevância o cônjuge irritado com sua parceira, que acaba desferindo agressões físicas e psicológicas, que é configurado como feminicídio. De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, desde março de 2020, com o agravamento da pandemia de Covid-19 em todo o mundo e especificamente no Brasil, vários estados adotaram medidas de isolamento social com o objetivo de minimizar a contaminação da população pelo novo vírus.

Os dados levantados pelo fórum, desde o início da vigência nas medidas de isolamento social, têm apontado também para esse sentido de crescimento de feminicídio na época do isolamento. Os levantamentos têm mostrado, em todos os meses, aumentos nos índices de feminicídios e/ou homicídios em diversos estados. De forma análoga, os números também indicam uma redução na distribuição e na concessão de medidas protetivas de urgência, instrumento fundamental para a proteção da mulher em situação de violência doméstica (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Dessa forma, é notável que o isolamento aumentou os casos de violência doméstica e fez crescer o número de crimes contra a mulher. Pois, com o confinamento, homens que

já apresentavam histórico de agressividade agravaram seus desvios alavancando o número de casos de feminicídio, estupro e diversas agressões previstas na Lei Maria da Penha.

Os casos de feminicídio sofrido por mulheres no Brasil, devido ao contexto da pandemia da Covid-19, aumentaram 44,9% no estado de São Paulo, segundo relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020). Ainda segundo o levantamento, o total de socorros prestados passou de 6.775 em março de 2019 para 9.817 em março de 2020.

Segundo o Centro de Referência de Atendimento à Mulher (CRAM) de Imperatriz (MA), foram aproximadamente 364 casos novos e 72 retornos de mulheres em situação de violência, até o mês de novembro de 2021 na cidade. Com o crescente número de casos relatados por mulheres que sofrem agressões físicas e psicológicas, podemos observar que em decorrência do isolamento social provocado pelo novo coronavírus, as mulheres e meninas isoladas em casa foram alvos ainda mais fáceis e constante do feminicídio (crime de ódio) e que tem como causa estrutural o machismo e o patriarcado.

De acordo com o Portal de Notícias Imirante, os dados da Delegacia da Mulher mostram que os casos de violência doméstica têm aumentado em Imperatriz. Nos últimos meses de 2020 o aumento foi de 16%. Segundo a coordenação do CRAM, os dados apresentados podem ser bem mais abaixo da realidade. Ainda de acordo com o Centro, o aumento é relacionado com os registros do período entre os dias 20 de março e 30 de abril. Conforme o levantamento, chegou ao órgão no período crítico da pandemia de coronavírus 169 denúncias de violência contra a mulher (NASCIMENTO, 2020).

Conforme o Jornal Ponte (2020), o estado do Maranhão lidera os números de aumento de feminicídio na região Nordeste. Os meses de março e abril do ano de 2020 em relação a igual período do ano anterior, tem índices elevados de feminicídio. No mês de março, em 15 dias, foram registrados seis casos. São números que devem alertar para como as mulheres estão vulneráveis e correndo riscos de morte exatamente no espaço que deveria representar sua acolhida, proteção e segurança. Segundo Ribeiro (2020), considerados apenas os meses de março e abril, o aumento de feminicídios no Maranhão foi de 133%, estatística que levou o estado para as primeiras posições do ranking dos mais violentos do país.

No Brasil foi relatado que a violência contra as mulheres aumentou durante o primeiro mês da pandemia. Ao mesmo tempo, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública informou que, nos primeiros dias de isolamento, os relatos de casos de violência doméstica diminuíram. No entanto, o número de feminicídios e homicídios femininos estão em crescimento, o que indica o aumento da violência doméstica e familiar (FBSP, 2020).

A violência doméstica contra a mulher é um problema que precisa ser reconhecido e resolvido pela sociedade e pelos órgãos governamentais, por meio da

formulação de políticas públicas que contemplem a prevenção, o combate, às mulheres e o fortalecimento das redes de apoio às vítimas. Este fenômeno deve ser entendido desde uma perspectiva pessoal e privada, além de trata-se de uma questão de direitos humanos, pois além de estar voltada para a dignidade humana, a violência dificulta o pleno desenvolvimento da humanidade.

Dentro dessa perspectiva, percebe-se que um dos desafios para o combate à violência doméstica é também a falta de denúncia por parte da vítima, que incluem motivos como: vergonha, dependência financeira ou emocional, chantagens, ameaças, medo de não ser levada a sério, acreditar na mudança do parceiro e que ele não fará mais isso, achar que irá conseguir fazer com que ele mude o seu comportamento agressivo, medo de ser assassinada, dentre outros.

Vale ressaltar, que o Brasil é o quinto país com maior índice de homicídio feminino, e a razão é simplesmente por serem mulheres, essas são características da violência de gênero (FBSP, 2020). Em suma, o índice de violência contra as mulheres no Brasil é alto, mas esse índice pode ser ainda maior, pois na realidade ainda há muitas subnotificações. Um exemplo disso pode ser encontrado em pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. É impossível enfrentar alguma forma de violência sem conhecer suas características, por este e vários outros motivos, a violência encurtou a vida de muitas mulheres ao redor do mundo e causa danos à vida de outras milhares de vítimas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o estudo realizado, os casos de feminicídio aumentaram após a aparição do Covid-19 e suas consequências sociais praticadas, como o isolamento social, agregando mais agressividade entre parceiros, tanto físico quanto psicológico.–Diante dessa perspectiva, a presente pesquisa aborda a problemática da violência contra a mulher, em decorrência da Covid-19 no ano de 2020, e ainda, faz-se uma análise acerca do crescimento de feminicídio na cidade de Imperatriz - MA.

É fundamental que o atendimento à mulher que se encontra em situação de violência seja humanizado e efetivo no combate contra esse tipo de infração. É necessário que as autoridades conjuntamente com o Poder Judiciário estejam prontas para atender as vítimas que decidem colocar fim na violência e denunciar seus agressores. Nos casos em que não foi possível evitar o feminicídio, que esse crime seja julgado de forma correta, fazendo justiça para todas as mulheres, e que possam se sentir encorajadas a denunciar a violência, na certeza da punição aos culpados.

As estatísticas têm mostrado que a legislação atual ainda não é totalmente eficaz, no sentido de redução dos homicídios contra as mulheres. Nos dados nacionais, o Maranhão tem avançado como um dos estados em que os números de feminicídios têm

aumentado no comparativo entre 2019 e 2020. Ou seja, indica que o isolamento social, mesmo sendo uma forma de conter os riscos da pandemia da Covid-19, colabou para o crescimento de casos de feminicídio.

Portanto, infere-se que o crime de feminicídio que acontece dentro de casa, e é praticado pelo parceiro da vítima, teve um aumento durante o isolamento social provocado pelo novo coronavírus. Fato este noticiados em vários canais de comunicação. Os discursos analisados nas matérias divulgadas pela mídia que tratam sobre o aumento de feminicídio nos permite perceber também que o distanciamento social resultou na diminuição do número de denúncias nos casos de violência doméstica, enquanto o percentual de feminicídio aumentou no Estado.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ECO NORDESTE. Maranhão lidera no aumento de feminicídios no Nordeste. **Ponte**, São Paulo, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://ponte.org/nordeste-femicidios-pandemia/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL [Lei Maria da Penha (2006)]. **Lei Maria da Penha**: Lei nº11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Edições Câmara, 2010. 34 p. Disponível em: http://sisnov.campinas.sp.gov.br/biblioteca/mulher/lei_maria_penha.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

CASIQUE, L.; FUREGATO, A. R. F. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, v. 14, n. 6, nov./dez., 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2814/281421865018.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

DAY, V. P. *et al.* Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul**, n. 25, sup. 1, abr., 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-81082003000400003>. Acesso em: 10 abr. 2022.

FONSECA, P. M da.; LUCAS, T. N. S. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. 2006. 24 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Psicologia) - Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, Fundação Bahiana para o Desenvolvimento das Ciências, Salvador, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante pandemia de COVID-19**. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

GRECO, R. **Código Penal Comentado**. 11ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2017.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Violência Contra as Mulheres**. Campanha onde tem violência, todo mundo perde. São Paulo, 2004.

JORNAL DE POMERODE. Um dado alarmante. **Jornal de Pomerode**, Pomedore, 30 set. 2016. Disponível em: <https://www.jornaldepomerode.com.br/um-dado-alarmante/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MARINHEIRO, A. L. V. **Violência doméstica**: prevalência entre usuárias de um serviço de saúde de Ribeirão Preto. 2004. 136 f. Dissertação (Mestrado em Medicina Social) – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2004.

NASCIMENTO, A. Casos de violência doméstica aumentam em Imperatriz, aponta Delegacia da Mulher. **Imirante.com**, Imperatriz, 31 ago. 2020. Disponível em: <https://imirante.com/noticias/imperatriz/2020/08/31/casos-de-violencia-domestica-aumentaram-em-imperatriz-aponta-delegacia-da-mulher>. Acesso em: 2 abr. 2022.

OLIVEIRA, J. B. de. Femicídio e Seus Aspectos Históricos: A origem do feminicídio, vem lá da antiguidade. **Jusbrasil**, s.l., [2020?]. Disponível em: <https://bityli.com/LOlhJ>. Acesso em: 10 jan. 2022.

PEREIRA, R. da C. B. R. *et al.* O fenômeno da violência patrimonial contra a mulher: percepções das vítimas. **Oikos: Revista Brasileira de Economia Doméstica**, Viçosa, v. 24, n.1, p. 207-236, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/oikos/article/view/3653>. Acesso em: 5 abr. 2022.

RIBEIRO, M. F. No lockdown, violência contra mulher dispara no Maranhão. **Amazonia Real**, Manaus, 18 jun. 20. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/no-lockdown-violencia-contra-mulher-dispara-no-maranhao/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

O DIREITO À EDUCAÇÃO FRENTE A DESCRIMINALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR COMO ABANDONO INTELECTUAL

MARIA ELCILENE GOMES DE OLIVEIRA MOTA:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).⁴⁵

MAÍRA BOGO BRUNO⁴⁶

(orientadora)

RESUMO: O direito à educação é assegurado à criança e ao adolescente no texto constitucional brasileiro e está intrinsecamente atrelado à dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 atribui ao Estado o dever de ofertar uma educação de qualidade e gratuita e aos pais a responsabilidade de assistir, criar e educar seus filhos menores, o presente trabalho versa sobre o Projeto de Lei 3.262/2019, que pretende descriminalizar a educação domiciliar, e resguardará as famílias que optarem pela modalidade o respaldo de não enquadramento no crime de abandono intelectual, conforme artigo 246, caput, do Código Penal brasileiro e as consequências disso. Com o objetivo de analisar a possibilidade de impactos que poderão ser causados no direito constitucional à educação pela possível aprovação do referido projeto de lei ausência de lei regulamentado a educação domiciliar para os estudantes da educação básica. O presente artigo utiliza a metodologia jurídica com método dedutivo, por meio de pesquisa exploratória bibliográfica e documental e técnica de tratamento de dados qualitativo. Pela presente pesquisa fica demonstrada que a possível descriminalização do abandono intelectual e a ausência de regulamentação da educação domiciliar afetará a qualidade do ensino às crianças e adolescentes da educação básica, bem como, acentuará a desigualdade social, sobretudo por questões econômicas de acesso aos recursos necessários para o regular desenvolvimento da educação domiciliar.

Palavras-chave: Educação domiciliar; Educação de qualidade; Desigualdade social.

ABSTRACT: The right to education is ensured to children and teenagers in the Brazilian constitutional text and is intrinsically linked to the dignity of the human person. The Federal Constitution of 1988 assigns to the State the duty to offer a quality and free education and to the parents the responsibility to assist, raise and educate their minor children. This article deals with the Bill nº 3.262/2019, which intends to decriminalize homeschooling, and will protect the families who opt for this modality by not including them in the crime of

⁴⁵ E-mail: gomes.mota10@gmail.com

⁴⁶ Mestre em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: maira@unest.com.br

intellectual abandonment, according to article 246, caput, from the Brazilian Penal Code and the consequences of that. In order to analyze the possibility of impacts that may be caused in the constitutional right to education due to the possible approval of the aforementioned bill and the absence of a law regulating home education for basic education students. This article uses the legal methodology with a deductive method, through exploratory bibliographic and documentary research and qualitative data treatment technique. This research demonstrates that the possible decriminalization of intellectual abandonment and the absence of regulation of home education will affect the quality of education for children and teenagers in basic education, as well as accentuate social inequality, mostly for economic reasons of access to the necessary resources for the average development of homeschooling.

Keyword: Homeschooling; Quality education; Social inequality.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre os impactos da possível aprovação do Projeto de Lei 3262/2019 que permite a pais e responsáveis a opção pela educação domiciliar para estudantes da educação básica que compõem a idade de quatro a sete anos. Com tal aprovação, em se tratando da esfera penal, a educação domiciliar não configura como crime de abandono intelectual, entretanto, não há lei que regulamente seu exercício.

O principal questionamento no decorrer da pesquisa se trata da lacuna gerada pela falta de regulamentação quanto à aplicação da educação domiciliar para os estudantes da educação básica no Estado brasileiro, uma vez que as famílias responsáveis por conduzir de forma direta, ou indireta, por meio de professores particulares, não vislumbram norma que os direcionem a tal condução da aplicação efetiva do estudo em casa. Diante disso, pergunta-se: a descriminalização do ensino domiciliar como abandono intelectual sem uma regulamentação específica violarão direito à educação dos estudantes da educação básica como uma das garantias fundamentais da pessoa humana?

Esta pesquisa se justifica no meio acadêmico por se tratar de tema relevante do campo de Direito Constitucional, em especial, ao respeito aos direitos e garantias fundamentais atrelados ao indivíduo estudante, nesse contexto, se tratando da criança e do adolescente que tem seu o direito à educação assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu artigo 26 e, é tanto Direito Constitucional como direito garantido na lei infraconstitucional.

Ainda, em justificativa, se pode afirmar que no âmbito social, na esfera penal, a alteração que será trazida pelo Projeto de Lei 3262/2019 que altera o Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e inclui no parágrafo único do seu artigo 246, o estabelecimento de que a educação domiciliar (*homeschooling*) não é considerada como

crime de abandono intelectual, no entanto, não há lei brasileira que a regule quanto a sua aplicação e criação de políticas públicas.

O objetivo geral do trabalho é analisar quais os possíveis impactos causados na garantia do direito constitucional à educação dos estudantes da educação básica, do específico colegiado de quatro a dezessete anos, pela ausência de lei regulamentadora da educação domiciliar no sistema de ensino brasileiro, uma vez descriminalizada como abandono intelectual na aprovação do Projeto de Lei 3262/2019, bem como da falta de oferta de diretrizes educacionais às famílias aptas.

No tocante aos objetivos específicos, a pesquisa buscará: (i) elucidar a tutela jurídico-normativa da educação domiciliar no direito comparado; (ii) averiguar a possibilidade de queda no padrão de qualidade do ensino, garantido no artigo 205, VII, da Constituição Federal de 1988; (iii) ilustrar a probabilidade de afronta ao princípio da igualdade no que tange ao direito à educação, assegurada no artigo 205, I, da Constituição Federal de 1988; e ainda, (iv) exemplificar fatores de impacto como fragilidades quanto a ingerência das autoridades públicas sobre a frequência regular aos estudos e meios de avaliações eficazes.

Para alcançar os fins propostos, a presente pesquisa utiliza a metodologia jurídica, com a finalidade de analisar os impactos da descriminalização da educação domiciliar no direito fundamental à educação de crianças e adolescentes, sob uma perspectiva de pesquisa dedutiva. O tratamento de dados utiliza a técnica qualitativa, pois utiliza conteúdos já publicados para a abordagem de dados e tais procedimentos que apontam os impactos da prática da educação domiciliar, descriminalizada como abandono intelectual e da ausência de lei regulamentadora, na garantia da igualdade e a qualidade na educação dos estudantes da educação básica do Estado brasileiro.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo com caráter exploratório e técnicas de coleta de dados bibliográfica e documental, a partir do Projeto de Lei 3262/2019, inserido no Código Penal Brasileiro, que alterou o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal, e incluiu o parágrafo único no seu artigo 246 e da Constituição Federal de 1988, bem como obras doutrinárias de Luciane Muniz Ribeiro Barbosa, Romualdo Luiz Portela de Oliveira, Ricardo Castilho, Carlos Roberto Jamil Cury, Nina Beatriz Stocco Ranieri, e jurisprudências do Superior Tribunal Federal.

Assim, na estrutura do presente trabalho, a primeira seção será voltada para a origem da educação domiciliar, bem como sua aplicação no direito comparado, com a informação de sua prática em outros países e a possibilidade de sua adoção no Brasil. A segunda seção será dedicada à tentativa de demonstrar as causas e consequências da omissão legislativa do Estado, bem como suas fragilidades quanto a aplicabilidade e a segurança jurídica do direito à educação.

2 TUTELA JURÍDICO-NORMATIVA DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR

O termo ensino domiciliar ou ensino doméstico diz respeito ao ensino ministrado em casa, ou seja, no ambiente familiar os pais e/ou responsáveis e/ou profissionais contratados ensinam a criança o conteúdo escolar. Esta prática se trata de uma modalidade antiga, pois antes do surgimento das escolas e dos Estados Modernos, coube à família o papel de agente educador da criança e do adolescente. (MOREIRA, 2016).

Diante da proposta apresentada pelo Projeto de Lei 3.262/2019 que pretende alterar o Código Penal brasileiro e, com isso, isentar os pais que optarem por tal modalidade de ensino de responder pelo crime de abandono intelectual e da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário número 888.815/RS no ano de 2018 que analisou a falta de regulamentação da educação domiciliar, faz-se importante mencionar algumas das normas internacionais acerca da educação domiciliar.

2.1 EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO DIREITO COMPARADO

O termo “ensino domiciliar” vai além da instrução ou da transmissão de conteúdos e métodos de estudos direcionados às crianças e adolescentes, neste caso em específico, da educação básica no Estado brasileiro que compreende as idades entre quatro e dezessete anos.

O pesquisador Alexandre Magno Fernandes Moreira, considerado um dos brasileiros mais dedicados ao tema do ensino domiciliar como instrução dirigida pelos pais conceitua:

A denominada educação domiciliar (também chamada de *homeschooling* e de educação familiar desescolarizada) consiste na assunção pelos pais ou responsáveis do efetivo controle sobre os processos instrucionais de suas crianças ou adolescentes. Para alcançar esse objetivo, o ensino é, em regra, deslocado do ambiente escolar para a privacidade da residência familiar. Isso não impede, porém, que os pais ou responsáveis, no exercício de sua autonomia, determinem que o ensino seja realizado parcialmente fora da residência, por exemplo, em curso de matérias específicas, como Matemática e Música. (MOREIRA, 2016, p. 46).

Na versão inglesa o ensino doméstico ou educação domiciliar é conhecido como *homeschooling*. O professor Carlos Roberto Jamil Cury explica que se trata de “um movimento por meio ao qual, pais de família, alegando insatisfação com a educação

escolar ofertada nos estabelecimentos públicos e privados pleiteiam transmissão dos conhecimentos a ser dada em casa”. (CURY, 2019, p. 1)

O tema em questão teve sua origem na cultura americana no momento em que a sociedade clamava pela mudança do ensino concentrado das instituições escolares para uma modalidade em que permitisse uma educação individual desenvolvida no âmbito familiar. O defensor e precursor desse ideal foi o professor e escritor americano Jonh Holt, natural de Nova York, Estados Unidos, ele foi o primeiro grande crítico da educação pública e grande defensor do ensino doméstico na década de 1970. (FORMAGGIO, 2021)

O professor Jonh Holt influenciado pelo pensamento filosófico de Ivan Illich em sua obra “Deschooling society” que significa “Sociedade sem escolas”, idealizou uma educação fora do ambiente escolar numa perspectiva de atender a criança além de suas necessidades individuais, bem como a isenção de convivência com as dificuldades estruturais apresentadas pela instituição e ainda isentá-las de abordagens religiosas, valores, ideológicas, políticas, dentre outros, preservando da violência física, moral ou emocional em que as adesões tomaram grandes proporções na década de 1980. (FORMAGGIO, 2021)

Em pesquisa realizada à National Home Education Research Institute, Luciana Gomes de Oliveira Formaggio apurou que no ano de 2018, a adesão ao ensino domiciliar de crianças e adolescentes registraram 2,5 milhões nos Estados Unidos, 100 mil no Reino Unido, 95 mil no Canadá, 80 mil na Rússia, 75 mil na África do Sul, 40 mil no Japão e 30 mil na Austrália, e ainda, que a qualidade de vida do aluno houve melhora significativa da qualidade de vida. (FORMAGGIO, 2021)

Nos Estados Unidos da América, a suprema corte iniciou julgados sobre a educação domiciliar como liberdade de escolha na educação e condução dos estudos de seus filhos como discorre Cássio Casagrande

A primeira vez que os juízes constitucionais americanos se pronunciaram sobre o assunto deu-se no julgamento *Meyer v. State of Nebraska* 262 U.S. 390 (1923). Durante a Grande Guerra (1914-1919), houve nos Estados Unidos campanhas intensivas para banir tudo que fosse “germânico”, incluindo concertos sinfônicos de compositores alemães e associações civis de imigrantes daquele país. Leis estaduais e municipais procuravam restringir o uso da língua alemã, como proibir estatutos de associações em alemão e a utilização do idioma em locais públicos. Muitos estados proibiram o ensino de línguas estrangeiras e alguns vedaram especificamente o ensino do alemão em estabelecimentos particulares, inclusive religiosos. (CASAGRANDE, 2017, não paginado).

Atualmente, de acordo com informações da Revista Infoescola, “em países como Estados Unidos, Áustria, Bélgica, Canadá, Austrália, França, Noruega, Portugal, Rússia, Itália, e Nova Zelândia o homeschooling é legalizado. Nos EUA, principalmente, a prática é bastante comum.” (PORTO, 2022, não paginado).

A título de exemplificação, a Educação Domiciliar em Portugal é defendida no Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo de nível não superior, no Decreto-Lei 152/13 de 04 de novembro, em seu artigo 3º, 1, 2, a) e b)

Art. 3º - 1 - Para efeitos do disposto no presente Estatuto, consideram-se «estabelecimentos de ensino particular e cooperativo» as instituições criadas por pessoas singulares ou coletivas, com ou sem finalidade lucrativa, em que se ministre ensino coletivo a mais de cinco alunos ou em que se desenvolvam atividades regulares de carácter educativo ou formativo. 2 - Para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo anterior, considera-se: a) «Ensino individual», aquele que é ministrado por um professor habilitado a um único aluno fora de um estabelecimento de ensino; b) «Ensino doméstico», aquele que é lecionado, no domicílio do aluno, por um familiar ou por pessoa que com ele habite. (PORTUGAL, 2013, p. 6343).

E ainda é tratado na Lei 65/79 de 04 de outubro que aponta as garantias e liberdades do ensino em seu artigo 1º:

A liberdade do ensino compreende a liberdade de aprender e de ensinar consagrada na Constituição, é expressão da liberdade da pessoa humana e implica que o Estado, no exercício das suas funções educativas, respeite os direitos dos pais de assegurarem a educação e o ensino de seus filhos em conformidade com as suas convicções. (PORTUGAL, 1979, p. 2563)

Desse modo, a educação domiciliar em Portugal tem sua legalização reconhecida pela legislação que defende tanto o direito de acesso em estabelecimentos de ensino particular e cooperativo, quanto ao ensino individual, este último realizado no domicílio por familiar ou pessoa responsável e livre para exercer seus princípios e concepções. O modelo é considerado como positivo, pois, também normatizam o procedimento em que os pais devem matricular seus filhos em instituições de ensino para que sejam sujeitos a exames regulares para verificações de seus níveis de desempenho acadêmico. Já no Estado do México, a frequência obrigatória não é regulamentada e com isso, é cada vez mais crescente o número de adeptos à modalidade domiciliar de ensino em que não há intervenção estatal.

De acordo com a Associação Nacional de Educação Domiciliar – ANED – a Educação Domiciliar é uma modalidade de educação que vem crescendo e ganhando adeptos por todo o mundo, bem como, é praticado em regime de governos em diversos países e tem seu reconhecimento e permissão, e regulamentação em mais de 60 países dos cinco continentes. (BRASIL, 2022, não paginado). Na subseção seguinte, será abordado sobre a possibilidade da educação domiciliar no Estado brasileiro, bem como as tratativas do direito à educação na legislação vigente do país.

2.2 POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 6º o rol dos direitos sociais, dentre eles, o educação assentado como direito fundamental. Adiante, o texto constitucional institui que família e Estado devem ser solidários quanto ao dever da educação ao dispor:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988, não paginado).

Da mesma forma, a Lei 9.9394/96 – Lei de Diretrizes e Bases – que em 20 de dezembro de 1996 foi sancionada pelo então presidente da república Fernando Henrique Cardoso, como lei de grande importância para o sistema educacional brasileiro no sentido de reafirmar o direito constitucional do acesso à educação básica, prelecionaem seu artigo 1º, que a educação “[...] abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” (BRASIL, 1996, não paginado).

Referida norma, em seu parágrafo 1º, diz que tal educação deverá ser desenvolvida predominantemente por meio de instituições próprias, e ainda em seu artigo 6º determina que “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.” (BRASIL, 1996, não paginado).

O Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora, em seu artigo 55, que “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” e reforça, a partir do artigo 129, inciso V, os deveres que os pais têm com a educação “obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar.” (BRASIL, 1990, não paginado).

Além disso, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 246, caput, prevê pena de detenção de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês e multa para aqueles que responsáveis que se fizerem omissos da responsabilidade de matricular os filhos em instituição regular oficial de ensino. (BRASIL, 1940, não paginado).

Mesmo diante deste arcabouço que normatiza a educação formal e institucional, eis que surgiram os opositores desta modalidade de ensino e, conseqüentemente, os adeptos, tanto no âmbito político quanto jurídico, pelo ensino domiciliar no Brasil, o tema esteve em pauta no Congresso Nacional e no Supremo Tribunal Federal. (BARBOSA; OLIVEIRA, 2017).

O apoio dessas instituições, opositoras a educação formal, no desenvolvimento de materiais pedagógicos e estratégias educativas e a falta de regulamentação específica da educação domiciliar abriram espaço para que diversas famílias aderissem ao modelo voltado para a educação no seio familiar. No ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral do Recurso Extraordinário número 888.815/RS, cuja ação originou de um mandado de segurança impetrado contra a Secretaria Municipal de Educação da cidade de Canela no Rio Grande do Sul. (BARBOSA; OLIVEIRA, 2017).

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (homeschooling) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988. 2. Repercussão geral reconhecida. (BRASIL, 2015, página 1).

O julgamento do tema de repercussão geral foi presidido pela Ministra Carmem Lúcia em setembro de 2019, cuja decisão final buscou a consolidação do entendimento e solução do caso, a fim de que outros tivessem a melhor interpretação conforme ementa do acórdão do Recurso Extraordinário 888.815:

Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. [...]3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas

espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira.”(BRASIL. 2019a, p. 2-4).

Em entendimento, para a Suprema Corte, a negativa em provimento ao recurso se deu pelo fato de que a educação domiciliar somente poderá ser autorizada após a devida regulamentação, ainda que a maioria dos ministros entendeu que a modalidade não era inconstitucional.

O ano de 2019 foi marcado pela crise sanitária e humanitária, de escala global, decorrente da pandemia causada pela Covid-19, e, no âmbito educacional, suspendeu as aulas presenciais, sendo essas substituídas pela modalidade remota, e conseqüentemente, obrigou a substituição de estudo do ambiente escolar pelo residencial, bem como, de professores por pais ou responsáveis, contudo, a instituição escolar era a responsável pela elaboração do currículo a ser ministrado aos estudantes domiciliares. (REIS, 2021).

Neste cenário, foi aprovado o Projeto de Lei 3.262, de 3 de junho de 2019, de autoria das Deputadas Federais Chris Tonietto, Bia Kicis e Caroline de Toni, que altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, incluindo em seu artigo 246, o parágrafo único: “Os pais ou responsáveis adeptos da educação domiciliar não incorrem no crime previsto neste artigo” (BRASIL, 2019b), ou seja, a proposta versava que aos optantes pelo ensino domiciliar não seria aplicada a pena prevista para o crime de abandono intelectual, de detenção de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês ou multa, a quem, sem

justa causa, deixasse de prover a instrução primária ao filho ou filha em idade escolar.(REIS, 2021)

A justificação da propositura “visa salvaguardar os pais e responsáveis adeptos da educação domiciliar, a fim de que não sejam incursos no crime de abandono intelectual, eis que notadamente não configurada a hipótese de privação de instrução”. (BRASIL, 2019b, p.1)

O texto reconhece a falta de regulamentação e aponta que existe projeto de autoria do Poder Executivo aguardando instalação de Comissão Especial, e outros projetos do Poder Legislativo em tramitação, defende que a prática da modalidade de ensino não ofende o ordenamento jurídico do Estado brasileiro e que a conduta não está expressamente proibida por lei, por teor do disposto no artigo 5, inciso II da Constituição Federal, em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (Brasil, 2019b, p.1)

Adiante, afirma que a educação domiciliar é um direito natural dos pais, e que a estes cabe o direito de escolher qual ambiente mais compatível com a realidade de seus filhos, a despeito do bem-estar e seu pleno desenvolvimento, e ainda que o Estado impõe usurpa a obrigação de ensinar que é das famílias, sufocando a educação integral em troca de parcialidade de oferta de conteúdos, o que afasta os pais do processo educacional. (BRASIL, 2019b, p. 2)

Afirma que a família tem a primazia na educação das crianças, e que ao poder público compete a limitação de ajudar, apoiar e incentivar as famílias que totalmente independentes, em relação ao Estado, por meio de associações com seus representantes legais conhecedores do trabalho da educação domiciliar, e que o estado de coisas quanto a dar responsabilidade e poder aos órgãos públicos, resulta no perecimento enquanto estrutura fundamental da sociedade. (BRASIL, 2019b, p. 3)

Acerca a ilegalidade, o texto do projeto de lei lembra que a educação domiciliar carece de regulamentação, conforme a deliberação do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do Recurso Extraordinário 888.815, de 12 de setembro de 2018, portanto, afirma que não é ilegal, e ainda se trata de repercussão geral reconhecida, caracteriza-se por decisão *erga omnes*, sendo aplicável a todos. (BRASIL, 2019b, p. 3)

Em relação ao uso do Direito Natural, o texto aponta que a escolha pela modalidade de ensino é um direito anterior ao Estado e que as famílias têm sido vítimas de perseguição jurídica, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares, com base no artigo 246 do Código Penal, e que a conduta tipificada do referido artigo, não se aplica e elas, pois estão preocupadas é com a formação das crianças e com seu pleno

desenvolvimento, como forma antiga e tradicional de ensino como o exemplo da sociedade norte-americana. (BRASIL, 2019b, p. 4)

O texto cita o artigo 1.634 do Código Civil, dado pela Lei número 10.406/2002, inciso I, "compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos, dirigir-lhes a criação e a educação" como princípio da subsidiariedade que garante a primazia da sociedade civil sobre o Estado na resolução de problema com a matrícula em instituições de ensino desacreditadas por parte da sociedade e que deixa claro que ao reconhecer a educação domiciliar como pertencente ao direito natural, salvaguarda as famílias da insegurança jurídica. (BRASIL, 2019b, p.4)

No Brasil, ao ser descriminalizada como abandono intelectual, a educação domiciliar passará a ser permitida e não regulamentada, nesse caso, não existem parâmetros normativos quanto a sua aplicação. Assim, é possível aduzir pontos relevantes acerca desta omissão legislativa como a ofensa ao princípio da Igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. "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 [...]". (BRASIL, 1988, não paginado).

Nesse sentido, Ricardo Castilho assevera,

[...] o direito à educação assim concebida não inclui somente o acesso à escola. Como vimos, é também sinônimo de educação de qualidade, com a qual os indivíduos desenvolvem conhecimentos e habilidades aplicáveis à vida diária. Tal direito deve compreender a implementação de medidas concretas para garantir a continuidade e, especialmente, a perseverança dos alunos. (CASTILHO, 2016, p.235).

Portanto, acerca dessa regulamentação somente com base na descriminalização não há que se pensar apenas no fato de famílias serem salvaguardadas de serem perseguidas pelo Conselho Tutelar ou pelo Ministério Público, e sim que o Estado crie instrumentos, mecanismos e políticas públicas para que o poder público possa realizar supervisão e avaliação periódica de aprendizagem das crianças e adolescentes que é garantido constitucionalmente aos estudantes da educação básica dos 4 aos 17 anos de idade.

3 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA REGULAMENTAÇÃO DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR

O acesso ao ensino da educação básica obrigatório para crianças e adolescentes é regulamentado na Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 6º trata da educação como um direito social e estabelece em seu artigo 24 "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:", inciso IX "educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;". (BRASIL, 1988, não paginado).

A despeito da educação domiciliar não há consenso acerca da competência constitucional para legislar. Para a Associação Nacional de Educação Domiciliar – ANED – a competência legislativa seria privativa da União no caso de necessidade qualquer mudança que seja nas diretrizes e bases da educação nacional. (BRASIL, 2022, não paginado).

O "Manifesto Contra a Regulamentação da Educação Domiciliar e em Defesa do Investimento nas Escolas Públicas" foi assinado por 356 Coalizões, Redes, Entidades Sindicais, Instituições Acadêmicas, Fóruns, Movimentos Sociais, Organizações da Sociedade Civil e Associações e divulgado considerando que a possível autorização e regulamentação da educação domiciliar é um fato extremo de risco, constituindo um ataque ao direito à educação como uma das garantias fundamentais da pessoa humana e poderá possibilitar o aumento das desigualdades sociais e educacionais e manifestando-se contrários aos Projetos de Lei sobre a regulamentação da matéria já presentes no Congresso Nacional. (ANDES, 2021, não paginado).

3.1 FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

De acordo com a Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Básica, a educação básica abarca os estudantes em idade dos 4 aos 17 anos, na sequência de pré-escola, ensino fundamental e ensino médio. No entanto, para os jovens com mais de 18 anos de idade que não concluíram o ensino médio e com mais de 15 anos para o ensino fundamental, podem participar de forma voluntária e gratuita do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCEJA), que emite certificado e declaração de proficiência por meio de secretarias de educação e institutos federais de educação, ciência e tecnologia. (BRASIL, 2022, não paginado)

A exemplo do Enceja, o que se aparenta é uma inobservância do Estado acerca do que dispõe o artigo 208, § 3º, da Constituição Federal de 1988 "Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola", ou seja, o poder público deve zelar pela frequência de crianças e adolescentes ao ambiente institucional escolar, e leva a reflexão acerca da atuação do Estado para garantir aos estudantes cujas famílias optarem pela educação domiciliar o que assevera o artigo constitucional 205 que garante o "[...] pleno

desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (BRASIL, 1988, não paginado).

Outro ponto importante é que, na educação domiciliar, são os próprios pais ou responsáveis os encarregados de assumir e mediar a instrução do ensino básico, e a não tipificação como crime de abandono intelectual, abstém o Estado, em nome de liberdade individual das famílias de intervir e os responsabilizar por negligência ou omissão em prover a educação primária para os filhos em idade escolar. (RANIERI, 2017).

Além do exposto, é importante mencionar o que determina a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, parágrafo 3º que “Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola” (BRASIL, 1988), e na atual conjuntura, diante da lacuna ocasionada pela aprovação do Projeto de Lei 3.262/19 se abriu uma grande brecha dificultando a atuação das autoridades públicas em supervisionar e que incorre na Lei nº 9.394/96 em seu artigo 55: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. (BRASIL, 1996)

Em breve reflexão, Fernanda Morgan e José Vicente Medonça asseveram:

É preciso regular o homeschooling. É preciso identificar-lhe condições de admissibilidade constitucional. Pode-se pensar, a título de sugestão ao STF, em algumas condicionantes para o como (o quando também é tema essencial): (i) primeiro, a criança deve estar matriculada na rede regular de ensino – ainda que sem obrigatoriedade de frequência; (ii) ela deverá se submeter a avaliações periódicas, preparadas por equipes pedagógicas da rede regular; (iii) pode-se pensar num controle, físico ou digital, para aferir o material escolar que está sendo utilizado, consoante conteúdos mínimos fixados para o ensino fundamental²; (iv) a família que optar pelo homeschooling pode ser objeto de visitas do Conselho Tutelar direcionadas a esse foco; (iv) pode-se exigir a participação regular da criança em projetos acadêmicos e atividades esportivas oferecidas pela escola. Quanto a este último critério, vale salientar que homeschooling não se confunde com o isolamento social, tal como indicam estatísticas do documento Condition of Education,³ publicado pelo Centro Educacional dos Estados Unidos (MORGAN, MENDONÇA, 2018, não paginado).

Portanto, percebe-se que, a questão sobre a descriminalização da educação domiciliar como abandono intelectual é ato que primordialmente requer sua regulamentação, como se preocupou o Supremo Tribunal Federal, a tal modo que seja

promovido o clareamento das organizações acerca das regras, preparações e adaptações tanto para as famílias quanto para as instituições educacionais.

No texto constitucional, o capítulo III, que trata da educação, da cultura e do esporte, enumera os princípios do ensino, e, em que, dentro outros, certifica em seu artigo 206, inciso VII, a “garantia de padrão de qualidade” (BRASIL, 1988, não paginado) como base do ensino a ser ministrado, sendo que em relação ao tema, se trata de norma abstrata, ou seja, cabe a melhor interpretação.

Nesse contexto, não há de se analisar o assunto que permeia a dada educação de qualidade no Brasil sem mencionar o olhar pedagógico acerca do tema. Sobre esse assunto, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em conjunto com o Ministério da Educação (MEC) que tem, dentre outros, promover a contribuição para o diálogo intercultural por meio da educação com ações e projetos internacionais que cooperam nas áreas da educação, ciência e cultura.

Em sua afirmação sobre a educação de qualidade no Brasil, a UNESCO sustenta que tanto a qualidade quanto a igualdade permanecem como sendo grandes desafios confrontados quando se trata de atendimento eficaz às necessidades de atendimento aos alunos para a real situação de estarem inseridos numa sociedade de conhecimento, pois grande parcela destes em diferentes níveis educacionais, apresenta que o nível de aprendizagem nas disciplinas graves deficiências, bem como, baixa absorção de conceitos científicos. (UNESCO BRAÍLIA, [2020]).

Como a descriminalização do abandono intelectual derrubará a barreira para que as famílias matriculem as crianças e adolescentes em instituição de ensino regular e possibilitará que eles sejam submetidos à educação domiciliar, a ausência de regulamentação dessa modalidade de ensino prejudicará o monitoramento, avaliação e desenvolvimento das atividades pedagógicas e, conseqüentemente, a garantia do direito à educação de qualidade.

É importante ressaltar que a reflexão de que a descriminalização da educação domiciliar esteja em consonância com a regulamentação dessa modalidade, pois o que vigora atualmente na comunidade escolar é a oportunidade de igualdade acerca de desenvolvimentos e experiências comunitárias que as vivências do ambiente institucional são de possível promoção. E ainda que seja na modalidade institucional o no seio familiar, o que se deve prezar é pela qualidade de ensino que são norteados pela Lei de Diretrizes e Bases, Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal.

3.2 ACENTUAÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL

A educação domiciliar ao ser descriminalizada como crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246 do Código Penal, poderá permitir a pais negligenciar aos filhos o acesso às oportunidades educacionais do modelo regular de ensino institucional. A omissão de norma regulamentadora e de criação de políticas públicas da educação domiciliar fere o princípio da igualdade que é garantido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, já que os estudantes membros das famílias de baixo poder aquisitivo não terão à disposição os mesmos recursos pedagógicos que os de alto poder aquisitivo.

A aprovação do referido projeto que descriminaliza a educação domiciliar assentou a grande celeuma, pois os que optarem pela modalidade de ensino escolar poderão ficar à margem da lei, contudo, pelo fato de não existir resolução da lacuna gerada no ordenamento jurídico brasileiro e com isso afrontar ao princípio da igualdade, diante da incerteza acerca da aplicação do ensino domiciliar.

No tocante às famílias que possuem maior poder aquisitivo poderão se valer de equiparação de equipamentos tecnológicos para seus filhos, bem como, professores particulares, enquanto isso, o Estado poderá ampliar sua desobrigação em promover educação de qualidade para todos do ensino público. O professor Carlos Roberto Jamil Cury ainda em análise a questão educacional afirma

O Brasil é ainda um país endividado com sua população. Nossa cidadania educacional está longe de ser um exemplo. Convivemos com milhões de crianças fora da escola ou presentes na escola, mas fora da idade apropriada... Temos milhões de jovens e adultos que não tiveram a oportunidade de entrar na escola ou dela tiveram que se evadir mais cedo, por condições de sobrevivência ou por repetência. A educação infantil e o ensino médio ainda são privilégio (Cury, 2000, p. 569).

Os céticos com relação à adoção da educação domiciliar no tocante ao papel da educação na promoção da igualdade social defendem que essa modalidade de ensino representa: “uma afronta ao esforço em prol da democratização da educação, da luta pela escola pública e de qualidade, além do esforço pela equalização e justiça social através de uma educação e currículos centralizados, o que diminuiria as desigualdades”. (OLIVEIRA, PAIVA. 2016, p. 39).

Se por um lado terão famílias optantes da modalidade domiciliar de educação, com aspectos de comprometimento e responsabilidade, e ainda munidos de aparatos tecnológico e financeiro para contratar professores particulares especializados, ou resguardados por políticas públicas, a possibilidade de êxito do processo poderá ser viável, porém, por outro lado, como cita o professor Cury, o cenário de recíproca decadência no tocante ao colegiado de estudantes da educação infantil ao ensino médio em face da real

conjuntura sócio-econômica de grande maioria é fator preocupante da discussão (CURY, 2000).

As diferenças econômico-sociais privarão grande parte das famílias de acesso aos recursos necessários para o desenvolvimento de uma educação domiciliar que garanta às crianças e aos adolescentes igualdade de condições de aprendizagem. François Dubet citado Maria Celi Chaves Vasconcelos e Carlota Boto observa que:

Em todos os países, os alunos originários das categorias sociais mais privilegiadas, os mais bem munidos em capital cultural e social, apresentam um rendimento melhor, cursam estudos mais longos, mais prestigiosos e mais rentáveis que os outros. Mesmo que a seleção tenha se deslocado para a sexta série no calendário escolar, depois para a segunda, e enfim para o limiar dos estudos superiores, a estrutura das carreiras e das performances escolares continua refletindo mais ou menos a das desigualdades sociais. (DUBET, 2008, p. 27 *apud* VASCONCELOS; BOTO, 2020, p. 6).

Para o professor, o que ocorre é uma disparidade na condução do processo educacional, uma vez que o Estado se omite em não promover uma educação que abarca as crianças, jovens e adultos sem a oportunidade de participar do processo educacional que envolve o ensino regular, e tal pensamento é assentido por inúmeros críticos da educação domiciliar em que a escola como instituição que acolhe coletivamente as crianças e jovens é indispensável para que as desigualdades sejam minimizadas e a garantia de maiores oportunidades sejam privilégios para igualdade na educação. (OLIVEIRA, PAIVA, 2016).

Em se tratando de educação domiciliar e o direito de igualdade na educação para que possibilite a redução das desigualdades sociais, o cerne é que "Não há no ordenamento jurídico brasileiro em vigor nenhuma norma jurídica que tenha como conteúdo ou objeto a Educação Domiciliar, seja em caráter permissivo ou proibitivo" (ANDRADE, 2017, não paginado).

Nesse sentido, é possível concluir que a ausência legal de vedação e omissão do Estado quanto à regulamentação da educação domiciliar, diante da aprovação do Projeto de Lei 3.262/2019 que a descriminaliza como abandono intelectual, causará impacto na garantia constitucional de igualdade prevista a estudantes da educação básica brasileira.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se importante destacar que a Constituição Federal não prevê a possibilidade da opção pela educação domiciliar como também não a proíbe. No entanto, em seu artigo 205 afirma que a educação é um “direito de todos e dever do Estado e da família”.

Se, de um lado a Constituição Federal brasileira de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases de 1996 apontam e garantem a importância da educação básica nas escolas, de outro lado, tem-se um percentual considerável de famílias que, na atualidade, são adeptas à nova modalidade de ensino e com a aprovação do Projeto de Lei nº 3262/2019, estas famílias se encontrarão à mercê da morosidade do Poder Legislativo, sem a devida supervisão das autoridades quanto a efetividade e qualidade do ensino, neste caso, ministrado pelas por elas.

Diante disso, o foco deste artigo é demonstrar os impactos causados no processo educacional pela lacuna omissiva do Poder Legislativo de lei regulamentadora da educação domiciliar no sistema de ensino brasileiro uma vez descriminalizada como abandono intelectual na aprovação do Projeto de Lei nº 3262/2019 e sem a sua devida regulamentação.

Ademais, a educação básica, que abarca as crianças e adolescentes na idade dos 4 aos 17 anos, se trata de uma direito fundamental regulamentado pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, tendo por base a obrigatoriedade de oferta gratuita como responsabilidade da União, Estados e Municípios, e ainda que é um direito que deve ser exercido com a oferta da qualidade na forma quantitativa, em que as vagas são para todos, e na forma qualitativa, garantindo o padrão de qualidade a fim de que os estudantes adquiram ou potencializem ou transformem suas competências no desempenho do papel de cidadão e que resguardem a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o que se pode aduzir é que, de fato, existirá uma lacuna deixada pela descriminalização da educação domiciliar e sua regulamentação por parte do poder legislativo. No atual cenário, caso ocorra, não se poderá esperar apenas das famílias e responsáveis por estudantes da modalidade domiciliar que cumpram com o compromisso de educar tão logo tal liberdade seja conquistada, e sim, que o Estado cumpra com o seu papel de legalizar, conduzir e resguardar, por meio de ações efetivas e de políticas públicas, para que o risco de queda na qualidade do ensino básico e o alargamento da desigualdade social não seja acentuado por controvérsias legais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Édson prado. Educação Domiciliar: encontrando o Direito. **Dossiê: Homeschooling e o Direito à Educação**. Pro-Posições 28 (2). 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-6248-2017-0121>. Acesso em 25 de outubro de 2021.

ANED. **Associação Nacional de Educação Domiciliar: educação domiciliar no Brasil.** Disponível em: <https://www.aned.org.br/conheca/ed-no-brasil>. Acesso em 16 de março de 2022.

ANDES. **Sindicato nacional dos docentes das instituições de ensino superior.** 2021. Disponível em: https://www.andes.org.br/diretorios/files/renata/maio_2021/2021_05_21_manifesto_ed_domiciliar.pdf. Acesso em 21 de abril de 2022.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro; OLIVEIRA, Romualdo Luiz Portela de. **O neoliberalismo como um dos fundamentos da educação domiciliar. Dossiê: Homeschooling e o Direito à Educação.** Pro-Posições 28 (2). 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-6248-2017-0121>. Acesso em 25 de outubro de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.262, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para incluir o parágrafo único no seu art. 246, a fim de prever que a educação domiciliar (homeschooling) não configura crime de abandono intelectual.** Brasília: Câmara dos Deputados, 07 dez. 2019b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206168>. Acesso em 25 de outubro de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [2021] Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Brasília, DF: Presidência da República, 1940. [2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 24 de outubro de 2021.

_____. **Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - Inep.** 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/encceja/maiores-de-18-podem-tentar-diretamente-o-ensino-medio#:~:text=Pessoas%20com%2018%20anos%20de,terem%20conclu%C3%ADdo%20o%20ensino%20fundamental>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília, DF: Presidência da República, 1990. [2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 24 de outubro de 2021.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Brasília, DF: Presidência da República, 1996. [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 24 de outubro de 2021.

_____. Senado Federal. **Audiência Pública: necessidade de regulamentação da educação domiciliar (homeschooling).** Brasília, DF, 2019. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=17110>. Acesso: 27 de out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 888.815 RG**, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2015, Acórdão Eletrônico Dje-113 divulg. 12-06-2015. Public. 15-06-2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8678529>. Acesso em 21 de abril de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: 888.815 Rio Grande do Sul.** Recorrente: V D representada por M P D. Recorrido: União. Relator Ministro Roberto Barroso. 12 de setembro de 2018. 197 páginas. Processo Eletrônico. Repercussão Geral. Mérito DJe-055. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 21 mar. 2019a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=888815&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

CASAGRANDE, Cássio. **Homeschooling no STF e a jurisprudência dos EUA – O Caso o Wisconsin v. Yoder e a controvérsia sobre liberdade de educação.** Jota Info, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/homeschooling-no-stf-e-a-jurisprudencia-dos-eua-28112017>. Acesso em: 17 de abril de 2022.

CASTILHO, Ricardo. **Educação e Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/580052?title=Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Direitos%20Humanos#references>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Homeschooling ou educação no lar.** Palavra Aberta. Educação em Revista. Volume 35, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-4698219798>. Acesso em 23 de outubro de 2021.

FORMAGGIO, Luciana Gomes de Oliveira. **O direito ao ensino domiciliar no Brasil: Liberdade na aplicação de diretrizes educacionais em tempos de pandemia da Covid19.** São Paulo. Revista Científica da Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos. 2021. Disponível em: <file:///F:/Direito%20-%20Faculdade%20>

%2010%C2%BA%20Per%C3%ADodo%20-
%202022.1/Artigo/Materiais%20para%20artigo/1214-4735-2-PB.pdf. Acesso em 19 de março de 2022.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. São Paulo. Editora Monergismo, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/303551238>. Data de acesso: 14 de abril de 2022.

MORGAN, Fernanda; MENDONÇA, José Vicente. **Ensino Domiciliar: o homeschooling em debate – O ensino domiciliar já existe no Brasil; falta regular**. Jota Info, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/ensino-domiciliar-o-homeschooling-em-debate-29082018>. Acesso em 17 de abril de 2022.

OLIVEIRA, João Guilherme da Silva Arruda; PAIVA, Fernando de Souza. **Educação domiciliar no Brasil: reflexões e proposições**. Texto resultante de conclusão de curso de licenciatura e pedagogia a distância da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (LIPEAD/UNIRIO). 2016. Disponível em: aned.org.br/images/TrabalhosAcademicos/sumario2.pdf. Acesso em: 27 de abril de 2022.

PORTO, Gabriela. **Homeschooling (ensino doméstico)**. 2021. Disponível em: <https://www.infoescola.com/educacao/homeschooling-ensino-domestico/>. Acesso em: 20 de março de 2022.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 152/2013 de 04 de novembro**. Disponível em <https://files.dre.pt/1s/2013/11/21300/0634006354.pdf>. Acesso em 20 de março de 2022.

PORTUGAL, **Lei nº 65/79 de 04 de novembro**. Disponível em: https://www.apesp.pt/xms/files/Legislacao/Lei_65_79_Liberdade_de_Ensino.pdf. Acesso em 20 de março de 2022.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal**. Pro-Posições 28 (2). 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-6248-2016-0008>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

REIS, Elisa Meirelles. **Unicef alerta para a importância da escola e os riscos da educação domiciliar**. 2021. Brasília (DF): Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/unicef-alerta-para-importancia-da-escola-e-os-riscos-da-educacao-domiciliar>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

UNESCO. **Educação de qualidade para todos**. Representante no Brasil. [ca. 2020]. Disponível em: <https://pt.unesco.org/fieldoffice/brasil/education-quality>. Acesso em: 27 de abril de 2022.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves; BOTO, Carlota. **A educação domiciliar como alternativa a ser interrogada**: problema e propostas. *Práxis Educativa*.v. 15, e2014654, p. 1-21. Ponta Grossa, 2020. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14654>. Acesso em: 27 de abril de 2022.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA SOB ANÁLISE CONSTITUCIONAL.

LORRAINE SANTOS GOMES:

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG⁴⁷.

JOSÉ ALVES MACIEL⁴⁸.

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar o funcionamento e constitucionalidade da confissão formal e circunstanciada prevista no acordo de não persecução penal elencada no código de processo penal, sendo esta trazida pelo Pacote Anticrime, o qual dispõe da necessidade deste requisito acima apontado – confissão –, como meio para a obtenção do benefício em favor do indiciado interessado, despenalizando sua conduta típica. Essa novidade trouxe algumas discussões doutrinárias acerca de sua legalidade, uma vez que a confissão como elemento necessário vai de encontro com a garantia constitucional da não autoincriminação. Logo, o referido estudo prevê o entendimento do funcionamento do acordo para a obtenção do benefício, analisando a obrigatoriedade da confissão como requisito, bem como as interpretações existentes, de modo a entender sua constitucionalidade e se o ato voluntário do indiciado de fazê-lo poderá acarretar algum prejuízo. Esta pesquisa tem caráter teórico e qualitativo, uma vez que analisará essas divergências doutrinárias trazidas, compreendendo suas interpretações através das narrativas e ideias elencadas.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Garantia Constitucional. Pacote Anticrime. Autoincriminação.

ABSTRACT: The present research aims to analyze the functioning and constitutionality of the formal and detailed confession provided for in the plea bargain listed in the criminal

47 E-mail: lorraine.santos.47714@gmail.com

48 Possui graduação em Direito pela Fundação UNIRG (1990). Atualmente é Defensor Público do Estado do Tocantins, lotado na Defensoria Pública de Classe Especial em Palmas-TO, onde é titular da 10ª Defensoria Pública Criminal de Classe Especial. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Conta atualmente com cerca de 300 (trezentos) Júris realizados em diversas Comarcas do Estado do Tocantins, além de diversas sustentações orais no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Professor da Universidade UNIRG de Gurupi-TO, das disciplinas de Direito Processual Penal I e prática forense IV. Membro do Conselho do Curso de Direito. Foi Conselheiro Titular do Conselho Superior da UnirG (CONSUP). Foi Conselheiro por dois mandatos do CSDP - Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. E-mail: kitamaciel@hotmail.com

procedure code, which is brought by the Anti-Crime Package, which has the need for this requirement mentioned above - confession -, as means to obtain the benefit in favor of the interested defendant, decriminalizing his typical conduct. This innovation brought some doctrinal discussions about its legality, since confession as a necessary element goes against the constitutional guarantee of non-self-incrimination. Therefore, the aforementioned study provides for an understanding of the functioning of the agreement to obtain the benefit, analyzing the mandatory confession as a requirement, as well as the existing interpretations, in order to understand its constitutionality and whether the voluntary act of the accused to do so can cause any damage. This research has a theoretical and qualitative character, since it will analyze these doctrinal divergences, understanding their interpretations through the narratives and ideas listed.

Keywords: Non-Persecution Agreement. Constitutional Guarantee. Anti-Crime Package. Self-incrimination.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Origem Do Acordo De Não Persecução Penal No Sistema Brasileiro, 2.1 Justiça Negociada 3. Direito Comparado. 3.1 O Instituto Do Plea Bargaining Americano Como Inspiração No Sistema Brasileiro 3.2 Sistema Francês 3.3 Sistema Alemão. 4 Acordo De Não Persecução Penal 4.1 A Garantia Constitucional Da Não Autoincriminação 4.2 A Confissão Formal E Circunstanciada Como Exigência Do Acordo De Não Persecução Penal 4.3 O Descumprimento Das Condições E A Possibilidade Do Uso Da Confissão Para O Oferecimento Da Denúncia. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.964 de 24 de Dezembro de 2019, denominada como pacote anticrime, entrou em vigor no dia 23 de Janeiro de 2020, introduzindo diversas mudanças nas esferas penais, tendo como objetivo o combate de modo eficaz a atos ilícitos cometido pelo agente infrator.

Dentre tais mudanças, surgiu a novidade conhecida como Acordo de Não Persecução Penal, no qual fora acrescentado ao Código de Processo Penal em seu artigo 28-A como uma justiça negociada, sendo celebrado entre o Ministério Público e a pessoa investigada para que este não venha a responder pelo delito praticado, despenalizando, portanto, sua conduta típica, desde que não seja o ato caso de arquivamento; tendo a pena período inferior a 04 (quatro) anos; não sendo a infração determinada por violência ou grave ameaça a vítima do fato; e, por fim, tendo o acusado confessado formal e circunstanciadamente.

Rogério Sanches (2020), assim aduz:

Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. (SANCHES, 2020, p. 127)

Entende-se ainda, que para a obtenção do benefício, o Ministério Público deverá decidir de modo que o acordo seja necessário e suficiente para repressão e prevenção do crime. Destarte, a existência dos requisitos mencionados é condicionante para a efetivação do acordo onde o (a) indiciado (a) deverá cumprir, no qual, obtendo o benefício, este estará sujeito as condições (e não penas) dispostas nos incisos do referido artigo 28-A, devendo o mesmo exercê-las sob pena de rescisão do acordo.

Ocorre, entretanto, que mediante tais condicionantes sugeriram divergências doutrinárias quanto à constitucionalidade do requisito da confissão, uma vez que o indiciado deverá confessar se quiser obter o benefício.

Menciona o artigo 28-A, caput, a necessidade da confissão ser formal e circunstanciada, ou seja, com todos os detalhes minuciosamente citados, não sendo aceito confissões parciais ou omissas.⁴⁹

Tal requisito vai de encontro com a garantia constitucional ao silêncio mencionado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988⁵⁰, que assegura o direito de permanecer calado sem que haja prejuízos ao réu.

Dessa maneira, parte da doutrina entende que há o descumprimento do referido artigo, haja vista que o requisito da confissão do acordo de não persecução penal estaria obrigando o indiciado a se auto-incriminar, violando, portanto, o princípio da não-autoincriminação assegurada constitucionalmente, sendo este entendimento firmado sob o argumento da violação à imunidade contra a autoacusação concebida aos indiciados.

Outra parte da doutrina menciona sua constitucionalidade, entendendo não haver a obrigatoriedade do acusado em confessar, tendo este a livre escolha de fazê-lo ou não situado no plano da voluntariedade. Assim, a inconstitucionalidade do princípio da não

⁴⁹ Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78, out./dez, 2020, p. 251. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf>. Acessado em 03 de Janeiro de 2022.

⁵⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

autoincriminação se dá apenas mediante a obrigatoriedade ou coação para confessar sob pena de consequências na esfera criminal, não sendo o caso do acordo.

Frisa-se ainda a situação daquele que opta por confessar o ato delitivo para obter o benefício e posteriormente não cumpre as condições impostas. Nessas hipóteses, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia, sendo caso de discussões quanto à legalidade da utilização do termo da confissão do indiciado na ação penal, uma vez que sua confissão foi apenas no ato da obtenção do acordo.

Ante o exposto, a presente pesquisa buscará verificar a constitucionalidade frente ao requisito da confissão formal e circunstanciada e seu funcionamento no acordo de não persecução penal, de modo a apresentar embasamento lógico quanto a necessidade de tal requisito e elucidação das divergências doutrinárias encontradas, bem como demonstrar se o descumprimento das condições impostas pelo artigo realmente prejudica os indiciados confessos.

Será mencionado ainda a origem e inspirações que idealizaram o acordo, mostrando o instituto da justiça negociada bem como o direito comparado de modo a definir e caracterizar o benefício na justiça brasileira.

O presente estudo utilizará métodos dedutivos e apresentará uma pesquisa teórica, uma vez que buscará analisar e discutir os conceitos e diferenciações trazidas pela lei e doutrina acerca do tema proposto, mencionando, ainda, comparativos através de procedimento bibliográfico e documental. Trata-se também de uma abordagem qualitativa, haja vista que trarão narrativas e ideias a fim de compreender suas interpretações.

2 ORIGEM DO ACORDO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO SISTEMA BRASILEIRO

Anteriormente ao advento da Lei 13.964 de 2019 – intitulada como “Pacote Anticrime” – e sua entrada em vigor no Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal existia por força da resolução de número 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)⁵¹ como uma solução alternativa de modo que não houvesse a instauração de uma ação penal.

Essa resolução, assim como a atual redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, propunha em seu artigo 18, caput, semelhante texto, dispondo:

51 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181 de 07 de Agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucoes/Resoluco-181-1.pdf>>. Acesso em 06 de Janeiro de 2022.

Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não. (BRASIL, 2017) REVOGADO

Tal previsão buscava acelerar a justiça penal, priorizando crimes de pequeno e médio potencial ofensivo para que houvesse o “desafogamento” da alta demanda de processos nas varas criminais. Assim ressalta a própria Resolução 181 de 2017:

Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais. (BRASIL, 2017)

Ocorre, entretanto, que apesar do procedimento buscar beneficiar o réu e trazer celeridade processual, o referido dispositivo elencado pela resolução passou por inúmeras críticas doutrinárias, uma vez que legislar matéria criminal é ato privativo da União. Dessa maneira, o acordo de não persecução penal dependia de Lei Federal por se tratar de tema processual penal, e, portanto, o CNMP não era o órgão competente para a matéria, vez que contraria o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.⁵²

Buscou-se então, através desse panorama, Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI) de números 5790 e 579353 propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que argumentaram sobre os vícios de inconstitucionalidade e ofensa ao princípio da reserva legal e segurança jurídica, concluindo-se assim, que o acordo de não persecução penal somente poderia ser veiculada por meio de lei, vez que envolve negociação acerca do ajuizamento da ação penal pública.

Com a chegada da Lei 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime) o acordo de não persecução penal passou a ser regularizado, ampliando as hipóteses de o investigado celebrar acordo com o Ministério Público através da flexibilização do princípio da

52 Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de Janeiro de 2022.

53 Texto das ADI disponível no site:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcI>>

obrigatoriedade da ação pública e cumprimentos dos requisitos elencados, tornando o processo mais célere.

Assim, essa inclusão do acordo ao artigo 28-A do Código de Processo Penal, afastou argumentos sobre ilegalidades e validade caracterizados anteriormente como inconstitucionais, validando instrumento negocial em conjunto com o Ministério Público, assim como menciona Mauro Messias, (2020):

O advento da Lei Anticrime logrou êxito em afastar os argumentos contrários à validade do acordo de não persecução penal. É que, com a positivação do acordo no artigo 28-A do CPP, perdeu interesse prático o argumento da inconstitucionalidade formal do artigo 18 da Resolução n.º

181/2017 do CNMP. Assim, gerou-se um consenso doutrinário acerca da validade do acordo de não persecução penal, embora o mesmo não possa ser dito em relação ao ato normativo que anteriormente lhe dava sustentação jurídica. (MESSIAS, 2020, p. 120)

Dessa maneira, tal previsão regulamentada legalmente pelo Código de Processo Penal passou a integrar efetivamente no ordenamento jurídico, trazendo em seu teor os já existentes requisitos necessários para a adesão do benefício, bem como o aprimorou, retirando antigas vedações de modo a facilitar sua celebração.⁵⁴ Logo, a Lei Anticrime viabilizou nova fase na justiça criminal, na qual o ANPP desburocratiza e reduz as sobrecargas processuais.

2.1 JUSTIÇA NEGOCIADA

Entende-se por Justiça Negociada (ou Consensual) o afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, na qual este não atua mais como interventor necessário. Isto porque acusação e defesa acordam entre si sobre as consequências da prática criminosa do acusado, possibilitando a celeridade e eficiência processual penal.

Este instituto possibilita que o agente acordante seja beneficiado em virtude de sua colaboração, tendo como exemplos a transação penal e a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995), onde aquela diz respeito a um acordo entre o Ministério Público e o autor do fato de menor potencial ofensivo, enquanto esta é promovida em crimes cuja pena mínima não seja superior a 01 (um) ano.

⁵⁴ MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática Constitucional. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 28.

Dessa maneira, a Justiça Negociada, como o próprio nome sugere, é a opção feita através de uma negociação com o órgão acusador, possibilitando nova chance ao autor do delito de modo que venha a beneficia-lo mediante sua colaboração.

Importante frisar, que para a caracterização deste instituto, o artigo 98, inciso I da Constituição Federal determina a criação de Juizados Especiais para o processos desses delitos, mencionando:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988)

Desse modo, com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal ao artigo 28-A do Código de Processo Penal, acrescentou-se mais uma possibilidade de Justiça Negociada no sistema brasileiro, uma vez que este busca beneficiar o réu mediante sua confissão, desde que a pena seja inferior a 4 (quatro) anos.

Assim afirma Aury Lopes Junior, (2020):

O acordo de não persecução penal agora ingressa de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada. Trata-se de mais um instrumento de ampliação do espaço negocial, pela via do acordo entre MP e defesa, que pressupõe a confissão do acusado pela prática de crime sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos (limite adequado à possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade), que será reduzida de 1/3 a 2/3 em negociação direta entre acusador e defesa. (JUNIOR, 2020, p. 314)

Evidentemente, o acordo com seus requisitos e condições como forma de efetivação estratégica como meio defensivo dentro do ordenamento jurídico, ampliou as possibilidades de aplicabilidade do benefício, adequando-se à justiça negociada, na qual, assim como afirma a matéria publicada no site JusBrasil55 "às partes são concedidas

55 ROSA, Luísa Walter da. Negociando no processo penal após a "Lei Anticrime": acordo de não persecução penal. **JusBrasil**, 2020. Disponível em:

opções e, a partir da sua vontade própria, elas escolhem qual caminho seguir”, isso porque afasta a necessidade do processo penal e aplicação de possível pena.

Esses institutos negociais fazem parte da denominada *diversão*, ou seja, ao invés do direito criminal adotar o sistema formal de aplicação da Justiça Penal, um caminho diverso é adotado, no qual existem três espécies: diversão simples; diversão encoberta e diversão com intervenção.

Na diversão simples, mesmo com a presença de indícios de autoria e/ou participação e prova da materialidade, há a extinção da persecução penal sem que haja qualquer condição imposta ao indiciado, uma vez que esta seria inócua. É o que ocorre, por exemplo, na prescrição virtual, onde deixa-se de proceder a persecução penal porque, de antemão, já é previsto a sua prescrição quando vier a ser julgado. 56

Na diversão encoberta, ocorre a extinção da punibilidade do indiciado desde que este esteja condicionado à prática de determinado ato, impossibilitando a deflagração da persecução penal. Tem-se como exemplo a composição dos danos civil (Lei. 9099/1995, art. 74, parágrafo único), na qual dispõe a ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, vez que se houver a composição civil dos danos entre vítima e autor do crime de modo que haja o impedimento da continuidade da ação penal, extingue-se a punibilidade. 57

Por fim, na diversão com intervenção, o investigado/acusado fica sujeito ao cumprimento de certas condições, na qual, sendo cumpridas haverá o arquivamento em decorrência da extinção da punibilidade. Essa forma de diversão é a que ocorre na transação penal, suspensão condicional do processo, bem como acordo de não persecução penal. 58

Dessa maneira, conclui-se que o acordo de não persecução penal, por ser caracterizado como uma forma diversa despenalizadora como estratégia defensiva, adequa-se em acrescentar à justiça negociada, de modo que será concedida ao indiciado

<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/803743872/negociando-no-processo-penal-apos-a-lei-anticrime-acordo-de-nao-persecuacao-penal>>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2022.

56 BRASILEIRO, Renato. **Pacote Anticrime: Comentários á Lei 13.964/2019 artigo por artigo**. – Salvador: JusPodivim, 2020, p. 219.

57 BRASILEIRO, Renato. **Pacote Anticrime: Comentários á Lei 13.964/2019 artigo por artigo**. – Salvador: JusPodivim, 2020, p. 219.

58 BRASILEIRO, Renato. **Pacote Anticrime: Comentários á Lei 13.964/2019 artigo por artigo**. – Salvador: JusPodivim, 2020, p. 220.

antes do oferecimento da denúncia, desde que este venha a cumprir os requisitos impostos.

3 DIREITO COMPARADO

3.1 O INSTITUTO DO PLEA BARGAINING AMERICANO COMO INSPIRAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

Conhecido como um processo de negociação entre acusação e réu através de seu defensor, o Plea Bargaining consiste no oferecimento de reduções acusatórias ou da sanção a ser aplicada em troca da confissão do acusado.

Conceitua MESSITTE apud Nefi Cordeiro (2020) o seguinte:

“Plea bargaining” é procedimento criminal especialmente no modelo americano, em que acusação e defesa negociam declaração de culpa, dispondo dos limites do caso e do processo judicial, como medida de economia processual e de eficiência. O réu abre mão da presunção de inocência e do direito de ser levado a julgamento (“go to trial”) em troca de favores de redução das acusações ou da pena final. (MESSITTE, apud CORDEIRO, 2020, p. 46 e 47)

Dessa maneira, como se verifica, o instituto tem como característica a confissão como meio de o réu evitar um possível ajuizamento de ação, levando em consideração ainda, que o sistema Americano adotado é regido pelo Common Law⁵⁹, na qual as decisões judiciais ocorrem através de jurisprudências e precedentes jurídicos baseados em julgamentos anteriores.

Conforme o Dr. Edilson Vitorelli pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) em entrevista ao instituto LFG, mais de 95% dos processos da área civil e penal da justiça dos Estados Unidos são negociados entre as partes e pouco menos de 5% chegam aos tribunais⁶⁰, isso porque o sistema americano adota o princípio da oportunidade, que consiste na discricionariedade do Ministério Público para a propositura ou não da ação

⁵⁹ O sistema jurídico dos Estados Unidos da América é regido por uma constituição e por leis ordinárias. No entanto, é regido pelos Princípios da *Common Law*, onde a lei é também estabelecida por precedentes jurídicos. O sistema de *Common Law*, oriundo da Inglaterra, tem como principal fonte a jurisprudência, seguindo a doutrina conhecida como *Stare Decisis*. A doutrina de *Stare Decisis* estabelece que os juízes devem se sujeitar a precedentes estabelecidos pelos tribunais de instâncias superiores. **Disponível em:** <<https://www.novo.justica.gov.br/sua-protecao-2/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais/estados-unidos>> **Acesso em: 07 de Jan. de 2022.**

⁶⁰ Disponível em: < <https://www.lfg.com.br/conteudos/curiosidades/geral/diferencas-entre-a-justica-dos-eua-e-do-brasil>>. Acesso em: 19 de Jan. de 2022.

penal, sendo dotado de liberdade para produzir provas entre si sobre quaisquer graus de criminalidade.

Diante desta sistemática, o então Ministro da Justiça – à época da criação do Pacote Anticrime – Sérgio Moro, propôs a criação do Plea Bargaining no Brasil inspirado no modelo norte-americano.

Conforme a matéria publicada no Jornal Gazeta do Povo⁶¹, a principal proposta de Sérgio Moro era desafogar o sistema judiciário brasileiro através de negociação entre acusação e defesa conferindo maior liberdade entre as partes para produzir o acordo, possibilitando maiores propostas ou modificação da pena aplicada ou imputada na denúncia.

Ocorre, entretanto, que diante do sistema americano, há uma incompatibilidade com a Justiça Brasileira, haja vista que a forma de aplicabilidade judiciária de ambas é diferente. Enquanto aquela, através do Common Law, busca o acordo judicial através de precedentes jurídicos e Jurisprudências quanto aos casos já julgados, esta prioriza o direito ao devido processo legal, vez que adota como sistema o Civil Law⁶², seguindo o princípio da obrigatoriedade.

Assim, diante de tais contrastes entre os sistemas, restou infrutífera a previsão da introdução do Plea Bargaining no sistema brasileiro, vez que, conforme João Gualberto Ramos, apud Danilo Kutianski Souza e Doroteu Trentini Zimiani (2018):

O sistema penal estadunidense apresenta inúmeras diferenças em relação a outros sistemas. Uma delas consiste no fato de que a Constituição não cria, para a União, um monopólio de criação de tipos penais. Daí que também os Estados-membros podem criar tipos penais incriminadores, o que fazem em profusão. O direito penal dos EUA é predominantemente estadual, ou seja, cada Estado possui seu próprio código penal, podendo diferir entre os demais. Também não há uma regra constitucional que determine que essa

⁶¹ KADANUS, Kelli. Como os Estados Unidos inspiram o pacote contra o crime de Sergio Moro. Gazeta do Povo, 07 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/como-os-estados-unidos-inspiram-o-pacote-contr-o-crime-de-sergio-moro-2mqyqjya3bisi7emjrmohe8f6/>>. Acesso em: 07 de Jan. de 2022.

⁶² O *Civil Law*, também chamado de sistema romano-germânico, é um **sistema jurídico que tem a lei como fonte imediata de direito**, isto é, que utiliza as normas como fundamento para a resolução de litígios. A jurisprudência, a doutrina e os princípios também são fontes de direito, mas são secundários, pois o que prevalece são as normas escritas do ordenamento jurídico. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/civil-law/>>. Acesso em 07 de Jan. de 2022.

criação deva ocorrer por meio de lei (...) (RAMOS, apud SOUZA e ZIMIANI, 2018, P. 138)

Entretanto, apesar das incompatibilidades entre os sistemas, a justiça brasileira assemelha-se ao fato da necessidade da confissão como meio de chegar a um acordo, desde que em crimes de baixa gravidade, tendo sua pena substituída por condições de reparação de dano, e exatamente por esse motivo, assevera Mauro Messias (2020)⁶³ que o acordo de não persecução penal não deve ser confundido com a sistemática tradicional do plea bargaining norte-americano, dotada de coercividade mediante uma sentença criminal.

3.2 SISTEMA FRANCÊS

Na sistemática penal francesa, temos que este também adotou medidas acordantes entre acusação e réu de modo a resolver de forma célere os casos criminais.

Assim como o Brasil, a França é regida pelo sistema Civil Law, na qual dispõe a necessidade da lei como fundamento para julgar os crimes. Ocorre, entretanto, que o início de sua tentativa de normalizar o sistema no país decorrente da grande demanda de infrações, acarretaram em negociações sem base legal ou prévia autorização legislativa, ficando a critério dos membros do Ministério Público e Juízes tomarem a iniciativa com base em suas próprias convicções acerca do crime cometido pelo infrator. Assim menciona Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

Na França, as primeiras experiências de soluções alternativas para os casos penais surgem não da lei, mas sim da iniciativa pessoal de juízes e promotores de justiça, que se conscientizaram da incapacidade da Justiça Penal de lidar com a grande carga de trabalho decorrente da persecução penal de delinquência de menor importância.

Em virtude dessa prática, inicialmente, heterogênea é que surgiu pela primeira vez, um processo de institucionalização dos acordos penais na França, por meio da Nota de Orientação do Ministério da Justiça, de 03 de junho de 1992. (CABRAL, 2021, p. 43)

Essa Nota de Orientação do Ministério da Justiça impulsionou a aprovação da Lei 92-2 de 04 de Janeiro de 1993, promovendo uma reforma no sistema penal francês

⁶³ MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. 2ª ed. Rio de Janeiro. LumenJuris, 2020, p.105.

possibilitando a celeridade e organização dos acordos quanto aos delitos de menor gravidade.

Assim, em 2004, inspirada na ideia do plea bargaining americano, adotou-se o *plaider coupable* – na qual traduzido para o português significa “declarar-se culpado” – cujo indivíduo deve reconhecer prévia culpabilidade, desde que maior de idade e que tenha cometido delitos com pena menor ou igual á cinco anos, tendo o juiz como papel apenas a homologação ou não da decisão do acordo. Logo, o sistema Francês tem como principal característica a confissão, sendo adotada a pena mais adequada conforme a declaração de culpa do acusado.⁶⁴

Essa característica, entretando, gerou inúmeros problemas e discussões acerca do requisito da confissão, haja vista que a ideia baseada em torno da mesma, poderia acarretar na condenação de um inocente, já que para a aplicação da pena, observa-se o que é revelado pelo infrator e não o que foi feito, podendo estimular pena mais grave àqueles que optarem falar a verdade por se declararem inocentes à que confessarem um crime não cometido.

3.3 SISTEMA ALEMÃO

Conforme menciona Rodrigo Leite Ferreira Cabral, “Na Alemanha ocorreu situação semelhante à francesa. O acordo penal iniciou-se em virtude das práticas dos Promotores de Justiça e Juízes, apesar da ausência de lei prevendo tal possibilidade.”

Essa sistemática penal alemã desenvolveu-se mediante acordos consensuais informais, ou seja, sem necessidade de processos ou embargos, no qual os acordos ocorriam através de confissão e baseados na confiança, tendo como principal motivo a economia processual. Dessa forma, não havia a declaração de culpa por parte do acusado, e, portanto, sua confissão, para o Tribunal, era caracterizada apenas como prova geral para o delito cometido.

Ocorre, entretanto, que tal forma de acordo foi questionada perante Bundesgerichtshof – traduzido para o português significa “Tribunal de Justiça Federal” – que no dia 28 de agosto de 1997, reconheceu que “os acordos (Absprachen), que tenham por objeto a confissão do acusado em troca de uma diminuição de pena, são

⁶⁴ PAES, Vivian Ferreira. Do inquérito ao processo: Análise comparativa das relações entre polícia e Ministério Público no Brasil e na França. Dilemas, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/viewFile/7202/5781>>. Acesso em 23 de Janeiro de 2022.

fundamentalmente possíveis. Eles não violam os princípios constitucionais e processuais.”⁶⁵

Nessa perspectiva, o Tribunal de Justiça Alemão entendeu que o ato de acordo entre acusado e ministério público não era matéria inconstitucional, e, portanto, era plenamente possível a realização destes, visto que se buscava a confissão do acusado em troca de benefício.

Assim, após o reconhecimento da Suprema Corte Alemã, estabeleceu-se que os acordos realizados deveriam ocorrer de maneira formal, transparente e pública, assim como afirma o voto da Corte Constitucional Alemã:

Com o objetivo de realizar essa tarefa, o legislador, não apenas pretendeu normatizar o conteúdo permitido para o acordo e seu procedimento, como também enfatizar, através de um conceito legal, que a sua celebração somente pode ocorrer por meio de um acordo transparente, público e com plena documentação, de modo a permitir um pleno e efetivo controle judicial, entendido por ele como necessário. ⁶⁶

Dessa maneira, observa-se que diferentemente do acordo no Brasil, cujo sempre aderiu que fosse transparente e surgira mediante resolução, o acordo Alemão passou por um processo de reconhecimento pela Corte Suprema, deixando de ser um acordo informal e passando a ser formal e público, de maneira a possibilitar controle judicial.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como já mencionado anteriormente, o Acordo de Não Persecução Penal foi criado através do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em sua resolução 181/2017, onde propunha benefício ao acusado em troca de confissão.

Apesar da intenção, tal resolução sofreu duras críticas quanto sua constitucionalidade, haja vista que se tratava de matéria sem previsão legal. Assim, com a

65 BGH 4 StR 240/97 apud CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de Não Persecução Penal, Resolução 181/2017 do CNMP.** JusPodivm, 2018, p. 24. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/e5fa78cf048e2b07ca7a8ee2a263f47e.pdf>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2022.

66 BVerfG apud CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de Não Persecução Penal, Resolução 181/2017 do CNMP.** JusPodivm, 2018, p. 25. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/e5fa78cf048e2b07ca7a8ee2a263f47e.pdf>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2022.

introdução do acordo ao Código de Processo Penal, findaram-se tais críticas, vez que esta passou a ser regulamentada resultando em segurança jurídica.

Essa inclusão do acordo de não persecução penal ao artigo 28-A do CPP através da lei pacote anticrime tem como conceito, conforme o ilustre Noberto Avena (2020):

Por acordo de não persecução penal compreende-se o ajuste celebrado, em determinadas condições e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de seu advogado), por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará em não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade. (AVENA, 2020, p. 594)

Dessa maneira, busca-se através do acordo entre Ministério Público e investigado a obtenção do consenso na Justiça Criminal, na qual este confessa o delito ao passo que aquele deixa de oferecer a denúncia, de modo que o indivíduo não seja processado e não cumpra pena, devendo apenas cumprir as condições estabelecidas em lei.

Diante deste conceito, importante frisar que para a concessão de tal benefício, existem requisitos fundamentais a serem cumpridos. O caput do artigo 28-A do Código de Processo Penal Menciona:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (...) (BRASIL, 1941)

Conforme tal previsão legal observa-se a existência de cinco requisitos, de modo que havendo o cumprimento destes, haja o desinteresse processual no manejo da ação penal. Ressalta-se ainda que estes são cumulativos, ou seja, para que seja concedido o benefício ao indiciado, este deve cumprir, ao mesmo tempo, todos os requisitos mencionados.

Ademais, o parágrafo 2º do mesmo artigo também menciona as hipóteses em que não se aplica o acordo, sendo eles:

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

- I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
- II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
- IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 1941)

Dessa maneira, se presentes os requisitos necessários, não havendo quaisquer impedimentos para sua aplicação, e entendendo o Ministério Público que o acordo é necessário e suficiente para repressão da conduta típica, aplica-se o ANPP, ficando sujeito o indiciado ao cumprimento das condições impostas pelos incisos, no qual, descumprindo o indiciado, o Ministério Público poderá oferecer a denúncia.

Logo, em resumo, acordo de não persecução penal é caracterizado como um instituto despenalizador que ocorre em benefício ao investigado mediante ajuste celebrado com o Ministério Público, podendo este deixar de oferecer a denúncia, desde que o investigado cumpra os requisitos necessários mencionados no artigo 28-A, bem como as condições trazidas pela mesma, extinguindo-se assim, a punibilidade.

4.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º traz em seu teor garantias que tem como objetivo a proteção do indivíduo contra a ação do Estado, ou seja, há um amparo legal que assegura a pessoa de seus direitos, impedindo qualquer lesão que venha atingir a mesma.

Nesse sentido, o inciso LXIII do mesmo artigo menciona 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” dispondo a garantia constitucional do indivíduo de não se autoincriminar, isso porque ninguém está obrigado a produzir provas contra si.

Este, além de afirmar seu direito de permanecer calado, ainda é claro ao mencionar que o indivíduo deve ser informado de tal, sendo esclarecido que seu silêncio não importará em confissão na esfera penal. Logo, aquele que resolve nada falar, não estará se prejudicando ou confessando determinado delito.

Nathalia Masson (2020), dispõe o silêncio como um privilégio constitucionalmente assegurado, trazendo proteção ao indivíduo de qualquer forma de constrangimento que vier de autoridade pública ou práticas estatais que importem prejuízo pessoal. Logo, destaca-se de sua obra:

Portanto, o direito ao silêncio, ao assegurar a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. (MASSON, 2020, P. 898)

Dessa maneira, o direito ao silêncio caracteriza garantia fundamental, seja ao preso ou acusado independentemente de sua pena cominada, de modo que este possa optar não confessar o delito, não legitimando sua culpabilidade mediante sua decisão.

Consta-se ainda, que tal garantia também se encontra no Pacto de São Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ao mencionar:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969)

Isso porque o direito ao silêncio é uma garantia não apenas no plano interno, mas também no plano internacional, na qual o indivíduo fica duplamente assegurado quanto sua inocência até que se prove o contrário.

Ademais, também o Código de Processo Penal traz em seu artigo 186 o silêncio como não caracterização de confissão, bem como ressalta que a decisão de não confessar do acusado não venha a prejudicar sua defesa:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, 1941)

Aury Lopes Junior (2020) menciona a existência da defesa pessoal positiva⁶⁷ e negativa, na qual fica caracterizado o direito de permanecer calado como a autodefesa negativa, que dispõe:

A defesa pessoal negativa, como o próprio nome diz, estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer. É o direito de o imputado não fazer prova contra si mesmo, podendo recusar-se a praticar todo e qualquer ato probatório que entenda prejudicial à sua defesa (direito de calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais etc.). (JUNIOR, 2020, p. 606)

É notório, portanto, que qualquer indivíduo que venha a sofrer persecução penal, será informado de seu direito, cujo fica assegurado por todo ordenamento jurídico, devendo este saber de suas garantias na qual inclui a não autoincriminação, vez que não há obrigação de respostas àquelas perguntas imputadas que venham acarretar prejuízos, devendo, portanto, ser a confissão obtida de modo voluntário e consciente pelo agente, sendo vedado qualquer tipo de ameaça, coação, fraude e demais meios ilícitos.

4.2 A CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA COMO EXIGÊNCIA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Levando em consideração os requisitos necessários apresentados no caput do artigo 28-A do Código de Processo Penal, nota-se a exigência da confissão formal e circunstanciada como meio para a obtenção do benefício, no qual pode ser feito tanto no momento do acordo quanto durante a investigação.

Esse requisito diz respeito à necessidade da confissão ser escrita e detalhada sobre todas as circunstâncias do fato típico, devendo ocorrer na presença do Ministério Público e seu defensor no ato da celebração do acordo. Nesse sentido, aduz PAULO QUEIROZ (2020) que a confissão ocorre de maneira simples e voluntária na qual o investigado relata os fatos mencionando a motivação e as circunstâncias que o levaram a prática da infração, não sendo levado em consideração o silêncio para a obtenção do benefício.

Ocorre, entretanto, que tal requisito possui diversas divergências doutrinárias, haja vista que há possibilidades de o Ministério Público oferecer a denúncia contra o investigado sob pretexto de o mesmo não ter confessado a infração penal diante da autoridade policial. Logo, parte da doutrina entende ser desnecessário o requisito, vez que impõe ao investigado a obrigatoriedade de se autoincriminar, ferindo assim, a própria

⁶⁷ A autodefesa positiva deve ser compreendida como direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais etc. (JUNIOR, 2020, p. 606)

Constituição Federal que assegura o princípio da não autoincriminação como uma garantia constitucional que protege aqueles que não querem confessar. Por outro lado, existem correntes que entendem a confissão do crime como um requisito não obrigatório, já que o indiciado tem a plena liberdade de confessar ou não o ato delituoso de acordo com sua vontade, não anulando, portanto, a garantia constitucional imposta pelo art. 5º da CF.

Guilherme de Souza Nucci (2020), adepto ao entendimento de que o requisito do artigo é inconstitucional, alega que a confissão imposta ao indiciado pode gerar prejuízos futuros ao mesmo, levando em consideração um possível não cumprimento as condições necessárias acarretando em posterior ação penal contra o indivíduo. Assim alega:

Esse acordo pode ser realizado, por proposta do Ministério Público, se o investigado tiver confessado formal e detalhadamente a prática do crime, sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima inferior a quatro anos. Neste ponto, é preciso destacar tratar-se de um acordo para não haver persecução penal; assim sendo, obrigar o investigado a confessar formalmente o cometimento do crime para depois fixar penas alternativas e outras condições não nos parece válido, ferindo o direito à imunidade contra a auto-acusação. Imagine-se que o investigado celebre o acordo e depois não o cumpra. O Ministério Público pode pedir a rescisão do pacto e propor denúncia, lembrando, então, que, a essa altura, já terá havido confissão por parte do acusado. Cremos que esse acordo possa e deva ser celebrado sem necessidade de confissão plena e detalhada. (NUCCI, 2020, P. 383)

Nessa mesma perspectiva, a revista da defensoria pública na página 74 68 afirma:

Se trata de um acordo ilegítimo por si só ao exigir a confissão dessa forma. A ponderação da negociação entre a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente que acaba por tendo de optar entre dois caminhos danosos. Trata-se de imposição de uma situação tida por negocial,

68 Texto escrito pela defensora pública Aline Correa Lovatto do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil; e pelo advogado e consultor jurídico Daniel Correa Lovatto, mestre em Ciências Criminológico-Forenses na Universidad de la Empresa - UDE de Montevideú, Uruguai. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.

mas que apenas transparece o desequilíbrio relacional entre as partes.

Tais ponderações trazem à tona a desnecessidade da confissão, especialmente quando a exigência é que esta seja detalhada, isso porque além de ferir o direito à não auto-acusação sem chance de contraditório, pode também induzir um inocente à confessar um crime que não cometeu de modo que este possa receber o benefício e ser inocentado judicialmente.

Isso significa que pela obrigatoriedade de confessar para a obtenção do benefício, faz com que o indiciado o faça não de modo voluntário, mas por que não vê outra alternativa, já que se não o fizer, não haverá acordo, fazendo com que haja falsas confissões involuntárias. Explica Silva apud Lovatto e Lovatto sobre as falsas confissões da seguinte maneira:

Existem duas espécies de falsas confissões: (a) falsas confissões voluntárias, em que o sujeito confessa por vontade própria, motivado a beneficiar a ele e a um terceiro ou, até mesmo, por psicopatologia ligada à necessidade de atenção, autopunição, sentimento de culpa ou delírio, e (b) falsas confissões involuntárias, em que o sujeito não está motivado por características pessoais, mas associadas a procedimentos de investigação, mais relacionadas à técnica de manipulação ou coerção na inquirição ou à vulnerabilidade do investigado (SILVA, apud LOVATTO e LOVATTO, 2020, P. 74)

Por outro lado, Noberto Avena (2020, p. 601), não considera a inconstitucionalidade do referido requisito, compreendendo a voluntariedade do indiciado de modo que este o faz de forma livre, bem como alega o fato da Constituição Federal proibir a confissão apenas mediante a obrigação de se autoincriminar sob pena de consequências na ordem penal ou processual penal. Assim afirma:

Compreendemos, enfim, que, para efeitos de formalização do pacto de não persecução penal, nenhuma inconstitucionalidade há no fato de se estabelecer, como requisito, a confissão formal e circunstancial do investigado. Isto porque a efetivação do acordo de não persecução situa-se no plano da voluntariedade do investigado. Celebra-o, enfim, se o quiser, não havendo qualquer constrangimento a que o faça. Agora, se for de sua vontade acordar com o Ministério Público, precisará sujeitar-se aos requisitos legalmente previstos para tanto, entre os quais está o da confissão. Lembre-se, ainda, que a proibição constitucional é a de que seja o investigado ou acusado obrigado a se autoincriminar sob pena de

consequências de ordem penal ou processual penal, o que não ocorre por ocasião da formalização do acordo, que, repita-se, é ato voluntário do imputado. Além do mais, com o cumprimento do ajuste, ocorrerá a extinção de sua punibilidade (art. 28-A, § 13), não implicando o anterior reconhecimento da responsabilidade criminal em qualquer implicação penal. (AVENA, 2020, P. 601)

Ademais, uma vez que o ato é voluntário, dando ao indiciado a opção de permanecer em silêncio ou não, Souza e Dower, apud Sandro Carvalho (2020)⁶⁹, salienta que a confissão como exigência do acordo encontra amparo doutrinário, vez que tal ato estando acobertado pela voluntariedade, pode promover o direito à liberdade do cidadão. Vejamos:

Ao contrário de uma conclusão apressada, o dispositivo em análise não anula a garantia constitucional do acusado de permanecer em silêncio, descrita no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Isso porque o investigado não é compelido a dizer a verdade ou de não permanecer em silêncio. A escolha pela intervenção ativa, isto é, de prestar declarações fidedignas sobre os fatos, desde que livre e consciente, não viola aquela garantia constitucional. O direito de escolher entre exercer seu direito ao silêncio ou confessar detalhadamente o crime, encontra amparo na doutrina que admite que os direitos fundamentais, embora inalienáveis, sejam restringidos em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, como ocorre em hipóteses de contratos privados envolvendo direitos da personalidade. Nesses casos, a restrição a direitos fundamentais é constitucional, desde que não seja permanente nem geral, mas decorra de voluntariedade e represente proporcional aumento do direito à liberdade do investigado, condições que ficarão sob a fiscalização do Ministério Público, do defensor e do próprio acusado. (SOUZA e DOWER, apud CARVALHO, 2020, P. 253)

Nessa perspectiva, como alegado pelo autor, não há ilegalidade ou inconstitucionalidade, de modo que a confissão busca proporcionar o direito a liberdade do investigado, levando em consideração ainda, que para que seja confirmada a autoria no crime no momento da confissão, estará este sendo fiscalizado de modo a saber se há a voluntariedade.

⁶⁹ http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf. Acessado em 18 de Março de 2022.

Da mesma maneira, Mauro Messias (2020) menciona quanto a inconstitucionalidade do instituto residir apenas na confissão forçada, mediante coação ou ameaça, sendo completamente possível a legalidade no ato do acordo, já que neste constitui a voluntariedade.

Portanto, a confissão não se afigura, por si só, inconstitucional, inconveniente ou ilegal. O problema reside na confissão forçada ou naquela obtida de modo clandestino, desacompanhada das conhecidas e indispensáveis advertências constitucionais. Assim, é bom destacar que o acordo de não persecução penal ocorre apenas na hipótese de confissão ou autoincriminação voluntária, de modo que nenhum constrangimento seja dirigido ao investigado. (MESSIAS, 2020, P. 61)

Afirma ainda Rogério Sanches (2020) que a confissão pressupõe apenas admissão implícita de culpa, vez que não demanda do devido processo legal, e, portanto, a voluntariedade desta diz respeito apenas à índole moral. Assim dispõe:

Importante alertar que, apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. Não sem razão, diz o §12 que “A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º deste artigo”. (SANCHES, 2020, P. 129)

Diante de tais alegações, conforme doutrinadores favoráveis, entende-se que não há violações constitucionais no requisito da confissão, já que o indicado, para tal ato, é informado de seu direito de ficar em silêncio, mas opta confessar de modo voluntário, já que busca ser beneficiado à que passar pelo processo de persecução penal.

4.3 O DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES E A POSSIBILIDADE DO USO DA CONFISSÃO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA

Formalizado o Acordo de Não Persecução Penal entre acusado e ministério público, deverá aquele cumprir as condições dispostas nos incisos do artigo 28-A do Código de Processo Penal⁷⁰, uma vez que estas são condicionantes necessárias para que seja levada à extinção da punibilidade.

⁷⁰ **Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941**, artigo 28-A, incisos: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados

Ocorre que a necessidade da confissão formal e circunstanciada para a formalização do acordo demonstra-se ainda mais problemática no que tange ao descumprimento dessas condições, vez que, não cumprindo o indiciado, deverá o Ministério Pública oferecer a denúncia (vide art. 28-A, § 10 e 11)⁷¹ podendo usar a confissão como elemento comprobatório da infração penal cometida.

Ora, se a confissão do acusado foi realizada apenas para a abtenção do benefício em seu favor, não pode esta ser utilizada como única fonte elementar em um processo criminal.

Avena (2020, p. 602)) entende que não existe óbice a utilização da confissão, vez que foi prestada de modo espontâneo pelo investigado, e, portanto, se ajuizada a ação penal, foi porque o acusado a isto deu causa ao descumprir, injustificadamente, o ajuste realizado.

Mauro Messias (2020), entretanto preceitua que a confissão não caracteriza início de prova para denunciar, pois não representa assunção de culpa, uma vez que o cunho principal da confissão para o acordo não é oferecer denúncia, mas apenas gerar concordância dos fatos e autoria entre as partes.

A proposta de acordo de não persecução penal somente pode ocorrer após a formação de opinio delicti positiva por parte do membro do Ministério Público, a demonstrar, pois, que o relato dos fatos pelo investigado e a sua confissão não funcionam como início de prova para denunciar. Ora, já há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria para denunciar, logo, não é este o papel desempenhado pela confissão. O propósito não é robustecer o material probatório que acompanha a denúncia, pois não se objetiva

pelos instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

⁷¹ **Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941**, artigo 28-A, § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia; § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

denunciar, e sim acordar (...) No acordo de não persecução penal, a única utilidade da confissão é demonstrar que Parquet e investigado concordam acerca dos fatos e sua autoria, inexistindo, assim, interesse na solução beligerante do caso via processo-crime. A confissão, pois, é a *magnus consensus* entre os interessados, isto é, a máxima demonstração de que (1) a narrativa fática é unânime, ou seja, a mesma para ambos os interessados, e (2) o mecanismo escolhido por eles para a solução do caso penal é a consensual, e não a processual. (MESSIAS, 2020, P. 63)

Ademais, conforme Freire apud Carvalho (2020, p. 259), em caso de descumprimento das condições por parte do indiciado, não pode a celebração do acordo ser invocada como prova absoluta para a condenação do réu. Logo, a confissão no oferecimento da denúncia deve ser analisada apenas como conjunto probatório produzido em juízo, levando em consideração, portanto, o princípio do contraditório.

No mesmo sentido, o artigo 155 e 197 do Código de Processo Penal⁷² afirma quanto a convicção do juiz ser formalizada mediante contraditório judicial, não podendo a decisão ser formalizada mediante elementos colhidos na investigação, bem como a apreciação da confissão ser confrontada com demais provas do processo, sendo vedada a avaliação unicamente aferida através da confissão.

Também, o Enunciado nº 27 do Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal – Gncrim⁷³, preceitua que “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).” Renato Brasileiro (2020), ao comentar sobre o Enunciado, reitera que para uma sentença condenatória, aos elementos probatórios oriundos da confissão deverão se somar outros produzidos em juízos, posto que a confissão serve apenas como um suporte da prova de autoria:

Essa denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público poderá trazer, como suporte probatório, inclusive a confissão formal e

⁷² Código de Processo Penal, Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas; Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

⁷³ GNCCRIM. Enunciados Interpretativos da Lei n. 13. 964/2019 Lei Anticrime. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em: 21 de Março de 2022.

circunstanciada do investigado por ocasião da celebração do acordo. Ora, se o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo, deixando de adimplir as obrigações convencionadas, é de todo evidente que não se poderá desprezar os elementos de informação por ele fornecidos. A propósito, eis o teor do Enunciado n. 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). (BRASILEIRO, 2020, P. 234)

Dessa maneira, entende-se através da própria Lei e entendimentos doutrinários, que nada impede que a confissão celebrada no ato do Acordo de Não Persecução Penal seja usado em uma ação penal em caso de descumprimento das condições como elemento de reforço para prova de autoria, desde que comunicado ao indiciado e assentido entre as partes, de modo que esta não seja a única fonte comprobatória, mas sim complementar e retratável, devendo ser avaliada com as demais provas produzidas em contraditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a constitucionalidade do requisito obrigatório da confissão do instituto e se esta prejudica o indiciado que decide confessar para obter o benefício no que tange o direito ao silêncio.

Dessa Forma, mostrou-se, inicialmente, que o acordo de não persecução penal faz parte da justiça penal negociada, uma vez que esta constitui negociação entre indiciado e ministério público com concessões mútuos, promovendo a possibilidade de solução antecipada sobre o delito cometido sem a necessidade de uma ação penal.

Ademais, nota-se que o acordo buscou inspirações no instituto plea bargaining americano, que utiliza a confissão como meio de troca de uma pena maior para uma mais branda, diferenciando-as na forma de aplicabilidade de ambas, haja vista que o sistema Americano adota como medida o Commom Law, enquanto o Brasileiro adota o Civil Law.

Mostrou também o direito comparado em países que adotam medidas semelhantes, de modo a observar que em todos, a utilização da confissão é considerada a principal característica para a obtenção do benefício.

Entretanto, notou-se que no Brasil, o acordo de não persecução penal passa por grandes divergências doutrinárias acerca do assunto, trazendo conceituações pró e contra a necessidade da confissão formal e circunstanciada para a celebração do acordo, haja vista que toda pessoa está assegurada do direito constitucional ao silêncio. Logo, parte da doutrina entende inconstitucional o requisito obrigatório, vez que fere a constituição

federal brasileira, outra, entende constitucional, já que a pessoa deve inicialmente ser avisada de seu direito, optando pela confissão voluntariamente.

Diante de tais argumentos, observa-se que a confissão, uma vez que declarada de forma voluntária, não vai em desconformidade com a constituição brasileira, que veda a confissão apenas mediante violência ou coação. Assim, tem-se que o indiciado confesso o faz unicamente para fins de celebração do acordo, e, portanto, sem repercussão jurídica.

Ademais, no que diz respeito ao descumprimento das condições impostas no artigo 28-A do CPP, é sabido que o ministério público deverá oferecer a denúncia, na qual, entretanto, não poderá utilizar a confissão do indiciado como único meio de prova em eventual ação penal, mas sim como um elemento de reforço complementar as demais provas realizadas em contraditório, respeitando o direito do mesmo.

Logo, em suma, uma vez que o acordo de não persecução penal tem sido cada vez mais necessário de modo a desburocratizar e acelerar demandas judiciais mediante acordo realizado com o ministério público, percebe-se que há uma necessidade de facilitar ao indiciado o recebimento do benefício, de modo que este no ato da confissão seja alertado de seu direito junto com seu advogado constituído, respeitando, portanto, sua voluntariedade e assentimento, bem como, havendo eventual descumprimento das condições após o acordo, seja priorizado as demais provas da materialidade, ficando a confissão apenas como elemento subjetivo para o recebimento do benefício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Noberto. **Processo penal**. 12ª ed. São Paulo. Método, 2020. BLOG ACONTECE. **Diferenças entre a justiça dos EUA e do Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/curiosidades/geral/diferencas-entre-a-justica-dos-eua-e-do-brasil>>. Acesso em: 19 de Jan. de 2022.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de Janeiro de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181 de 07 de Agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em 06 de Janeiro de 2022.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 07 de Janeiro de 2022.

BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 15 de Janeiro de 2022.

BRASIL – Ministério de Segurança Pública. 2019. Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/sua-protecao-2/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais/estados-unidos>>. Acesso em: 07 de Jan. de 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um Panorama Sobre o Acordo De Não Persecução Penal (Art. 18 Da Resolução N. 181/17-Cnmp, Com As Alterações Da Resolução N. 183/18-Cnmp)**. JusPodivm, 2021. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf>>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2022.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, nº 78, p. 247-261, out./dez, 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf>. Acesso em: 03 de Janeiro de 2022.

CIVIL LAW: O que é Civil Law?. **Significados**, [200?]. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/civil-law/>>. Acesso em 07 de Jan. de 2022.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: Caracteres, Limites e Controles**. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches et al. **Acordo de Não Persecução Penal, Resolução 181/2017 do CNMP**. JusPodivm, 2018. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/e5fa78cf048e2b07ca7a8ee2a263f47e.pdf>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentário as Alterações no CP, CPP e LEP**. 1ª ed. Salvador. JusPodivim, 2020.

GNCCRIM. **Enunciados Interpretativos da Lei n. 13. 964/2019 Lei Anticrime**. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em: 21 de Março de 2022.

JUNIOR, Américo Bedê Freire. **O Acordo de Não Persecução Penal: Permissões e Vedações**. In: CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal. De acordo com as Leis nº 13.869/2019 e 13.964/2019.** 17ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2020.

KADANUS, Kelli. Como os Estados Unidos inspiram o pacote contra o crime de Sergio Moro. **Gazeta do Povo**, 07 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/como-os-estados-unidos-inspiram-o-pacote-contra-o-crime-de-sergio-moro-2mqyqjya3bisi7emjrmohe8f6/>>. Acesso em: 07 de Jan. de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime: Comentários á Lei 13.969/2019 artigo por artigo.** Salvador. JusPodivim, 2020

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão Como (Des)Acordo De Não Persecução Penal. **Revista da Defensoria Pública**, Rio Grande do Sul, n. 26, p. 65-84, jan./jun., 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual do Direito Constitucional.** 8ª ed. Salvador. JusPodivim, 2020.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática.** 2ª ed. Rio de Janeiro. LumenJuris, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal.** 17ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana dos Direitos Humanos**, 22 de Novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 de Fevereiro de 2022.

PAES, Vivian Ferreira. Do inquérito ao processo: Análise comparativa das relações entre polícia e Ministério Público no Brasil e na França. **Dilemas**, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/viewFile/7202/5781>>. Acesso em 23 de Janeiro de 2022.

QUEIROZ, Paulo. **Acordo de não persecução penal – Lei nº 13.964/2019.** PauloQueiroz, 2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>. Acesso em: 16 de Fevereiro de 2021.

ROSA, Luísa Walter da. Negociando no processo penal após a "Lei Anticrime": acordo de não persecução penal. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/803743872/negociando-no->

[processo-penal-apos-a-lei-anticrime-acordo-de-nao-persecucao-penal](#)>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2022.

SOUZA, Danilo Kutianski; Zimiani Doroteu Trentini. Inserção da Justiça Negociada no Direito Penal Brasileiro: Plea Bargaining. *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, Paraná*, v. 21, n° 2, p. 131-148, jul./dez., 2018. Disponível em: <<https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/4607>>. Acesso em: 08 de Janeiro de 2022.

O PROCESSO DE ESTIGMATIZAÇÃO DA MULHER EM MEIO AO MACHISMO ESTRUTURAL E SUA RELAÇÃO COM O CRIME DE ESTUPRO

TAYNARA WIGAND DE OLIVEIRA:

Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Interamericana de Porto Velho - UNIRON.⁷⁴

ADRIANO MICHEL VIDEIRA DOS SANTOS⁷⁵

(orientador)

RESUMO: O intuito do presente estudo é analisar o crime de liberdade sexual de estupro, pois é o único crime em que socialmente a vítima precise ser aceita e provar sua inocência, diante da sociedade e da justiça brasileira. Diante disso, faz-se necessário discutir e estimular uma reflexão na sociedade em geral, no que concerne ao processo de estigmatização ao qual a mulher foi submetida desde os primórdios da humanidade até os dias atuais, analisando a luta histórica das mulheres em busca de igualdade em direitos, que por muitas décadas foram violados, bem como a sua relação com o crime contra a liberdade sexual. Consequência disto, é que ocorre um silêncio que estimula a insistência nos crimes de violência sexual. Neste sentido, questiona-se: qual a influência do machismo estrutural no crime de liberdade sexual? Além disso, o objetivo geral é verificar quais as legislações que visam combater o crime de liberdade sexual. Já os objetivos específicos são: identificar quais são os tipos de violência contra a mulher; estudar quais são os crimes contra a liberdade sexual; e analisar quais são as formas de combater o machismo estrutural. A metodologia utilizada será de abordagem qualitativa, e através do método indutivo, para que possa ser elaborada uma pesquisa bibliográfica sobre o machismo estrutural e do estigma que as mulheres sofrem em caso de crime de violência sexual.

Palavras-chaves: Estigmatização. Liberdade sexual. Machismo. Violência sexual.

Abstract: The purpose of the present study is to analyze the crime of sexual freedom, as it is the only crime in which the victim needs to prove his innocence, in the face of Brazilian society and justice. Therefore, it is necessary to discuss and encourage reflection in society in general, with regard to the process of stigmatization to which women have been subjected since the dawn of humanity to the present day, analyzing the historical struggle

⁷⁴ E-mail: taynarawigand@outlook.com.

⁷⁵ Professor orientador. E-mail: adriano.santos@uniron.edu.com.br.

of women in search of equality in rights that for many decades have been violated, as well as their relationship with the crime against sexual freedom. As a consequence of this, there is a silence that encourages insistence on crimes of sexual violence. In this sense, the question is: what is the influence of structural machismo in the crime of sexual freedom? In addition, the general objective is to verify which laws are aimed at combating the crime of sexual freedom. The specific objectives are: to identify the types of violence against women; study what are the crimes against sexual freedom; and analyze what are the ways to combat structural machismo. The methodology used will be of a qualitative approach, and through the inductive method, so that a bibliographic research about the structural machismo and the stigma that women suffer in the case of the crime of sexual violence can be elaborated.

Keywords: Stigmatization. Sexual freedom. Chauvinism. Sexual violence.

Sumário: Introdução.1. O processo de estigmatização da mulher. 1.1 Crimes contra a liberdade sexual. 1.1.1. Estupro. 1.1.2. Assédio Sexual. 1.1.3. Importunação Sexual. 1.1.4. Estupro de Vulnerável. 2. O crime de estupro no Brasil 2.1. Evolução legislativa do estupro. 2.1.1. Código Penal de 1830. 2.1.2. Código Penal de 1890. 2.1.3. Código Penal de 1940. 3. A cultura patriarcal e machismo no crime de estupro. 3.1. Revitimização da vítima. 3.2. Desqualificação da vítima. 3.3. Caso Mariana Ferrer. 3.4. A lei nº 13.718/18 e os crimes sexuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar sobre o instituto do machismo estrutural e sua relação com o crime de liberdade sexual. Tendo em vista que, o machismo estrutural é um dos grandes responsáveis pelo alto índice de crimes de violência sexual, pois é por meio dele que objetificam e sexualizam a mulher, além de criarem o padrão de mulher perfeita, com atributos que medem a honestidade, dignidade e o quanto ela deve ser respeitada.

Destarte que o combate aos crimes contra a liberdade sexual ainda tem sido o maior desafio, pois ao contrário dos outros crimes, neste a vítima não é legitimada de início, as próprias pessoas ao entorno da vítima se perguntam o que a mulher fez para acontecer tal ato. Em muitas vezes, a mulher é desqualificada por meio de várias formas, sendo elas: tentando justificar o ato criminoso concedendo a responsabilidade à vítima, no meio familiar desacreditando da mulher, no meio religioso com o intuito de esconder tais atrocidades e até mesmo no processo penal por meio de oitivas excessivas que exigem o depoimento perfeito.

Neste sentido, qual a influência do machismo estrutural no crime de liberdade sexual? Desta forma, as hipóteses de resolução da problemática ocorre por meio da análise do preconceito arraigado na sociedade sob o enfoque das pessoas violentadas e dos autores de crimes contra a dignidade sexual, ponderados a visão sociocultural e a postura do operador do direito acerca do tema.

Ademais, o objetivo geral é verificar quais as legislações que visam combater o crime de liberdade sexual. Já os objetivos específicos são: identificar quais são os tipos de violência contra a mulher; estudar quais são os crimes contra a liberdade sexual; e analisar quais são as formas de combater o machismo estrutural.

Além disso, o tema abordado possui grande relevância para a sociedade e para o mundo acadêmico, visto que apresenta a abrangência do estudo sobre o processo de estigmatização ao qual a mulher foi submetida desde os primórdios da humanidade até os dias atuais, analisando a luta histórica das mulheres em busca de igualdade em direitos que por muitas décadas foram violados, bem como a sua relação com o crime contra a liberdade sexual.

A metodologia utilizada será de abordagem qualitativa, com intuito de gerar conhecimento para elaboração do texto científico, como o trabalho de conclusão de curso, se faz necessário descrever a complexidade do problema e a interação de variáveis, através do método indutivo que corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas.

Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, será elaborada pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, artigos, sites. E a análise dos resultados alcançados através da pesquisa bibliográfica sobre o machismo estrutural e do estigma que as mulheres sofrem em caso de crime de violência sexual.

1 O PROCESSO DE ESTIGMATIZAÇÃO DA MULHER

Apesar dos Direitos conquistados até os dias atuais, as mulheres em pleno século XXI ainda são estigmatizadas perante a sociedade, uma vez que o histórico patriarcal e machista definem sua posição na sociedade. A relação do estigma com a violência sexual é uma realidade presente e pouco debatida, pois está enraizado na cultura brasileira, fazendo com que as próprias vítimas aceitem a posição e julgamento a qual lhe foi atribuída.

Rogério Greco sintetiza os efeitos dessa violência apontando suas consequências:

“A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina cifra negra” (GRECO, 2012. p. 334).

Abordando etimologicamente a palavra estigma nota-se que ao passar dos tempos foi adquirindo diferentes significados. De acordo com sua evolução histórica, já foi inicialmente utilizada para sinalizar as marcas corporais de escravos e criminosos. Na Idade Média, a palavra passou a designar as marcas da graça divina ou sinais físicos causados por doenças (GOFFMAN, 2020).

Ervin Goffman (2020, p.01) define como *“a situação do indivíduo que está inabilitado para aceitação social plena”*, de maneira mais clara explica:

“O termo estigma, portanto, será usado em referência a um atributo profundamente depreciativo, mas o que é preciso, na realidade, é uma linguagem de relações e não de atributos. Um atributo que estigmatiza alguém pode confirmar a normalidade de outrem, portanto ele não é, em si mesmo, nem horroroso nem desonroso (GOFFMAN, 2020, p.01)”.

Portanto, é possível verificar que ao longo da história a mulher passou por um processo depreciativo quando deixou de ser vista como um ser sagrado e passou a ser objeto de tentação, fonte de todo pecado e causadora de conflitos, e foi através do corpo e da sexualidade feminina que se iniciou a perseguição às mulheres e lhes foram atribuídas a inferioridade.

1.1 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Os crimes contra a dignidade sexual estão previstos no título IV do Código Penal, nos artigos 213 a 234 e têm como objeto jurídico a proteção da sexualidade, ou seja, o direito de escolher quando, como e com quem praticar atos de cunho sexual (BRASIL, 1940). Nesse sentido, vejamos a seguir o conceito do crime de estupro, assédio sexual, importunação sexual e estupro de vulnerável.

1.1.1 Estupro

O delito de estupro é a prática de cópula vaginal mediante violência ou grave ameaça. Este delito exige como autor imediato o homem, pois o tipo objetivo exige a introdução de pênis na vagina, contudo há a possibilidade de a mulher ser autora mediata do delito, por exemplo quando se utiliza incapaz para praticar o ato sexual em outra mulher. Também é possível a mulher agir em coautoria com um homem, praticando a violência ou grave ameaça, conforme entendimento de Claudio Campos (2020).

O Código Penal prevê em seu título IV os crimes contra a dignidade sexual, o primeiro a ser tratado no art. 213 é o estupro:

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940)”.

Desta forma, denomina-se estupro toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo por óbvio, a conjunção carnal. Antes da Lei n.º 12.015/2009, era necessário conjunção carnal para se configurar estupro.

1.1.2 Assédio Sexual

O assédio sexual caracteriza-se por constranger alguém, mediante palavras, gestos ou atos, a fim de obter vantagem ou favorecimento sexual, em razão da sua condição de superior hierárquico ou da ascendência inerente ao exercício de cargo, emprego ou função, conforme dispõe o art. 216 do Código Penal:

“Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

(...)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (BRASIL, 1940)“.

O assédio se perpetua por meio de insinuações, chantagens, piadas de conteúdo sexual, ameaças, ofensas e muitas outras formas que passam despercebidas pela própria vítima.

1.1.3 Importunação Sexual

A Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, instituiu novo tipo penal, previsto no artigo 215-A, do Código Penal, com a denominação jurídica de importunação sexual. Diz o tipo penal: *“Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave” (BRASIL, 1940).*

Esta nova tipificação surgiu da necessidade de amparar juridicamente mulheres que passaram a ser alvo de ataques sexuais nos transportes coletivos, conduta na qual antes era considerada contravenção penal.

1.1.4 Estupro de Vulnerável

O delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima, vejamos:

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4o Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940)".

Considera-se vulnerável não somente a vítima menor de 14 (quatorze) anos, mas também aquela que possuiu alguma enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, ou aquela que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, conforme se verifica pela redação do § 1º do art. 217-A do Código Penal.

2 O CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL

O estupro é o ato sexual praticado contra a vontade de outrem, este crime gera revolta social desde a antiguidade até os dias atuais, devido às circunstâncias em que a vítima é submetida sendo esta então obrigada a praticar o ato sexual contra a sua vontade.

Nesse sentido, Georges menciona acerca do aspecto histórico do crime de estupro, vejamos:

"Não se sabe ao certo a primeira vez que este nome foi dito, registros bibliográficos traz a citação de tal conduta no ano de 1974 no livro Rape: The First Sourcebook for Women, porém, sabe-se que este tipo de abuso já era previsto há muito tempo. Relatos bíblicos apresentam consequências graves para os estupradores, como a pena de morte. Interessante ressaltar que houve momentos em que para ser considerada vítima de estupro deveria preencher determinados requisitos, os quais para os tempos atuais parecem inimagináveis (VIGARELLO, 1998. p. 14)".

Outro exemplo, temos os Hebreus, uma sociedade a qual baseava-se seu padrão de moralidade sexual na religião. Vejamos:

"Outros delitos contra a honestidade severamente punidos eram: a fornicação, a sedução, a violação e o rapto. Com respeito a fornicação, notemos que eram punidas fornicções com escravas (Lev 19, 20 ss.), o que demonstra o respeito, que o ser humano, como tal, independentemente de sua condição social, merecia do legislador

hebreu. Ressalta neste ponto a incomparável superioridade moral da religião, do povo hebreu” (GIORDANI, 2004. p. 34).

Assim, nota-se a importância da religião para a criminalização de muitos abusos cometidos. Tal proteção foi se adequando ao passar do tempo a necessidade de cada povo. O crime de estupro foi positivado pela primeira vez no Código de Hamurábi, entre os séculos XVIII e XVII A. C. sendo assim, aquele que fosse flagrado violando uma mulher virgem, que morasse com os pais, era punido com a pena de morte (FERREIRA, 2020).

Portanto, a história do estupro é tão antiga quanto a humanidade. O que é relativamente recente é o repúdio da sociedade. E ainda falta uma resposta jurídica mais positiva para a investigação, correta produção de provas e punição, sem punir a vítima junto nesse processo.

2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO ESTUPRO

Para melhor compreensão acerca do tema, será estudo a evolução histórica legislativa do instituto do crime de estupro previsto no Código Penal, vejamos a seguir.

2.1.1 Código Penal de 1830

Desde a Constituição de 1824 sucederam 06 (seis) anos até a elaboração do Código Criminal do Império, que foi sancionado em 16 de dezembro de 1830, por D. Pedro I. Tal regulamentário passou por críticas de doutrinadores, haja vista o ele nível de generalização na redação das transgressões sexuais. Sobre o tema, Prado leciona:

“O Código Criminal do Império de 1830 elencou vários delitos sexuais sobre a rubrica genérica estupro. A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação. O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão” (PRADO, 2001. p. 195).

Fica evidente a grande discriminação considerando a pureza da vítima, a qual tinha a pena mais branda caso fosse uma garota de programa. No mais, há também uma discriminação em relação a vítima, pois apenas as mulheres poderiam ser consideradas vítimas, sendo que para homens não havia punição.

2.1.2 Código Penal de 1890

Editado em 11 de outubro de 1890, o Código Penal Republicano incluía em seus artigos 268 e 269, as penas e a tipicidade para o crime de estupro, respectivamente. Encontrava-se no Título VII (Da Corrupção de Menores, dos Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor):

“Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena: de prisão celular por um a seis anos.

§ 1º Si a estupro for mulher pública ou prostituta:

Pena: de prisão celular por seis meses a dois anos.

§2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não” (PRADO, 2001. p. 195).

O Código Penal de 1890, portanto, delimitou que o crime de estupro ocorre apenas em relação a mulher, ou seja, violência ou abuso carnal em face da mulher. Trazendo, portanto, as definições de violência e estupro para os fins desse crime. O legislador, assim, não descreveu apenas elementos e circunstâncias para o crime de estupro, mas foi mais profundo, esclarecendo o que entendia a respeito da violência. Tal atitude limitou a doutrina e a jurisprudência pois ambas geralmente fazem a exegese dos dispositivos (FERREIRA, 2020).

No mais, o Código Penal Republicano, influenciado pela tendência evolutiva do direito penal, como já havia sido demonstrado com as Ordenações Filipinas, em contraste com o Estatuto Criminal do Império, trouxe penas mais leves que os códigos anteriores, pois culminava uma punição de 01 (um) a 06 (seis) anos.

Muito criticado, houve vários projetos com a finalidade de substituir este Código Penal. Entretanto, ele não foi alterado em sua totalidade, mas foi alterado paulatinamente, tendo sido acrescentado muitas leis especiais para complementá-lo. Este foi um dos principais motivos para a criação da Consolidação das Leis Penais. Sendo assim, este foi o motivo determinante para a criação da Consolidação das Leis Penais de 1932 (FERREIRA, 2020).

No que toca ao crime de estupro não houve qualquer alteração entre os dispositivos do Código Penal de 1980 e 1932, até a numeração do artigo foi mantida, sendo

que a diferença sutil foi algumas atualizações ortográficas realizadas na Consolidação. Veja-se:

“Da violência carnal.

(...)

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão celular por um a seis anos.

§ 1.º Si a estupro for mulher pública ou prostituta:

Pena – de prisão celular por seis meses a dois anos.

§ 2.º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entendesse não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psicológicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam os anestésicos e narcóticos em geral” (PIERANGELLI, 1980. p. 373).

Assim, a violência era entendida não apenas como o emprego de força psicológica, como também aqueles privem a mulher de suas faculdades psicológicas normais, como por exemplo os narcóticos e quaisquer outros medicamentos similares.

2.1.3 Código Penal de 1940

Com a chegada do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), o estupro foi definido no art. 213, situando-se no Título VI (Dos crimes contra os costumes), Capítulo (Dos crimes contra a liberdade sexual); em seu artigo 224, identificava o crime de estupro de vulnerável, arguindo uma violência presumida quanto se era praticado o ato sexual (conjunção carnal) com determinados sujeitos passivos que se enquadrariam a estes tidos vulneráveis:

“O Código contemplou o estupro no Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), Cap. I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual), art. 213. Afastando-se prudentemente do direito anterior, o legislador enunciou o tipo de delito de estupro de maneira simples e com maior

precisão (...). Dos casos de violência presumida bem como das formas qualificadas e das causas especiais de pena, tratou o capítulo geral. Sendo essas regras gerais aplicáveis às espécies dos arts. 213 e 222, foi de boa técnica inserir-se no final um cap. VI com as disposições comuns (...)" (FERREIRA, 2020).

A evolução dos Códigos Penais trouxe uma melhor definição jurídica quanto ao tema, de forma a melhorar a capitulação e o enquadramentos dos fatos ao tipo penal, em síntese, há um melhoramento técnico por parte dos legisladores.

Nélson Hungria, o qual a autoria do Código Penal é, normalmente, atribuída, relata que o novo projeto utilizou de alguns temas específicos dos códigos penais suíço, polonês e dinamarquês, além daquele projeto de Virgílio de Sá que foi ofertado anteriormente, em 1927. Em 04 de novembro de 1940 foi entregue esse projeto a comissão revisora e, por incrível pareça, foi sancionado logo após, por volta de três dias, o que originou no Decreto-Lei nº 2848. Contudo, cumpre ressaltar que apenas entrou em vigência em 1º de janeiro de 1942 (FERREIRA, 2020).

No que toca ao delito de estupro, este ficou inserido, conforme já explicitado, no Título VI, Capítulo I, com a redação original que descrevia *"art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: pena – reclusão, de três a oito anos"* (BRASIL, 1940).

Passados alguns anos, foi elaborado um novo Código Penal, também pelo mesmo autor, Nélson Hungria. O texto da lei continuou inalterado, isto é, a mesma previsão de pena e tempo aplicável. Todavia, este código não entrou em vigência no Brasil, pois teve sua revogação definitiva pela Lei 6.578/78, a qual manteve a vigência do Código de 1940 (FERREIRA, 2020).

3 A CULTURA PATRIARCAL E MACHISMO NO CRIME DE ESTUPRO

É sabido que, por um grande período de tempo, os crimes sexuais tiveram como bens juridicamente protegidos a propriedade, uma vez que a mulher não tinha autonomia e era considerada propriedade de seu pai ou marido, e posteriormente, os costumes, relegando um papel subsidiário à dignidade sexual e integridade das mulheres, conforme entendimento de Mariana Carneiro Rosa (2020).

Entretanto, a despeito das mudanças legislativas em relação ao que é protegido pela criminalização da violência sexual, a sociedade, ainda hoje, procura justificar tais

crimes através das atitudes das mulheres vítimas. Embora falem especificamente do crime de estupro, explicam Vilhena e Zamora a visão que a sociedade mantém acerca das mulheres vítimas:

“O estupro é justificado de diferentes formas nas diferentes culturas. Frequentemente utiliza-se o argumento do “consentimento” as mulheres violadas, na realidade, consentiram no ataque ou pediram por ele, ao usarem roupas curtas, coladas, perfume e maquiagem chamativos. Ignora-se, com tal argumento, que mulheres de hábito de freira ou de burca também são violentadas. A ideia de que a mulher na verdade queria permite trivializar o estupro, relativizá-lo, em muitos casos, e até considera-lo excitante, não apenas na pornografia, como também na esfera legal, já que é comum que a vítima caiba o ônus da prova, isso quando não é transformada em ré” (VILHENA, 2004, p. 117).

Ora, para a sociedade, o comportamento e a vida pregressa da mulher estão diretamente associados à possibilidade de a mesma sofrer uma violência sexual. Em verdade, os modelos de conduta entendidos como tipicamente femininos são explicados culturalmente como a melhor forma de se evitar tal violência. *“Se a mulher é cuidadosa e não se desvia dos ditames comportamentais do seio social, certamente tem menores chances de ser vítima. Em resumo, para o seio social a mulher só é violentada sexualmente se der algum motivo, o qual está imbricado com a sua moral sexual” (LIMA, 2012, p.17-18).*

Observa-se que culturalmente é entendido que quem tem que se proteger e se comportar de forma a evitar a violência sexual é a mulher. Em nenhum momento o homem é questionado, visto que sua sexualidade é considerada irrefreável, e o assédio, praticado por esses, tido como normal. Sendo assim, são comuns questionamentos às mulheres violentadas sobre o que estavam vestindo no momento do crime, se haviam ou não consumido bebida alcoólica, se estavam desacompanhadas e por qual motivo transitavam na rua em horários avançados. Em contrapartida, enquanto as mulheres vítimas são questionadas acerca de aspectos referentes à sua moral social e sexual, os homens autores desses crimes têm sua imagem socialmente construída como a de doentes e/ou psicologicamente desequilibrados. O agressor é construído socialmente como um indivíduo com algum desvio comportamental, o que torna irreal a possibilidade de homens de comportamento sexual adequado serem considerados como criminosos (ROSA, 2020).

Nesse caso, leia-se, crime contra os costumes machistas, pois era crime apenas no caso de um homem atentar contra uma mulher. E só era um crime, pois feria os direitos de marido ou de pai do homem em questão. O fato de a mulher ter sido violentada só importava porque seria vergonhoso para o pai ou marido, não por ela ter sofrido (LEMOS, 2020).

A cultura do estupro só é possível onde há machismo, sexismo, onde as desigualdades entre os gêneros são tão grandes, que a desumanização da mulher se torne algo normal. A mulher não merece ser estuprada, ela não é um objeto, não pertence ao homem, ou à Igreja, ou à família ou a ninguém.

3.1 REVITIMIZAÇÃO DA VÍTIMA

O termo revitimização está em textos e reportagens sobre exploração infantil, violência contra mulher e, agora, no projeto de lei que tipifica violência institucional praticada por agentes públicos no atendimento às vítimas de violência. A proposta, aliás, foi aprovada na Câmara e segue para análise do Senado, o que deve acontecer ainda em 2021, conforme mencionou Nathália Geraldo (2020).

A revitimização ou vitimização secundária é uma expressão que tem se tornado mais recorrente na Justiça brasileira. Está ligada mais à esfera institucional, mas também pode ser associada ao comportamento de alguém que julga ou discrimina uma vítima de um crime nas redes sociais ou em conversas com amigos.

3.2 DESQUALIFICAÇÃO DA VÍTIMA

A desqualificação demanda a utilização de fatores absolutamente irrelevantes à violência, como a vida pregressa da vítima, sua conduta sexual, suas roupas, sua conduta nas redes sociais, seus hábitos; tudo com o objetivo de delimitar que apenas a mulher tida como santa seria digna de defesa caso sofra violências.

Ademais, a desqualificação desumaniza todas as mulheres já que a única mulher que merece defesa, não é uma figura real, não é um ser humano. Ainda que a mulher que sofra violência represente a figura da dona de casa abnegada, a desqualificação vai encontrar algum elemento que a desumanize, seja porque o estupro foi cometido por seu marido, ou porque o estupro seria sua única forma de experiência sexual em razão de sua aparência física, conforme entendimento de Mariana Serrano e Amanda Claro (2020).

3.3 CASO MARIANA FERRER

Para ter maior relevância sobre o estudo, é necessário mencionar um exemplo de caso relacionado ao tema, onde ocorreu o comprometimento de um processo de grande repercussão, que é o caso da Mariana Ferrer, pois houve a substituição da promotoria, mudança de depoimento e desaparecimento de imagens, fatores que contribuíram para a acusação do André de Camargo Aranha, porém só acarretou na sua inocência após ser indiciado por estupro de vulnerável em 2018 sob acusação de ter violentado a jovem ora mencionada durante uma festa em Jurerê Internacional, conforme mencionou Beatriz Accioly, Luciana Terra e Luanda Pires (2020).

“Apesar da existência de provas contundentes acerca tanto do estado de vulnerabilidade de Ferrer – em razão do efeito de substâncias entorpecentes – bem como da consumação do ato – a partir da comprovação do rompimento do hímen e da existência de DNA e sêmen do réu no corpo e nas roupas da vítima –, o juiz responsável pelo caso, Rudson Marcos, acolheu o pedido de absolvição apresentado pelo promotor Thiago Carriço, representante do Ministério Público” (ACCIOLY; TERRA; PIRES, 2020, p.01).

Ora, foi fundamentado pelo promotor que era impossível que o agressor percebesse que a vítima não estava em condições de consentir ou não o ato praticado, que se torna algo contraditório conforme o entendimento do magistrado, que afirma que ninguém pode assegurar que a vítima pudesse conscientemente consentir qualquer interação sexual no estado em que se encontrava.

“A ausência de intencionalidade ou a premissa de que o acusado não tinha como perceber que Ferrer estava entorpecida não excluem um ponto central para a existência de uma situação de violência sexual: condição sine qua non, o consentimento é a principal métrica para relações sexuais éticas, respeitadas e mutuamente prazerosas. Além dos fundamentos utilizados para absolvição na sentença prolatada em setembro de 2020, também causou revolta nacional o vídeo da audiência publicado pelo The Intercept. Nas imagens, Mariana é reviolentada, exposta e humilhada pelo advogado de defesa Cláudio Gastão da Rosa Filho. O juiz, por sua vez, se mantém inerte, sem reprimir ou colocar fim aos ataques deferidos contra a moral e a pessoa da vítima, intervindo apenas para arguir se ela precisava de tempo para se recompor e tomar água, após Ferrer afirmar, com razão, que a forma como estava sendo tratada não era digna nem

aos acusados de crimes hediondos. Diante da divulgação das indecorosas posturas do advogado e do juiz, juristas e especialistas de todo o país manifestaram-se a respeito do caso. Para o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes, as cenas são estarrecedoras. No ofício que instrui a abertura de procedimento para investigação da conduta do juiz, o conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Henrique Ávila afirma que as chocantes imagens do vídeo mostram o que equivale a uma sessão de tortura psicológica no curso de uma solenidade processual” (ACCIOLY; TERRA; PIRES, 2020, p.01).

Verifica-se que a defesa acaba extrapolando ao realizar atos de tortura psicológica ao tentar culpar a vítima pelos atos ocorridos, o que vão contra a moral e a ética, além de afrontar os direitos às mulheres, como demonstrado no caso da Mariana Ferrer. A iniciática é deixar de julgar o agressor de forma clara, para julgar tão somente a vítima e a sua conduta. Ora, o Judiciário deve ser um local de acolhimento para as vítimas, e não de um local de humilhações e desestímulo a denúncias.

“A manutenção de práticas como a sofrida por Mariana, em que as vítimas são constantemente reviolentadas ao procurarem o sistema de Justiça, contribui de forma direta para a subnotificação de crimes sexuais no país. Prova disso é que apesar de o Brasil ter ultrapassado a marca de 65 mil casos de violência sexual apenas em 2018 – mais de 180 estupros por dia – estima-se que apenas pouco mais de 7% dos casos tenham chegado às autoridades. Os dados são do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. É o número mais alto desde 2009, quando houve uma mudança na tipificação do crime de estupro no código penal brasileiro, e o atentado violento ao pudor passou a ser enquadrado como estupro. Hoje, a cada hora, quatro meninas de até 13 anos são estupradas no Brasil, sendo que, ainda segundo o Fórum, 96% dos criminosos são do sexo masculino e 75% dos autores do estupro são conhecidos das vítimas. Segundo pesquisa dos institutos Patrícia Galvão e Locomotiva, 97% das brasileiras com mais de 18 anos já passaram por situações de assédio sexual no transporte público ou em táxis. A maioria das mulheres entrevistadas, cerca de 71%, afirma conhecer alguma mulher que já foi assediada no espaço público” (ACCIOLY; TERRA; PIRES, 2020, p.01).

No Brasil, é recorrente tais condutas como aconteceu no caso da Mariana Ferrer, pois ao inocentar o agressor, contribuiu para a cultura do estupro, e abertura de precedente com sérias consequências para a sociedade e o meio jurídico, dado que crimes sexuais ocorrem em ambientes privados e as provas são os testemunhos das partes, bem como o auxílio de meios de comunicação para realizar a denúncia e sobre qualquer ato de violência.

Portanto, neste caso, trata-se de grave violação aos direitos humanos e das mulheres que é um paradigma para uma mudança estrutural na proteção de todas as vítimas de violência que denunciam e busca ajuda ao judiciário.

3.4 A LEI Nº 13.718/18 E OS CRIMES SEXUAIS

Com vistas ao anseio popular pelo maior rigor quanto à punibilidade dos crimes sexuais, em 24 de setembro de 2018, o Brasil promulgou a Lei 13.718/18. A legislação alterou o Código Penal e trouxe inovações como a tipificação do crime de importunação sexual, conduta considerada anteriormente como a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, trouxe causa de aumento de pena ao estupro coletivo e ao corretivo, que é aquele praticado contra lésbicas e gays pela sua opção sexual e tipificou ainda a pornografia de revanche e a publicação de imagens íntimas de mulheres nas redes sociais, crime conhecido como *revenge porn*, conforme entendimento de Mariana Carneiro Rosa (2020).

Outra grande mudança trazida pela alteração legislativa é a modificação do artigo 225 do Código Penal que reconfigurou os crimes sexuais como de ação penal pública incondicionada, escolha legislativa que permite a persecução penal independente de manifestação volitiva da vítima.

“Após citada alteração, a vítima de um crime sexual é impelida a participar do processo penal, sendo o objeto deste capítulo analisar as implicações advindas da escolha do legislador sob a perspectiva da privacidade e liberdade sexual da vítima versus o evidente caráter punitivista da norma. Com a evolução da sociedade, a resolução de conflitos passou a ser responsabilidade do Estado que representado pelo juiz tem o dever de aplicar o direito ao caso concreto, dando respaldo a sociedade da violação que foi praticada” (ROSA, 2020, p. 01).

Conforme salientado por Souza o *jus puniendi* não é uma faculdade estatal, mas sim um poder/dever de punir aquele que violar a norma penal prevista no ordenamento brasileiro. Entretanto, esse poder do Estado possui limitação, só podendo ser exercido através do devido processo legal, observando-se ainda os princípios do contraditório e ampla defesa, nos moldes do art. 5º, LV da Constituição da República (SOUZA, 2020).

Acerca da ação penal dos crimes sexuais, leciona Mariana Carneiro Rosa:

“De acordo com o artigo 100 do Código Penal a ação penal pode ser pública ou privada. A ação pública é de titularidade do Ministério Público e se subdivide em incondicionada ou condicionada à representação da vítima. Quanto à ação privada, a mesma se subdivide em privada, personalíssima e subsidiária da pública. A ação penal pública é a regra. Tratando-se de ação penal pública incondicionada o Ministério Público não possui discricionariedade e conveniência sobre a ação, devendo dar início à persecução criminal sempre que estiverem presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime, não necessitando de qualquer solicitação ou autorização para iniciar o processo” (ROSA, 2020, p. 01).

Quanto à ação penal pública condicionada a representação *“esta fica com seu início condicionado à manifestação de vontade do ofendido, visto que em tipos penais como os de delitos contra a dignidade sexual a exposição em que a vítima é submetida é mais gravosa que o crime em si” (CAPEZ, 2019, p. 713).*

É justamente com o intuito de preservação da privacidade da vítima que os crimes sexuais praticados contra pessoas maiores de 18 anos permaneceram por muitos anos sob o processamento da ação penal pública condicionada a representação, ficando a cargo da vítima decidir se queria ou não a instrução criminal.

CONCLUSÃO

Como exposto, verificou-se que mulher foi inserida na sociedade com o escopo de procriar, cuidar dos filhos, destinada aos afazeres domésticos, não podia dispor livremente de um patrimônio e não tinha liberdade sexual, resultado disto, é que por muito tempo as mulheres sequer eram consideradas cidadãs, não tinham direito à educação e nem ao sufrágio. Com a relação de domínio do homem sobre a mulher, foi imposta às mulheres regras de como agir, o que falar, vestimenta, entre outras formas de “etiquetamento”, os

quais se não fossem seguidos levariam à uma marginalização, e até mesmo para subsidiar atos de violência sexual.

Portanto, o presente estudo teve como propósito a análise dos crimes contra a dignidade sexual no âmbito do crime do estupro. O artigo buscou descortinar a relação íntima entre patriarcado e o machismo a fim de esclarecer que os crimes sexuais contra as mulheres são estruturais, presente em todas as camadas da sociedade, naturalizados e disseminados, ainda que implicitamente e que causa à elas, consequências físicas, psicológicas e em seu meio social.

Ademais, o machismo estrutural é um dos grandes responsáveis pelo alto índice de crimes de violência sexual, pois é por meio dele que objetificam e sexualizam a mulher, além de criarem o padrão de mulher perfeita, com atributos que medem a honestidade, dignidade e o quanto ela deve ser respeitada. Além disso, boa parte da sociedade se engana achando que o machismo não se configura somente quando há marcas (sejam elas físicas, psicológicas ou emocionais), mas também por meio de uma brincadeira, constrangimentos ou ataques verbais, no entanto, a violência é a expressão mais notável deste.

O Brasil é um país de cultura patriarcal e que relega papel subsidiário às mulheres, influenciando fortemente à maneira como essas vítimas de crimes sexuais são tratadas pela sociedade. Não raras as vezes em que se desconfiam muito mais da idoneidade da mulher violentada do que da pessoa do infrator.

Por fim, passou-se ao exame das implicações advindas às vítimas quanto à reconfiguração da ação penal, posto que, conforme exposto, a alteração trazida pela Lei 13.718/18 não considerou a importância da preservação da intimidade da pessoa violentada sexualmente. Desconsiderando ainda o caráter vexatório de tais crimes e a carga traumática carregada pela ofendida.

A gravidade dos crimes sexuais, sobretudo o estupro, e o anseio social sobre a necessidade de enrijecimento das punições dos infratores devem ser considerados, entretanto, o caráter punitivista da norma não pode se sobrepor à dignidade humana e sexual do indivíduo maior e capaz, e portanto, apto a escolher se quer ou não dar início ao processamento de seu agressor.

Através do estudo, foi possível observar e concluir que as consequências dos crimes sexuais às mulheres vão muito além das marcas físicas e psicológicas deixados pelo

agressor, pois a exposição da vítima mulher não podem continuar tendo um peso maior do que é de fato mais grave, que a ocorrência de um crime sexual.

Ao observar tudo que envolve um delito contra a dignidade sexual, observa-se que é cada vez mais crucial educar, desconstruir estereótipos, exaltar o poder feminino, debater sobre a violência de gênero e apontar caminhos para compreensão das causas para, conseqüentemente, dirimir a ocorrência dos crimes ligados à dignidade sexual, contribuindo para o desenvolvimento de uma sociedade preocupada em assegurar direitos essenciais a uma existência digna.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Beatriz; TERRA, Luciana; PIRES, Luanda. **Caso Mariana Ferrer: violência institucional e revitimização**. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/caso-mariana-ferrer-violencia-institucional-revitimizacao/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ANDRADE, Vera Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima**. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. **Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 09 mai. 2021.

_____. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena

o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art2. Acesso em: 03 mai. 2021.

CAMPOS, Claudio. **O que se entende por crimes contra a liberdade sexual?**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/185750/o-que-se-entende-por-crimes-contra-a-liberdade-sexual-claudio-campos>. Acesso em: 08 mai. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. volume 1, parte geral: arts. 1º ao 120. 23 ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019. p. 713.

FERREIRA, Débora Alice Martins. **O crime de estupro em seu contexto histórico**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78228/o-crime-de-estupro-em-seu-contexto-historico>. Acesso em: 29 mai. 2021.

GERALDO, Nathália. **Revitimização: o que é e como podemos impedir que vítimas revivam o trauma**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/12/18/revitimizacao.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 01 jun. 2021.

GIORDANI, Mario Curtis. **História do Direito Penal Entre os Povos Antigos do Oriente Próximo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. LTC, 1981. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/212947/mod_resource/content/3/Goffman.%20Estigma%20e%20identidade%20social.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

IPEA. Sistema de Indicadores de Percepção Social – SIPS. **Tolerância social à violência contra as mulheres**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf. Acesso em: 09 mai. 2021.

LE MOS, Vanessa. **A cultura do estupro**. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/a-cultura-do-estupro/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

LIMA, Marina Torres Costa. **O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012, p.17-18. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5370/1/PDF%20-%20Marina%20Torres%20Costa%20Lima.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2021.

ROSA, Mariana Carneiro. **Crimes contra a liberdade sexual: análise crítica dos reflexos à vítima mulher.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-contra-a-liberdade-sexual-analise-critica-dos-reflexos-a-vitima-mulher/>. Acesso em: 07 mai. 2021.

SERRANO, Mariana; CLARO, Amanda. **De vítima a culpada: a narrativa de desqualificação de mulheres.** Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/artigo/de-vitima-a-culpada-a-narrativa-de-desqualificacao-de-mulheres/>. Acesso em: 01 mai. 2021.

SOUZA, Janielly Araújo Porfirio de. **Da violação ao direito à privacidade e a intimidade das vítimas de delitos sexuais.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2019. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/19664>. Acesso em: 09 mai. 2021.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil.** Evolução histórica. Bauru/SP: Javoli, 1980.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** Parte especial: arts. 184 a 288. Volume: 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VIGARELLO, Georges; MAGALHÃES, Lucy. **História do estupro:** violência sexual nos séculos XVI-XX Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

VILHENA, Julia de. ZAMORA, Maria Helena. **Além do ato: os transbordamentos do estupro.** Revista do Rio de Janeiro, n.12. Janeiro – Abril, 2004. Disponível em: http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_12/12_dossie_JuniaVilhena.pdf. Acesso em: 06 mai. 2021.

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AUTORIZADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PERANTE OS OFICIAIS DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

FERNANDA ROCHA DUARTE:
Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).⁷⁶

RESUMO: O direito encontra-se em constantes avanços, mormente no direito de família, dada a necessidade de evolução da sociedade. Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça na busca para inovação e agilizar procedimentos de anotações no registro civil de nascimento em decorrência de filiação socioafetiva buscou mecanismos para o aprimoramento do procedimento de reconhecimento da filiação socioafetiva. Desta busca surge a relevância do presente trabalho, com o objetivo de analisar se o provimento 63/2017 alterado pelo provimento 83/2019, ambos do CNJ, que disciplina o processo de reconhecimento de filiação socioafetiva, ferramenta de desburocratização e torna a possibilidade de processamento perante os oficiais de registro tira a morosidade em sendo a demanda tratada judicialmente, bem como se mantém a segurança jurídica. Para tal fim, como metodologia de pesquisa será a pesquisa jurídica e método dedutivo, através da coleta de dados e pesquisa exploratória. Logo, o provimento nº 83 do CNJ se mostrou útil na desburocratização do processo de reconhecimento de filiação socioafetiva, cerceando a morosidade na realização pela via judicial, conferindo celeridade e a razoável duração do processo.

Palavras-chave: Parentesco; Registro civil; Afetividade.

ABSTRACT: The law is constantly advancing, especially in family law, given the need for society's evolution. In turn, the National Council of Justice, in the search for innovation and speeding up procedures for recording birth records as a result of socio-affective affiliation, sought mechanisms to improve the procedure for recognizing socio-affective affiliation. From this search, the relevance of the present work arises, with the objective of analyzing whether provision 63/2017 amended by provision 83/2019, both of the CNJ, which disciplines the process of recognition of socio-affective affiliation, a tool for reducing bureaucracy and makes the possibility of processing before the registry officers, it takes the sluggishness in being the demand dealt with judicially, as well as maintaining legal certainty. To this end, the research methodology will be the legal research and deductive method, through data collection and exploratory research. Therefore, provision No. 83 of the CNJ proved to be useful in reducing the bureaucracy of the process of recognition of

⁷⁶ E-mail: Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

socio-affective affiliation, limiting the delay in carrying out the judicial process, providing speed and reasonable duration of the process.

Keywords: Kinship; Civil registration; Affectivity.

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho consiste no estudo do provimento nº 83 do CNJ como ferramenta de desburocratização do processo de reconhecimento de filiação socioafetiva, tirando a morosidade caso fosse realizado na via judicial, e se mantém a segurança jurídica nesses registros.

O interesse pelo tema surgiu da curiosidade de se realizar uma análise no provimento de número 83 de 2019 do Conselho Nacional de Justiça, sobre a filiação socioafetiva e o reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade autorizado pelo conselho nacional de justiça perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais, ou seja, a nova forma de registro de crianças com mais de 12 anos, direto com o oficial do cartório de registros civis, observando ainda sobre a óbice do que os doutrinadores discutem a respeito do tema, bem como a carata magna brasileira.

O provimento nº 83 do Conselho Nacional de Justiça, o qual versa sobre a filiação socioafetiva e o reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva, perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais, desburocratiza o moroso processo judicial brasileiro, bem como demandas relativas ao registro civil, haja vista a possibilidade de realização na via extrajudicial e garante a efetiva segurança jurídica.

Para isso, discute-se a entidade familiar de forma ampla, a fim de abordar especificamente o assunto da filiação socioafetiva no Brasil, para que possa chegar até ao assunto. Sendo assim, o estudo do provimento anteriormente mencionado se presta a compreender se através dele pode-se comprovar que o reconhecimento de filiação socioafetiva no Brasil ficará menos burocrática.

Não só, mas no presente trabalho será abordado casos práticos em que envolvam o Provimento nº 83 CNJ e demonstre a desburocratização do processo de filiação socioafetiva, inclusive se há casos concretos desse novo modelo no cartório de pessoas naturais da cidade de Paraíso do Tocantins.

Trata-se de um tema novo, com grande repercussão na esfera acadêmica, sociedade em geral, bem como na seara judicial, haja vista a previsão de desburocratização do processo de reconhecimento de filiação socioafetiva. Dessa forma, uma vez que reste comprovado que o provimento nº 83 do Conselho Nacional de Justiça desacentua o enfadonho caminho até o reconhecimento da entidade familiar, a temática por si só ganha status de relevância em nosso ordenamento jurídico.

Assim, em vista da contemporaneidade do tema e a necessidade de abordagem do assunto, o presente trabalho usará de linhas teóricas de doutrinadores de renome no mundo do direito e na abordagem desse percurso de construção do direito de família, como Flávio Tartuce e Ricardo Lucas Calderon.

Vale destacar que há a necessidade de garantia do direito de reconhecimento das diversas formas de entidades familiares, servindo presente provimento como fonte que liga o avanço, bem como a vontade das partes.

Como método de abordagem teórica será usado o dedutivo, partindo de concepções gerais e realizando a utilização de conceitos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais, para que se possa chegar à conclusão se a correta aplicação dos critérios para a efetivação do registro em cartório civil, para pessoas com mais de doze anos de idade.

2 O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Na presente seção será abordado conceitos gerais acerca da extrajudicialização do processo de reconhecimento da filiação socioafetiva, os efeitos práticos entre o direito e à afetividade, caminho este percorrido para a chegada até onde se está hoje, bem como, abordagem geral acerca da existência de regulamentação acerca do mecanismo simplificado de reconhecimento e constatação no registro civil.

2.1 EFEITOS PRÁTICOS ENTRE O DIREITO E A AFETIVIDADE

O direito como regulador das relações humanas necessita de constantes mudanças e evoluções na medida em que a sociedade vai evoluindo, e com essas constantes mudanças, o direito também a acompanha.

No que tange ao direito e a afetividade, cumpre esclarecer que o termo afeto não vem expressamente abordado dentro da legislação constitucional e infraconstitucional, todavia, sendo tratado no curso do tempo de forma a suprir essa necessidade de abordagem do tema.

Como visto, a afetividade, sentimento experimentado entre seres quanto às relações de convivência e familiares está implícito no texto legal, servindo como elemento inspirador e agregador da família, trazendo a comunhão de vidas e relações afetivas estabilizadas. (CARVALHO, 2020)

Complementa o doutrinador acima referenciado:

Engloba o princípio da comunhão plena de vida, que é apresentado na doutrina tradicional envolvendo os cônjuges com fundamentos

no art. 1.511 do Código Civil. O princípio da afetividade é amplo, pois envolve não apenas os cônjuges, mas todos os membros nos diversos modelos de família" (CARVALHO, 2020, p.166)

Diz se isso porque o código civil ao tratar do parentesco usa um termo além da consanguinidade, veja-se:

"Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". (BRASIL, 2002)

Assim, manifestamente o texto legal reconhece que o parentesco é natural ou civil, resultando ele de consanguinidade ou outra origem, este último termo foi tido como vago, em branco, uma vez que o legislador constituinte não se desincumbiu de abordar o que seria o elemento "outra origem".

Vale menção a abertura de espaço para o reconhecimento da paternidade socioafetiva diante da lacuna existente no termo, uma vez que a despeito da inexistência de vínculo consanguíneo, presente está a afetividade que atualmente encontra conhecimento e valorização pela sociedade, não mais importando a existência ou não de vínculos consanguíneos. (MAL e MALUF, 2021)

Prontamente, o assunto já foi abordado pela jornada de direito civil brasileiro, onde no enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil (2002):

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. (BRASIL, 2002)

Não obstante, o enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil" (BRASIL, 2004).

A doutrina considera a filiação socioafetiva, esta decorrente da afetividade como filiação civil diversa da biológica, em seus avanços e mudanças trazendo conceitos, *in verbis*:

A filiação civil, por outra origem, diversa da biológica, vem sofrendo constante valorização, reconhecendo que a paternidade/maternidade natural é insuficiente se, ao mesmo tempo,

não existir afeto, ou seja, a relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, mas na relação socioafetiva, que deve prevalecer, a qual supre o indivíduo em suas necessidades elementares de alimentos, lazer, educação, sem desconsiderar o afeto e o amor. (CARVALHO, 2020, p.1169)

Desde a codificação de 1916 a afetividade já era reconhecida por meio da adoção, todavia, o afeto não tinha tanta repercussão ou pelo menos nas relações familiares, dada a existência de desigualdades entre filhos havidos por meio da adoção comparados aos filhos naturais, bem como a sucessão daqueles dos direitos sucessórios em caso de possuir a pessoa adotante filhos naturais. (CARVALHO, 2020)

Dessa forma, tem se considerado que é requisito das relações socioafetivas do parentesco a posse do estado de filho, independentemente da origem biológica em favor daquele que está tendo o seu parentesco reconhecido.

Por isso, esclarece Carvalho:

A paternidade socioafetiva é um ato de opção fundado no afeto e no amor de quem escolhe ser pai, materializando-se, em uma de suas formas, na posse do estado de filho, que nada mais é do que o tratamento recíproco paterno-filial, reconhecidos como tais publicamente, sendo o filho socioafetivo, denominado popularmente em algumas regiões de filho de criação, criado e educado pelo pai afetivo como próprio. (CARVALHO, 2020, p.1173)

Sobre a definição do termo filiação socioafetiva, extrai-se o seguinte: "Filiação socioafetiva é a filiação decorrente do afeto, ou seja, aquela que não resulta necessariamente do vínculo genético, mas principalmente de um forte vínculo afetivo. Pai é quem cria e não necessariamente quem procria". (PEREIRA, 2020, p. 377)

Importante mencionar o entendimento de Lecionam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva ao considerar que

O direito canônico sempre reconheceu a existência de outra espécie de parentesco, o parentesco espiritual, derivado das qualidades de padrinho ou madrinha e afilhado, e que até constituía impedimento matrimonial. Mas nosso direito positivo nenhuma importância dava a esse suposto parentesco, que era insuscetível de produzir qualquer efeito jurídico" (monteiro, p. 413-416, Apud MAL e Maluf, 2021, p. 861)

Todavia, cumpre ainda ponderar que quando se trata da socioafetividade, não pode se falar em supremacia da parentalidade, seja ela biológica ou afetiva, promulgando-se a chamada multiparentalidade. (MAL e MALUF, 2021)

Em razão da existência do afeto e da constante evolução da sociedade, a família moderna (atual) deixou de ser sustentada por motivações econômicas, passando o laço a ser preponderantemente por questões afetivas e solidariedade recíproca. (CARVALHO, 2020)

A instituição familiar deixou, por diretriz da própria constituição, a priorização da personalidade na assistência de cada membro que a compõe e não a entidade familiar como um todo. Dessa forma, a família só tem sentido como um veículo que promove dignidade aos seus membros e se sustenta por vínculos afetivos. (CARVALHO, 2020)

A afetividade toma fundamento na estabilidade do direito de família quanto às relações afetivas e na comunhão de vida, ocasião em que sempre há de prevalecer nas questões de caráter patrimonial ou biológico, fazendo prevalecer e ponderar a igualdade entre os familiares, independentemente da forma de vínculo. (LÔBO, p. 47-48, Apud CARVALHO, 2020, p.173)

Outro não é o entendimento firmado por Lobô:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição na igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, § 6º); na adoção como escolha afetiva e alçada integralmente ao plano de igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como família constitucionalmente protegida, incluindo os adotivos; e no direito à convivência familiar (mesmo sem origem biológica) assegurado com prioridade absoluta à criança e ao adolescente. (LÔBO, p. 47-48, Apud CARVALHO, 2020, p.173)

Assim, pode se considerar que a socioafetividade tida como espécie de filiação é caracterizada pela convivência, estabilidade das relações familiares e afetividade, sendo ponto marcante na evolução do direito de família, considerando a doutrina como fator primordial o filho poder gozar da posse do estado de filho, provando-se o vínculo parental civil de outras origens da consanguínea. (CARVALHO, 2020)

Sobre o tema, já manifestou o Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto do Ministro Luis Felipe Salomão nos autos do Recurso Especial n 945.283/RN, ao considerar:

O que deve balizar o conceito de 'família' é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade

das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. (STJ, REsp 945.283/RN, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 15-9-2009).

Visto isso, vale dizer que o afeto diante desse cenário de convivência familiar gera eficácia jurídica e produz efeitos para o reconhecimento da entidade familiar e relação paterna, enraizados nos princípios da afetividade, solidariedade, respeito e preservação de uma forma digna humana. (CARVALHO, 2020)

“Entretanto, é a forma que deve prevalecer diante da evolução e nova concepção do direito de família, que dá maior valor aos laços afetivos, especialmente para a solução dos conflitos de paternidade”. (CARVALHO, 2020, p.1186)

2.2 A AFETIVIDADE E O RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ACORDO NOVO PROVIMENTO

Visto o relatado acima, é possível extrair ensinamentos de que a afetividade está presente nas relações familiares, reconhecida tacitamente na legislação constitucional e infraconstitucional, bem como, bem abordada pela doutrina.

Tendo visto ainda que cabe o reconhecimento da filiação socioafetiva dos filhos havidos por meios não biológicos, necessário o início da abordagem acerca da forma de declaração do vínculo para que se torne a declaração de vontade pública e exprima a verdadeira intenção daqueles que a buscam.

Como forma de desburocratização e desacumulo das demandas que atrasam a prestação jurisdicional, sempre há a busca da melhor forma na resolução do problema, ou até mesmo a solução da controvérsia por meio da autocomposição.

Com o reconhecimento da filiação socioafetiva não poderia ser diferente, ocasião em que será nesta seção abordada acerca da possibilidade de reconhecimento da filiação de forma extrajudicial e o caminho percorrido para chegar até o provimento 83/2019.

A Corregedoria Nacional de Justiça através do Provimento n. 63, editado em 14 de novembro de 2017, posteriormente atualizada pelo Provimento n. 83/2019, disciplinou o reconhecimento voluntário e a averbação da filiação socioafetiva

A intenção maior foi a uniformização dos vários provimentos editados pelas diversas corregedorias dos tribunais dos Estados, que já haviam disciplinado o tema. (CARVALHO, 2020, p.1174)

Como certo, os provimentos ora editados estavam carentes de uniformização por órgão nacional, impondo-se a necessidade de edição de Provimento para esclarecer e orientar os serviços extrajudiciais sobre a matéria em questão.

Essa possibilidade de realização do reconhecimento de paternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil foi considerada como um marco importante da extrajudicialização do direito de família, pois, seguindo os princípios norteadores do processo civil, a resolução dos conflitos por meios não contundentes tem sido prática louvável na seara processual. (TARTUCE, 2017)

Complementa Flávio Tartuce:

Entre as suas normas fundamentais, preceitua o Estatuto Processual emergente que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º). Além disso, enuncia-se que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º, do CPC/2015). (TARTUCE, 2017, não paginado)

Tal sistemática se justifica dada a necessidade de ajuizamento de uma demanda para que fosse viabilizado o registro do vínculo, não podendo a demanda ser tratada na via extrajudicial, não sendo dada às partes a opção pelo método mais célere perante os oficiais dos cartórios de registro de pessoas. (FRANCO e JUNIOR, 2018)

Todavia, o fenômeno da extrajudicialização do direito como um todo é patente, tendo o CNJ em tempo acolhido a manifestação no sentido de determinar que fossem uniformizadas a regulamentação da filiação socioafetiva perante os oficiais de registro, sendo, para tanto, editado o provimento de número 63.

Vale mencionar que a decisão da corregedoria nacional de justiça acompanha a constante evolução do direito de família, mormente no que tange aos conceitos doutrinários e jurisprudenciais, tomando por base o princípio constitucional de que os filhos recebem o mesmo tratamento entre si, sem qualquer distinção. (FRANCO e JUNIOR, 2018)

Desse modo, segue abaixo trecho da decisão:

“Deste modo, admitida a possibilidade de se estabelecer filiação socioafetiva, é de rigor assentar as bases para o seu reconhecimento e posterior registro em cartório. Conforme relatado, vários estados já elaboraram suas próprias normativas com vistas a regulamentar, no

âmbito de seus limites territoriais, o registro civil da paternidade socioafetiva. A sua regulamentação uniforme em todo território nacional é medida que se impõe". (CNJ, 2017, não paginado)

A decisão do pedido de uniformização ainda estabelece que "a filiação decorrente de vínculo exclusivamente socioafetivo é questão que encontra amparo na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente". (CNJ, 2017, não paginado)

Ademais, de rigor estabelecer que a jurisprudência dos tribunais dos estados e tribunais superiores já vinham admitindo a possibilidade do registro do parentesco socioafetivo, todavia, pendente de regulamentação na modalidade extrajudicial. (TARTUCE, 2017)

O marco inicial para a edição do provimento se deu também pela necessidade de uniformização do procedimento adotado para o registro, como bem esclarece Flávio Tartuce:

Por sua vez, a existência de diversos provimentos editados pelos Tribunais de Justiça dos estados da federação, sem a respectiva orientação geral por parte dessa Corregedoria Nacional de Justiça, pode suscitar dúvidas e ameaçar a segurança jurídica dos atos de reconhecimento de paternidade registrados perante os Oficiais de Registro Civil de Pessoas Naturais. (TARTUCE, 2017, não paginado)

Por fim, assim concluiu a corregedoria nacional de justiça (CNJ):

Ante o exposto, encaminhe-se cópia da presente decisão ao grupo de trabalho para que, sendo possível, inclua a proposta provimento para regulamentar o registro civil voluntário da paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registro Civil de Pessoas Naturais na normativa mínima. Determino a suspensão do presente expediente pelo prazo de 90 (noventa) dias. Transcorrido o prazo, voltem conclusos. Cumpra-se. (CNJ, 2017, não paginado)

Sobre o objetivo da norma administrativa, ainda leciona FRANCO e JUNIOR que trata de "uma perspectiva de desburocratização do direito das famílias, cuja origem se deu em função da socioafetividade existente entre pai/mãe e filho pela posse de estado de filho que gera esse vínculo". (FRANCO e JUNIOR, 2018, p. 227)

Demais disso, o ato se baseou em decisão já proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos autos do Recurso Extraordinário nº 898.060,

reconhecendo a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade, seguindo a ementa *ipsis litteris* abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO- POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, §3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, §4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, §6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, §7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano

como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, §3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada 'família monoparental' (art. 226, §4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, §6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização

do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, §7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de 'dupla paternidade' (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, §7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: 'A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

Nesse sentido, importante salutar que o pedido de providência, seguido da determinação de estudo e elaboração do provimento hoje em vigor foi de importante valia para o marco do processo de demandas extrajudiciais, que sejam capazes de entregar os

mesmos serviços que ora seria determinado em um processo judicial, de uma forma mais célere.

Não se nega o fato de que a desnecessidade de seguimento de uma ação judicial providencia a quebra de vários fatores burocráticos que impedem a prestação jurisdicional e a difícil aplicação dos princípios da celeridade e efetiva entrega da prestação jurisdicional.

3 ANÁLISE DOS PROVIMENTOS CONJUNTOS N° 63 E 83 DO CNJ.

Na presente seção será abordado os termos concernentes aos requisitos e formas de aplicação da filiação socioafetiva de acordo como o provimento ajustado pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como o registro perante os oficiais de registro civil dessa forma de reconhecimento de parentesco civil.

3.1 REQUISITOS E FORMA DE APLICAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA VOLUNTÁRIA DE ACORDO COM O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

De rigor esclarecer pontos importantes acerca dos provimentos que regulam o reconhecimento de filiação socioafetivas e editados pelo CNJ. O primeiro provimento, 63 do CNJ, dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva e dá outras providências, enquanto o provimento de n° 83 do mesmo órgão alterou a seção II do anteriormente citado para fins de regulamentação acerca do procedimento e requisitos necessários para o reconhecimento dessa modalidade de filiação.

A seção II do provimento 63 se presta a tratar acerca da paternidade socioafetiva, ocasião em que os requisitos serão abordados a seguir:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. (Redação dada pelo Provimento n. 83, de 14.8.19)

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido. (CNJ, 2017, não paginado)

O primeiro requisito imposto é do que de a pessoa só pode ser autorizado pelos oficiais de registro civil a efetuarem o reconhecimento de filiação sendo a pessoa maior de 12 (doze) anos, conforme de infere do caput do artigo acima transcrito. Ademais, trata-se de medida irrevogável, devendo nos casos em que ficar constatado o vício de vontade consistente em Fraude ou simulação, a realização do procedimento na via judicial, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo.

O acima disposto não é mais que uma condição imposta na decisão dos autos do pedido de providência exarado pelo Conselho Nacional de Justiça, *in verbis*:

Indispensável, ademais, que a filiação registral esteja respaldada pela livre, despida de vícios de vontade (erro, dolo, coação, fraude ou simulação) e consciente que o ato de reconhecimento de paternidade socioafetiva é incondicional e irrevogável, conferindo ao filho e ao pai todos os deveres e direitos, inclusive patrimoniais previstos na lei. (CNJ, 2017, não paginado)

Cabe mencionar que o provimento permite o reconhecimento de paternidade ou maternidade de filho maior de dezoito anos independentemente do estado civil em que se encontra, inteligência do § 2º do artigo 10.

No tocante à constatação da situação socioafetiva, fez incluir o artigo 10-A e seus parágrafos, aduzindo que deve ser estável e exteriorizada socialmente, devendo o registrador atestar a existência dos vínculos afetivos por aferição objetiva de elementos concretos, podendo ser demonstrada por todos os meios admitidos. Veja-se o texto legal:

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

§ 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

§ 2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do

requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

§ 3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

§ 4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento. (CNJ, 2019, não paginado)

Sobre as questões procedimentais, extrai-se o seguinte:

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 1º O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular, conforme modelo constante do Anexo VI, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais.

§ 2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado.

§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 4º Se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento. (Redação dada pelo Provimento n. 83, de 14.8.19)

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

§ 6º Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente nos termos da legislação local.

§ 7º Serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil).

§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

§ 9º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer. (Incluído pelo Provimento n. 83, de 14.8.19)

I – O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público. (Incluído pelo Provimento n. 83, de 14.8.19)

II - Se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente. (Incluído pelo Provimento n. 83, de 14.8.19)

III – Eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimí-la. (CNJ, 2019, não paginado)

Cinge consignar que o oficial de registro civil não está vinculado ao aceite do pedido em quaisquer casos, pois, em caso de suspeita de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a constatação do estado da posse de filho, poderá fundamentar a recusa, encaminhando o ato para o juízo competente para análise do petitório, consoante artigo 12 do referido provimento:

Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e

encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local. (CNJ, 2019, não paginado)

Por ser considerado procedimento simplificado e mais célere que o judicial, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral, não implicando no registro de mais de dois pais ou mães simultaneamente, devendo os pedidos de inclusão de mais de um tramitar judicialmente, nos termos do artigo 14 e seus parágrafos.

3.2 REGISTRO CIVIL RELATIVOS À FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O registro civil tem natureza pública e a atividade registral é exercida em caráter privado por pessoa cuja delegação de outorga se deu por intermédio de concurso público de notas e títulos, nos termos que preceitua a norma cogente do artigo 236 da Constituição da República Federativa do Brasil.

A presente seção abordará questões concernentes ao registro civil da filiação socioafetiva, tratando acerca da sua essencialidade no assento de nascimento como forma de garantia dos direitos humanos, fundamentais e os direitos elencados pelo próprio direito de família.

Quando se trata do direito elencado pelo direito de família, remete-se a premissa para o que aduz a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, ao serem taxativos acerca da vedação na diferenciação dos filhos, independentemente da origem e da forma de reconhecimento do vínculo parental.

Nesse sentido, esclarece ARTONI (2019) que é razoável considerar que a filiação socioafetiva deve receber o mesmo tratamento dispensado em favor dos filhos ligados pelo vínculo consanguíneo, logo, prosperando a inserção nos assentos de nascimento.

Tal premissa, repisa-se da necessidade de não diferenciação entre os filhos e as formas de parentalidade, na medida em que o direito se adequa para a entrega da efetiva prestação ao garantir que não haja a distinção entre os filhos.

Portanto, os filhos havidos pelo estado de posse de filho, cuja medida é o reconhecimento de filiação socioafetiva, tem seus registros lavrados junto ao assentamento de nascimento, sem qualquer distinção.

Sobre a não inserção, vale ponderar o seguinte:

A não inserção da filiação socioafetiva no assento de nascimento é atitude discriminatória, inconstitucional, tolhe a construção da identidade do registrando e, indiscutivelmente, viola exercício de

direitos fundamentais dos pais e filhos que vivenciam a socioafetividade. Afinal, sem estar vinculados na certidão de nascimento, referidos sujeitos ficam impedidos de exercer os direitos inerentes à filiação (tais como guarda, alimentos e direitos sucessórios, por exemplo) e à nacionalidade. (ARTONI, 2019, pág. 68)

Quanto às questões atinentes ao registro no assentamento, por tratar de medida que será disposta em documento público, logo, acarreado de fé pública, imperioso rememorar o disposto no artigo 12 do provimento 63 de 2017 do CNJ, ao estatuir que cumpre ao oficial registrador aferir a presença da socioafetividade, ou em caso de apresentação de vício, o encaminhamento dos autos do pedido para apreciação judicial.

Assim, pode se considerar e ponderar acerca da benesse patente com a edição do provimento e da dotação de fé pública do registro de filiação socioafetiva, pois repleto de requisitos a serem seguidos pelos oficiais de registro.

3.3. SEGURANÇA JURÍDICA NOS PROCEDIMENTOS REGISTRIS

A intenção aqui consiste na abordagem acerca da segurança jurídica nos procedimentos registraes, estritamente acerca da confiança e presunção de veracidade dos atos praticados por notariaes de registro.

Em trecho no pedido de providência pelo qual originou a resolução do reconhecimento de filiação socioafetiva, ponderou o seguinte:

Em suma, cabe ao oficial de registro constatar no caso a configuração da clássica tríade tractus (o tratamento de pai e filho), reputatio ou fama (reconhecimento geral do vínculo de parentalidade) e o nomen (quando o filho utiliza o sobrenome daquele a quem considera pai). (CNJ, 2017, não paginado)

Para Mario de Carvalho Camargo Neto e Marcelo Salaroli de Oliveira (2014, p. 54, Apud PANCIONI, não paginado) a segurança jurídica consiste no seguinte:

A Segurança Jurídica é o princípio que decorre do artigo 1º da CF, na medida em que este estabelece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, do que também se extrai que tal segurança deve permear todo o ordenamento jurídico nacional. Assim, a CF sustenta a segurança jurídica por diversos institutos e sistemas, dentre os quais os Registros Públicos. Pode-se afirmar que a segurança jurídica é, a um tempo, o objetivo do sistema registral e o valor que permeia todo o trabalho do registrador.

Ademais, os atos notariais e de registros são regidos pela lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, cuja finalidade foi de regulamentar o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro, conhecida também como lei dos cartórios.

Em seu artigo 1º estatui a norma legal que os “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”. (BRASIL, 1994, não paginado)

Não só, mas o artigo 4º torna a tratar acerca da eficiência do serviço prestado, oferecendo segurança para o arquivamento de livros e documentos, in verbis:

Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos. (BRASIL, 1994, não paginado)

Assim sendo, os atos praticados pelos oficiais de registro civil são dotados de segurança jurídica e veracidade, quanto aos atos de registro, sendo considerados como documentos públicos. Nesse sentido, tanto o registro como a constatação acerca do necessário para reconhecimento da posse do estado de filho são dotados de segurança jurídica, pois atestado por pessoa plenamente investida no cargo e com as prerrogativas concedidas legalmente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse toar, o reconhecimento de filiação socioafetiva perante os oficiais de registro de pessoas naturais e seus requisitos para a aplicabilidade foram abordados de forma a saber os parâmetros e possibilidades da análise dos parâmetros da utilização da via para o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Mostrou-se que o provimento nº 83 do CNJ é ferramenta útil na desburocratização do processo de reconhecimento de filiação socioafetiva, tirando a morosidade na realização pela via judicial, dada a celeridade do procedimento em face da razoável duração do processo. Desse prisma, considera-se uma grande inovação introduzida por meio do provimento.

Observou-se que o tema é incipiente, e a doutrina vem debatendo os contornos do provimento, trazendo reflexões acerca do tema.

Aferiu-se que o benefício trazido pelo referido provimento é indiscutível, auxiliando na realização de boas-práticas e de forma mais célere, obedecendo as diretrizes normativas do direito brasileiro e acompanhando as leis e princípios que regem o direito.

Especificamente ao caso, o direito de família que vem abraçando diversas modalidades de reconhecimento de entidades familiares e diversificadas formas de filiação.

No final, o provimento exauriu as lacunas dos tribunais estaduais que ainda não tinham regulamentado o tema, bem como, extinguiu as divergências entre as normativas dos Estados em que já aplicavam o referido procedimento, uniformizando a forma de procedibilidade, afirmando-se ter a normativa da Corregedoria Nacional de Justiça garantido a aplicação dos princípios norteadores do direito de família concernentes ao vínculo parental socioafetivo.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das famílias**. 8. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2020. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/734863?title=Direito%20das%20fam%C3%ADlias> Acesso em: 01/04/2022

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MAL, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/774379?title=Curso%20de%20direito%20de%20fam%C3%ADlia> Acesso em: 01/03/2022

Enunciado nº 103. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>. Acesso em 01/04/2022.

Enunciado nº 256. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>. Acesso em 01/04/2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro, editora Forense, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 945.283/RN**. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA. Julgado em 15/09/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=200700791294

TARTUCE, Flávio. **Da extrajudicialização da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade**. Revista Migalhas nº 5.334, 29 de março de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/256444/da-extrajudicializacao-da-parentalidade-socioafetiva-e-da-multiparentalidade>. Acesso em: 10/04/2022

CNJ, Plenário. **Pedido de Providências nº 0002653-77.2015.2.00.0000**. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 14.3.2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decisao%20socioafetividade.pdf>. Acesso em: 10/04/2022

FRANCO, Karina Barbosa; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. **RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE: COMENTÁRIOS AO PROVIMENTO Nº 63, DE 14.11.17, DO CNJ**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 17, p. 223-237, jul/set. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/279/237>. Acesso em 10/04/2022

BRASIL. Supremo tribunal Federal (2. Turma). **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA**. Recorrente: A N; Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Publicação: 21/09/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919> Acesso em: 10/04/2022;

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 63**. DJe/CNJ nº 191, de 17 de novembro de 2017. Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 01/03/2022

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 83, DJe/CNJ nº 165/2019, de 14/08/2019, p. 8 e 9. Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 01/03/2022

ARTONI, Paula Baraldi. **O REGISTRO CIVIL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO**. Dissertação. Universidade Estadual Paulista, Franca, 2019. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Frepository.unesp.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F11449%2F181194%2FArtoni_PB_me_fran.pdf%3Fsequence%3D3%26isAllowed%3Dy&clen=1441792. Acesso em 10/04/2022 Acesso em 01/03/2022

PANCIONI, André Luiz. **A SEGURANÇA JURÍDICA COMO BASE DOS REGISTROS PÚBLICOS: UMA BREVE REFLEXÃO ACERCA DO DIREITO POSTO E PRESSUPOSTO**. Artigo. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.eduvaleavare.com.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2015%2F10%2Fseguranca_juridica.pdf&clen=278742&chunk=true. Acesso em 12/04/2022

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 21/11/1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em 15/04/2022

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO À PESSOA IDOSA NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE CONSUMO E O RISCO DO SUPERENDIVIDAMENTO

JACKLENE BORGES DE QUEIROZ FREITAS:

Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraisópolis do Tocantins (FCJP).⁷⁷

RESUMO: Este artigo analisa as implicações jurídicas nas relações de consumo das instituições financeiras de concessão de crédito à pessoa idosa que culminam em práticas abusivas dessas instituições em decorrência da hipervulnerabilidade e hipossuficiência do idoso, que tem reconhecido pelo Estado como aquele mais frágil nas relações de consumo, e por essa razão, recebe tutela protetiva através de legislação específica para assegurar seus direitos fundamentais e vida digna. A escolha temática da pesquisa é justificada pela necessidade do entendimento jurídico sobre os contratos de consignação e empréstimos financeiros para um público muito específico: a pessoa idosa. A metodologia utilizada é a da pesquisa bibliográfica com leituras de obras de autores renomados e consubstanciada pela leitura e análise da jurisprudência e doutrina que abordam a temática escolhida. Almeja-se que este seja um trabalho de pesquisa que sirva de fonte de consulta para outros trabalhos vindouros ou que simplesmente busque compreender a vulnerabilidade do consumidor idoso.

Palavras-chave: Relações de Consumo. Pessoa Idosa. Tutela Protetiva do Estado. Superendividamento.

ABSTRACT: This article analyzes the legal implications in the consumer relations of financial institutions granting credit to the elderly that culminate in abusive practices of these institutions due to the hypervulnerability and hyposufficiency of the elderly, who has recognized by the State as the weakest in consumer relations, and for this reason, receives protection protection through specific legislation to ensure their fundamental rights and dignified life. The thematic choice of the research is justified by the need for legal understanding about consignment contracts and financial loans for a very specific audience: the old person. The methodology used is that of bibliographic research with readings of works by renowned authors and embodied by reading and analyzing the jurisprudence and doctrine that address the chosen theme. It is intended that this is a research work that serves as a source of consultation for other work to come or that simply seeks to understand the vulnerability of the elderly consumer.⁴

⁷⁷ Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraisópolis do Tocantins (FCJP). E-mail: jacklenepso5@gmail.com

Keywords: Consumer Relations. Old person. Protective Protection of the State. Over-indebtedness.

1 INTRODUÇÃO

A pessoa idosa, definição dada pela Lei n.10. 741/2003 (BRASIL, [2021]), fisicamente tem suas limitações, todavia, enquanto consumidor expresso pela Lei n. 8.079/1990 (BRASIL, 1990), tais limitações não implicam em limitar seus direitos. No entanto, não raras as vezes que o consumidor idoso se torna vítima do voraz mercado de consumo, pois sua condição de vulnerabilidade é atrativo para fornecedores ávidos por clientes que lhes garantem alta lucratividade no mundo dos negócios, sobretudo o campo financeiro dos empréstimos.

De acordo com o Banco Central (BRASIL,2021), os idosos são a segunda categoria que mais deve no crédito consignado, chegando a 32 % dos aposentados de baixa renda, que ganham até dois salários-mínimos, estão superendividados. No dia 1º de julho de 2021, entrou em vigor a Lei n. 14.181/2021, conhecida como lei do superendividamento, que alterou o Código de defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso para disciplinamento do crédito ao consumidor e criação de mecanismos que visem tratar do superendividamento (BRASIL, 2021).

Diante disso, os contratos de empréstimos das instituições financeiras ou credoras, estariam submetendo a pessoa idosa a cláusulas contratuais abusivas, incorrendo em violação dos direitos do consumidor e contribuindo para o endividamento através da concessão de crédito aos consumidores idosos?

A pesquisa empreendida se propõe a examinar mais detalhadamente se os consumidores idosos são vítimas do mercado de consumo diante de sua condição de vulnerabilidade no âmbito das lojas credoras de empréstimos, não por menos, busca-se compreender a dinâmica dos processos de contratação de empréstimos à pessoa idosa e se os fornecedores de cessões dão as informações adequadas sobre todos os detalhes do contrato e do negócio jurídico, para que não impliquem em violação dos direitos do consumidor tampouco possa vir a contribuir para o endividamento através da concessão de crédito aos consumidores idosos.

O artigo apresenta uma pesquisa cujo objetivo é demonstrar que há violação dos direitos do consumidor idoso quando da celebração de contratos de empréstimos junto às instituições financeiras que ofertam crédito à pessoa idosa. Para tanto, se propõe a analisar o Código de Defesa do Consumidor e sua aplicabilidade aos contratos firmados entre as instituições financeiras e as pessoas idosas, examinar a possibilidade de anulação do contrato de empréstimo à pessoa idosa diante de sua vulnerabilidade e hipossuficiência

na relação de consumo e averiguar os fatores ensejadores e agravantes do crédito consignado que culminam no superendividamento da pessoa idosa.

A escolha temática da pesquisa é justificada pela necessidade do entendimento jurídico sobre os contratos de consignação e empréstimos financeiros para um público muito específico: a pessoa idosa. O que pode incorrer em violação dos direitos do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a pessoa idosa figura como de extrema vulnerabilidade diante do comportamento aguerrido de fornecedores, sobretudo instituições financeiras ou credoras.

Acredita-se que o consumidor idoso não recebe com clareza todas as informações e o detalhamento das cláusulas contratuais no momento da aquisição do crédito ou do empréstimo. Desse modo, o mesmo não se tem o devido entendimento das consequências que aquele empréstimo ou crédito poderá a vir causar em sua renda mensal, e que isso pode vir a culminar em superendividamento. Se constatado esse fato, deve-se, por conseguinte, discorrer sobre as implicações jurídicas que isso pode vir a acarretar de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Por esta razão, ao discutir nesta pesquisa, as causas do superendividamento da pessoa idosa e levantar elementos jurídicos que assinala haver possível abuso das instituições financeiras ou de crédito nas cláusulas contratuais de empréstimos, a presente pesquisa promove o Direito como escudo de proteção e instrumento usado para a prevalência dos direitos dos cidadãos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

O artigo tem como marco teórico o contexto socioeconômico e cenário demográfico da população idosa brasileira, população essa que tem sido abarcada pelas rápidas e profundas mudanças nas áreas da economia, do social, da política e, por que não dizer, jurídica. Pois desde o surgimento do crédito consignado para aposentados e pensionistas no ano de 2003, as formas de créditos têm passado por inúmeras mudanças e adaptações.

Quanto aos aspectos metodológicos da pesquisa, esta é uma pesquisa exploratória, de natureza teórico-crítica, com abordagem qualitativa, cujos dados e informações serão coletados por meio de revisão bibliográfica e pesquisas documental.

A literatura teórico-crítica permite a compreensão da vulnerabilidade do consumidor idoso, bem como, suas limitações e direitos, buscando-se os fundamentos teóricos a respeito do endividamento do idoso e a natureza teórico-crítica do superendividamento. Para tanto, se faz necessário a revisão de artigos e publicações que se reportam ao tema abordado na pesquisa e ainda criteriosa análise dos textos normativos, leis, doutrina e jurisprudência e decisões jurídicas que abrangem o tema da pesquisa.

O presente artigo está estruturado em três tópicos primários, sendo que o primeiro deles discorre sobre o Código de Defesa do Consumidor e sua abrangência protetiva do consumidor, nesse capítulo busca-se compreender o superendividamento e quais elementos lhe são provocadores; o segundo tópico aborda sobre os vícios do negócio jurídico a que são submetidos os idosos diante da celebração de contrato de empréstimos junto às instituições credoras, condicionando-o a contrair mais e mais empréstimos, neste mesmo capítulo discute-se a importância social da revisão dos contratos de créditos em decorrência das práticas abusivas do credor diante da condição de vulnerabilidade do consumidor idoso; o quarto e último tópico, analisa o direito tutelado ao idoso pelo Estado, e correlaciona as diversas diretrizes normativas que objetivam assegurar os direitos da pessoa idosa e a prevalência do Estado Democrático de Direito, discorrendo-se sobre os fundamentos que preceituam a efetiva proteção à pessoa idosa diante de um mercado consumidor agressivo e de práticas inescrupulosas no momento da concessão de crédito.

2. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS À PESSOA IDOSA: UMA ANÁLISE SOBRE AS NORMAS JURÍDICAS PROTETIVAS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE EMPRÉSTIMO

O Código de Defesa do Consumidor foi criado pela Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990, surgindo quase dois anos depois da Promulgação da Constituição Federal de 1988. Antes disso, os direitos do consumidor eram garantidos pelos dispositivos constantes no Código Civil de 1916, que regulavam então as relações de consumo. Com o advento da Constituição, a defesa do consumidor passou a ser responsabilidade do Estado, sendo inserido como direito fundamental no artigo 5º., inciso XXXIII e no artigo 170, que estabelece os princípios da ordem econômica e no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias a determinação do prazo de 120 dias para a criação do Código de Defesa do Consumidor, apresentando-se os seus dispositivos constitucionais como cláusulas pétreas (OLIVEIRA, 2016).

A natureza jurídica do CDC considera o consumidor como elemento frágil na relação de consumerista e por isso predispõe uma gama de regras de direitos de outros ramos tais como direito penal, civil, processo civil, administrativo, constitucional (OLIVEIRA, 2016).

O Código de Defesa do Consumidor guarda aspectos que são imprescindíveis à sua eficácia de proteção ao consumidor, pois trata-se de uma Lei principiológica – dotada de disposições fundamentais, que objetivam a equidade na relação jurídica do negócio, munindo-se de prerrogativas exclusivas para o consumidor como forma de equilibrar a relação de consumo.

Alguns desses princípios, de acordo com Oliveira (2016), podem assim serem elencados:

À Dignidade da pessoa humana - princípio fundamental da ordem jurídica e por isso toda legislação deve respeitar esse preceito;

Da Proteção à vida, a saúde e à segurança – de acordo com o qual, o fornecedor quando coloca um produto no mercado de consumo, ele deverá preservar pela, vida, saúde e a segurança do consumidor;

Da Transparência/Dever de Informar – não só sobre as qualidades e características do produto e do serviço, mas como também as cláusulas contratuais;

Da Harmonia na relação de consumo – há harmonia quando houver a boa-fé objetiva, gerando mais equilíbrio, caracterizando pela cooperação, informação e a proteção;

Do Equilíbrio - somado à boa-fé, realiza a harmonização na relação de consumo;

Da Vulnerabilidade – de acordo com esse princípio o consumidor é parte mais fraca na relação de consumo, no aspecto técnico, econômico, jurídico ou científico;

Da Conservação dos contratos – por esse princípio, ainda que no contrato tenha cláusula nociva à relação de consumo e sendo possível a sua retirada, o contrato permanecerá válido;

Da Responsabilidade solidária – se mais de um sujeito da relação de consumo contribui para causar o dano, todos responderão de forma solidária;

Da Inversão do Ônus da Prova – significa que, em determinados casos, basta que o consumidor prove o vínculo com o fornecedor e a este caberá provar que não causou o dano, pois, poderá ser condenado a repará-lo;

Da Efetiva prevenção e reparação de danos materiais e morais, individuais e coletivos – esse princípio significa que não se pode limitar a indenização, delimitar o valor da indenização em um contrato ou qualquer forma de ajuste;

Da Boa-fé objetiva – objetivo primordial de conduta, exigência de respeito, lealdade, cuidado com a integridade física, moral e patrimonial, devendo prevalecer deste a formação inicial da relação de consumo (OLIVEIRA, 2016).

Ressalta-se que para a finalidade do presente Projeto de Pesquisa, alguns dos princípios elencados serão adiante melhor examinados com o devido aprofundamento que o tema pautado assim o exigir.

O artigo 4º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor – CDC, prescreve os princípios da transparência e informação para o consumo, imperando que os direitos e

deveres do consumidor além de mantidos, sejam de fácil compreensão por parte desse consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:[...]

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo [...] (BRASIL, [2022]).

Denotar -se que o Código de Defesa do Consumidor prepõe o consumidor como sendo aquele indivíduo vulnerável diante das práticas mercadológicas. Há de se compreender diante disso, que a vulnerabilidade é o elemento primordial do aludido Código, que busca impor-se como defensor da eminente fragilidade do consumidor diante de práticas lesivas do mercado.

No entanto, na abrangência das relações de consumo, deve-se ter o cuidado para que se identifique clara e objetivamente quem é o consumidor e quais são as relações de consumo estabelecidas para que possa então imperar o Código de Defesa do Consumidor (SANTOS, 2011).

Assim, o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, define que toda pessoa física ou jurídica qualifica-se como consumidor bastando para isso adquirir ou utilizar produto ou serviço na condição de destinatário final. O mesmo Código, em seu artigo 51(caput), impera que são nulos de pleno direito as cláusulas abusivas contratuais que incidam desvantagens sobre o consumidor ou que maculem a boa-fé do negócio jurídico (inciso IV), (BRASIL, [2022]).

Nesse sentido, o Código Civil em voga, preconiza em seu artigo 421 que “a liberdade econômica será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2020). No entanto, essa função social do contrato é uma das facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e também da funcionalização dos negócios jurídicos. Rosenvald (2020), explica que o atual Código Civil buscou superar a antiga forma neutra do negócio jurídico, donde preocupava-se tão somente com a identificação dos contratantes e do objeto do contrato para que se fizesse suficiente a concretude da relação obrigacional de atendimento às regras, às licitudes e à possibilidade da prestação. Hodiernamente, o direito privado passa a abarcar a noção de causa. Assim, a função social é tida como a razão de qualquer ato de autonomia privada que torna-se um limite que

qualifica a disciplina da relação obrigacional a partir de suas finalidades. (ROSENVALD, 2020).

É imperioso que se ressalte que a Lei 13.874/2019 – Lei da Liberdade Econômica, acrescentou ao Código Civil/2002, diversas alterações sobre os contratos, dentre outros, acresceu o artigo 421-A, que determina que os contratos civis e empresariais sejam paritários e simétricos, subtendendo assim, a conduta de boa-fé das partes negociantes. Os incisos I e II do supracitado artigo, presume os pressupostos da revisão ou de resolução contratual, o respeito e a definição de riscos perfeitamente entendido pelas partes, e o inciso III por sua vez garante que a revisão contratual ocorrerá de modo excepcional e limitada (BRASIL, 2020).

Rosenvald (2020), leciona que em cada contrato, as circunstâncias constituirão o filtro pelo qual serão sopesados os princípios e as regras contratuais, em face dos papéis desempenhados pelas partes contratantes. Porém, segundo esse autor, o Código Civil de 2002, disciplina as relações civis e empresariais mas negligencia ou resigna-se de cuidar das relações entre consumidores e fornecedores, que são tidos por desiguais, justificando-se por esta razão todo o escopo legislativo do Código de Defesa do Consumidor, que a doutrina denomina de microsistema legislativo consumerista, desse modo:

O Código Civil de 2002, ocupa o posto de centralidade do direito privado e o microsistema consumerista atua de forma especial, podendo se servir do atual Código Civil em caráter de complementaridade [...] se existe discrepância de força econômica entre as partes, a tendência é que a mais forte redija as cláusulas do contrato de adesão. Nesse caso uma das partes imporá o conteúdo contratual, sujeitando a outra a previsão abusivas (ROSENVALD, 2020, p. 448).

Posto que retoma-se aqui a explicitação do princípio da boa-fé, elemento já mencionado e cuja presunção assenta-se no artigo 422 do supracitado Código Civil, que expressa a obrigatoriedade da observância dos princípios da probidade e boa-fé pelos contratantes tanto na conclusão quanto na execução do contrato.

O princípio da boa-fé é um fator de limitação da autonomia da vontade na fase pré-contratual e pós-contratual e mesmo durante a execução do contrato. Isso porque ele é uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências, na busca de coibir abusos e de contribuir para um comportamento adequado e ético nas relações jurídicas (ROSENVALD, 2020).

A doutrina esclarece que há duas definições de boa-fé: a boa-fé subjetiva - que não se configura um princípio e, sim, uma crença de que a pessoa é detentora de um direito aparente, pois o sujeito encontra-se em estado de ausência de conhecimento sobre a realidade dos fatos e desconhece a lesão ao direito alheio, no entanto, essa boa-fé subjetiva tem previsão legal nos artigos 1.201, 1.214 e 1.219 do Código Civil de 2002; e a boa-fé objetiva - presente na abrangência dos direitos das obrigações, que assenta-se na consciência do direito alheio, permeia-se pela ética da conduta social e regramento jurídico de acordo honesto de modo a prevalecer a lisura e a legítima confiança da outra parte (ROSENVALD, 2020).

Na seara discursiva da relação consumerista entre pessoa idosa e instituição credora, mais um instrumento legislativo entra em cena: trata-se da Lei 14.181 de 01 de julho de 2021 - Lei do Superendividamento. Obvio que esta é uma Lei cujo marco legal é a prevenção e o tratamento do superendividamento de consumidores que ficaram com suas dívidas impagáveis, não sendo, pois, uma legislação específica para o consumidor idoso superendividado, mas que com certeza se aplica a este termo.

A aludida Lei visa combater a falta de transparência e às práticas comerciais abusivas do mercado de crédito. Adiante será dada mais atenção analítica a esta norma.

2.1 SUPERENDIVIDAMENTO DA PESSOA IDOSA

O superendividamento acontece por que a pessoa física de boa-fé contrai excesso de dívidas, consumindo ou gastando muito além de suas receitas. O consumidor gasta o que não tem e então é forçado pelas circunstâncias do endividamento a contrair empréstimos (SANTOS, 2011).

Denomina-se consumidor hipervulnerável qualquer pessoa física que deseja adquirir um produto ou serviço tão somente para satisfazer seus interesses particulares, ou seja, sem qualquer intenção de obter lucro. Logo essa hipervulnerabilidade na relação consumerista pode ser a principal causa do superendividamento sobretudo da pessoa idosa (ALVES, 2012).

Compreende-se que toda pessoa que não toma os devidos cuidados ao firmar contrato de consumo está sujeita ao superendividamento. Há, no entanto, pessoas que são muito mais propícias a esse tipo de problema em face de diversos fatores sociais, etários, étnicos, tais como por exemplo grau de escolaridade ou idade avançada (pessoa idosa), crianças, adolescentes, índios, dentre outros. Almeida (2014), denomina esse grupo de hipervulneráveis. Sobre a hipervulnerabilidade o citado autor explica:

Isto é, se já existe uma presunção legal de que os consumidores não profissionais são os vulneráveis da relação jurídica de consumo, foi

identificada mais recentemente uma nova categoria de pessoas que se encontram na condição de hipervulneráveis, ou seja, aqueles cuja fragilidade se apresenta em maior grau de relevância ou de forma agravada (ALMEIDA, 2014, p. 297).

Nesse sentido, há o entendimento de que todas as pessoas possuem características consumeristas, logo, todos são consumidores vulneráveis. Não obstante, a pessoa idosa, na visão de Almeida (2014), devido a fatores e características biológicas, são os mais vulneráveis.

Notadamente, uma informação é mais bem processada numa pessoa jovem que numa idosa. Uma pessoa idosa quando submetida à situações vexatórias ou a fortes emoções provocadas por fatores externos, tende a sofrer transtornos que em alguns casos podem resultar em consequências fatais. Daí, o seu estado de hipervulnerabilidade (ALMEIDA, 2014).

O bom senso permite arguir que não se deve exigir e tampouco esperar que uma pessoa idosa, no sentido *latu de ser*, se adapte a uma condição comercial, antes, espere-se e exige-se que seja essa condição adaptada à pessoa idosa. (NUNES, 2012).

Segundo Verbicaro e Arruda (2019), o direito é individualista e prioriza a vontade como principal fonte obrigacional, não obstante, é incapaz de reconhecer no plano normativo as desigualdades econômicas e sociais que impedem a manifestação de vontade livre do consumidor vulnerável, que em virtude da coação econômica sofrida, é levado a renunciar aos seus direitos básicos.

O superendividamento dos consumidores, sobretudo de idosos, tornou-se um fenômeno social relevante que foi necessário a edição de legislação específica para seu tratamento, como é o caso da promulgação da Lei 14.181/2022, já mencionada anteriormente, e que traz consigo alterações no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso, com vistas a promover a prática de crédito responsável e menos danosa à pessoa idosa, buscando evitar o superendividamento que consiste numa situação em que a pessoa de boa-fé não tem condições de pagar suas dívidas, pondo a si mesmo em situação de comprometimento nocivo de sua renda necessária à sobrevivência (GALIANO; OLIVEIRA, 2021).

Um rápido exame da legislação em vigor, denota-se que o consumidor idoso, antes pouco considerado nas relações de consumo, tem ganhado especial atenção na seara do Direito do Consumidor. Pois se de um lado, a pessoa idosa adquiriu acesso ao crédito rápido e fácil por meio de pagamento consignado, satisfazendo ainda que momentaneamente suas necessidades, por outro, esse mesmo crédito consignado deixa a

pessoa idosa vulnerável e sujeita à exploração dos intermediários das instituições financeiras (GALIANO; OLIVEIRA, 2021).

O superendividamento da pessoa idosa pode provocar consequências de ordem multidisciplinar, atingindo suas respectivas famílias, na medida em que o sentimento de incapacidade de sanar suas pendências com os credores afeta a estrutura e rotina familiar como um todo, pois é notório que ao usar o crédito consignado como se fosse parte dos rendimentos pessoais, agrava ainda mais o já apertado orçamento das despesas mensais necessárias.

Sabe-se que o superendividamento é causador de muitos dos problemas financeiros hoje existentes. Constitui, com efeito, fonte de tensões no cotidiano da pessoa idosa, agravando a situação de endividamento. Ele pode conduzir o idoso superendividado a evitar despesas de tratamentos, mesmo essenciais, ou ainda a negligenciar o seu bem-estar social. E, na medida em que a situação é tal, que a moradia não pode ser assegurada, é dado um passo na direção da exclusão social (BRASIL, 2010).

O indivíduo superendividado isola-se, marginaliza-se. O superendividamento contribui para o aniquilamento social do indivíduo. Quanto mais este fenômeno aumenta, mais seu custo social se eleva e mais a necessidade de combatê-lo se impõe. A muito se espera uma norma legal que viesse coibir as situações de superendividamento. A Lei 14.181/2021, não tem como premissa combater o desenvolvimento do crédito, até porque o crédito é um estímulo necessário à economia, gerando renda e emprego. Antes, busca tão somente moralizar, conscientizar e educar tanto os consumidores quanto as instituições concedentes de crédito para o seu uso responsável.

3. DOS VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO E SUA INCIDÊNCIA NAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS COM AS PESSOAS IDOSAS

Dos estudos até aqui empreendido, resta claro que o consumidor idoso é hipervulnerável e como tal, o Código de Defesa do Consumidor deve protegê-lo. Diante da constatação de que pessoas idosas são mais suscetíveis a fraudes e práticas abusivas, não raro que empresas se aproveitam dessa vulnerabilidade dos idosos para venderem seus produtos sob condições nocivas ao consumidor idoso. (TARTUCE, 2019).

Não se quer aqui apregoar que a pessoa idosa não pode contrair empréstimos ou fazer quaisquer negócios jurídicos, mas, ressaltar que as pessoas com idade mais avançadas desconhecem quase que totalmente questões jurídicas, contratuais e financeiras. Logo, empresas que atuam no ramo de empréstimos e financiamento, tem predileção por esse público consumidor e lhes impõe produtos e serviços exageradamente, caracterizando-se como práticas abusivas obviamente vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor (TARTUCE, 2019).

Conforme o artigo 39 do mencionado Código, é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, práticas abusivas, prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviço (BRASIL, [2022]).

Ademais, por serem muito presentes na vida cotidiana das pessoas, os contratos de consumo, sobretudo aqueles relacionados à concessão de créditos, passam a ter revisão cuidadosa com a vigência da Lei nº 14.181/2021. Isso por que esta norma introduziu no Código de Defesa do Consumidor novos institutos de controle, prevenção e tratamento do superendividamento a partir de nova práticas abusivas presentes nesses e em outros tipos de contratos consumeristas (NUNES, 2021).

De fato, o artigo 54-G explicita que “sem incorrer em prejuízo do disposto no artigo 39 do CDC e na legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de crédito”:

I - realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compra realizada com cartão de crédito ou similar (...);

II - recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e aos outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do contrato de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível, e, após a conclusão, cópia do contrato;

III - impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou similar, que o consumidor peça e obtenha, quando aplicável, a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento, ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos (BRASIL, [2022]).

Observa-se que o disposto nos incisos elencados objetiva a plena transparência nas operações de crédito ao consumidor, e também censuram as práticas abusivas desse negócio jurídico. Importa ressaltar que os elementos causadores de lides, como por exemplo a cobrança indevida no cartão de crédito (inciso I), ou a recusa de entregar cópia do contrato firmado ao consumidor (inciso II), ou ainda dificultar a anulação do contrato (inciso III), são conflitos que são devido a sua natureza e razoabilidade da demanda, são resolvidos por órgãos de proteção ao credor e por via judicial, não obstante, ter uma lei que expressamente estabeleça essas garantias, enseja maior segurança jurídica ao consumidor (Nunes, 2021).

3.1 A IMPORTÂNCIA SOCIAL DA REVISÃO DOS CONTRATOS DE CRÉDITOS EM FACE DAS PRÁTICAS ABUSIVAS MEDIANTE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Não raras as vezes em que uma pessoa adulta em algum momento da vida necessitou de acesso ao crédito. Os empréstimos são por vezes necessários pois permitem a realização de um empreendimento, viabiliza a aquisição de um bem ou atenuam uma crise financeira momentânea provocada por tratamento de saúde, enfim, inúmeras são as razões, porém, quase todas são por extrema necessidade. Contudo, existem instituições credoras que são insensíveis diante da precisão financeira da pessoa e de maneira inescrupulosa violam as normas que disciplinam as operações financeiras e as respectivas relações de consumo, sem se importar, a título de exemplo, com o uso de juros abusivos, taxas diversas desnecessárias, venda casada de seguros, cobranças de tarifas e taxas que em sua maioria são inconvenientes (QUEIROZ, 2016).

O consumidor na hora de assinar contratos de empréstimos, não se apercebe das cláusulas que infringem as normas financeiras e por conseguinte afrontam ou mingam os seus direitos diante das relações de consumo.

Queiroz (2016), explica que após a realização de uma operação de crédito, o creditado encontra-se diante de obrigações de pagamento do valor do empréstimo contraído que ao término dessa relação contratual, o valor pago é muito superior ao capital concedido. Nesse aspecto, diante da evidente existência abusiva das taxas de juros e de outras situações já mencionadas, judicialmente tais indícios podem ser objetos de nulidade desses contratos celebrados.

Com a promulgação da Lei 14.181/2021, que alterou o Código de Defesa do Consumidor, o superendividamento é então conceitualmente definido, delineando requisitos que o distinguem. Posto que se os juros aplicados no contrato de empréstimo à pessoa física ou jurídica, configurarem teor de abusividade, o devedor poderá legalmente propor a revisão judicial do montante devido, almejando-se a possibilidade de redução do valor carecido, sendo esta uma ação legítima de viabilizar o pagamento da dívida contraída e assim, sanar o superendividamento (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021).

Taddei e Queiroz (2014), esclarece que o instituto contrato é definido pela doutrina e não pelo Código Civil em voga. Segundo essa autora, é possível conceituar o contrato como sendo o negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa criar, modificar ou extinguir direitos e deveres com conteúdo patrimonial em colaboração recíproca entre as partes contratantes. Logo, é o contrato, independente de sua natureza, um instrumento de pacto social (TADDEI; QUEIROZ, 2014).

Discutir sobre os diversos tipos de contrato no ordenamento jurídico pátrio, foge ao propósito do presente trabalho, pois interessa unicamente apontar que os contratos de crédito ao consumidor idoso, devem ser submetidos às regras de legislação consumerista, e assim, questionar se os contratos de empréstimos pessoais aos idosos cumprem a função social do bem-estar conforme direcionamento de aplicação das normas de direito do

consumidor, ou seja, procede-se a análise das normas consumeristas em Doutrina e Legislação que obviamente devem ser observadas e por sua vez cumpridas pelas instituições financeiras de todo país

Ao editar uma lei que trata o endividamento com exclusividade, o Estado toma para si a responsabilização pela tutela de proteção do consumidor diante de sua vulnerabilidade econômica e consumerista (DONIZETTI; QUINTELLA, 2016).

Doutrinadores como Gonçalves (2013), leciona que com o atual Código Civil, em seu artigo 317, consagrou a teoria da imprevisão, que consiste na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato, quando por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se exageradamente onerosa:

Art. 317. Quando por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação (BRASIL, [2022]).

A imprevisibilidade citada no dispositivo do Código Civil, por sua caracterização, não necessariamente é um elemento de resguardo do direito do sujeito superendividado, que ao contrair empréstimo, submeteu-se às cláusulas contratuais abusivas ou por desconhecimento, ou por se encontrar em situação de hipossuficiência que fora desconsiderada no momento da celebração do contrato. O disposto no artigo citado, estabelece requisitos necessários para essa intervenção que deverá ser por decisão judicial sujeita à subjetividade do magistrado que julgar o processo, não obstante, o ponto divergente desse dispositivo é que a imprevisibilidade pode também ser provocada pelo credor, pois segundo a doutrina, a conjugação do aludido dispositivo em questão permite a parte prejudicada pelo desequilíbrio a ajuizar a ação com o objetivo de preservar o contrato e adequar o valor real da prestação, ou seja a teoria de imprevisão permite a intervenção judicial no reequilíbrio da obrigação (GONÇALVES, 2013).

No âmbito da celebração de contratos de empréstimos, as normas que disciplinam a defesa do consumidor são descumpridas acintosamente pelo credor ou instituição financeira no momento da concessão do crédito. Isso significa que ocorrem inúmeras práticas abusivas por parte dos fornecedores de produtos e serviços. Em virtude disso, antes do surgimento da Lei do superendividamento, o Judiciário, bem como o Ministério Público e os órgãos administrativos promoviam, por exemplo, o controle das cláusulas e práticas abusivas nas relações de consumo, através da aplicação do princípio da boa-fé (art. 422 *in verbis* – Código Civil) uma vez que aquelas são informadas por este princípio (BRASIL, [2022]).

Ademais, o artigo 4º e incisos I e III do Código de Defesa do Consumidor, conforme já mencionado, sagrou o princípio da vulnerabilidade, reconhecendo o consumidor como a parte mais frágil na relação de consumo, tendo por fundamento a boa-fé objetiva, reconhecendo-se, por esta razão, que o consumidor é a parte que mais se submete ao poder de controle dos titulares dos bens de produção (BRASIL, [2022]).

Nesse sentido, compreende-se que a boa-fé, enquanto cláusula geral, estabeleceu-se como regra padrão de conduta nos negócios jurídicos, recorrendo-se a este princípio quando da ausência da lei. De imediato há o entendimento de que a aplicação desse princípio deve ser fazer presente nos contratos de empréstimos ofertados ao consumidor, bem como inserindo-a em todas as relações jurídicas de consumo e aqui importa referendar o que dispõe o artigo 51, *caput*, Inciso IV, combinados ao artigo 6º do mesmo Código e Súmulas 381 e 638 do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (BRASIL, [2022]).

Assim, considerando todo o arcabouço legislativo brasileiro que visam assegurar os direitos do consumidor e equilibrar o Direito das Obrigações, torna-se evidente que a função social do contrato está cada vez mais prestigiada, não por acaso que a liberdade de celebração de contrato encontra respaldo de proteção junto ao Código Civil em vigor, e no consagrado Código de Defesa do Consumidor agora mais agraciado pela Lei 14.181/2021.

4. DA TUTELA JURÍDICA DO IDOSO CONTRA O SUPERENDIVIDAMENTO

Ao tratar dos direitos dos idosos no Brasil, é imperioso que se ressalte que a consolidação da tutela jurídica de proteção à pessoa idosa decorre de processos morosos que se arrastaram quase que estagnados por muito tempo. De sorte que decorrido mais de 130 anos de república e 6 Constituições republicanas depois, a atual Carta Magna consolida a efetivação jurídica dos direitos dos idosos, sendo o hodierno texto constitucional um marco jurídico quando o assunto é proteção dos direitos e garantias fundamentais (EFING *et al*, 2014).

A atual Constituição Cidadã assegura a prevalência do Estado Democrático de Direito, outrora denominado de Estado de Bem-Estar Social, e que se fundamenta nos preceitos de cidadania e de dignidade da pessoa humana consoante prescreve o artigo 1º da Constituição Federal vigente (BRASIL, [2021]).

A Constituição Federal de 1988, garante amparo específico às pessoas idosas nos artigos 229 e 230, atribuindo ao Estado, à família e à sociedade deveres de proteção e assistência aos seus idosos. A partir do texto constitucional, o legislador preceituou dispositivos normativos específicos de garantia de tutela pelo Estado, dentre as quais a tutela jurídica do idoso em face de sua vulnerabilidade social e hipossuficiência consumerista, dando-lhe proteção especial através do Estatuto do Idoso e outras normas e leis correlatas, num gesto de reconhecimento de que os idosos diante de sua fragilidade, necessita de uma efetiva concretização dos seus direitos fundamentais, em especial aqueles direitos que se reportam à igualdade e à dignidade (EFING *et al*, 2014).

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 46 e seguintes, tutela de maneira taxativa e expressa os contratos diversos de consumo, dentre eles, os de celebração de empréstimos, em cujo teor de cláusulas seja possível a interpretação contratual de forma clara, adequada e precisa, sem vícios e transparecendo a proteção do vulnerável, conforme esclarece Marimpietri (2014):

Mais uma vez, preocupada com a harmonia do mercado de consumo, a lei estabelece que, caso a leitura ou interpretação de qualquer regra contida no contrato gere duas interpretações igualmente plausíveis e possíveis para a mesma cláusula, prevaleça a que favorecer ao consumidor, na consagração da máxima in *dúbio pro consumidor*. [...]Os contratos em geral (incluindo os consumeristas) devem ser interpretados como um todo coerente e significativo, no sentido de caber ao ordenamento jurídico atribuir às vontades dos contratantes efeitos jurídicos compatíveis com o tipo de contrato realizado. (MARIMPIETRI, 2014, p. 12).

Nesse sentido, a lei específica consumerista garante a tutela dos direitos da personalidade do consumidor, pois antes de ser sujeito de uma relação de consumo, qualifica-se como pessoa detentora de direitos e garantias fundamentais decorrentes da presunção constitucional. Assim, o Código de Defesa do Consumidor tutela de forma eficiente a honra do consumidor diante das práticas abusivas cometidas pelo fornecedor de crédito (LEITE, 2011).

4.1 A NECESSIDADE DE UMA TUTELA ESPECIAL À PESSOA IDOSA

A proteção integral da pessoa idosa, consonante ao que prescreve o artigo 230 da Constituição Federal de 1988, passou a ser regulamentada por uma gama de leis específicas, tais como a Lei n.8.842/94, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso – PNI, da qual deriva o Conselho Nacional do Idoso – CNI. Esses instrumentos normativos objetivam assegurar ao idoso o exercício da sua autonomia e participação efetiva junto à sociedade. Em 2003 é promulgada a Lei n. 10.741/2003, denominada de Estatuto do Idoso,

que representa significativo avanço no que tange à proteção integral da pessoa idosa, pois traz em seu bojo fundamentos constitucionais consolidados e imperativos em seu texto, como bem explica Costa (2014):

A proteção da pessoa idosa passa a ter como cerne a proteção da sua dignidade, visando, entre outras coisas, à sua inclusão social.[...] Um dos fatores que denotam a importância do reconhecimento da hipervulnerabilidade do idoso, tanto no seu seio familiar, quanto em relação à sociedade em geral, é a sua marginalização, já que, não raro, vê-se fora do ambiente de trabalho, tem sua renda reduzida e comprometida, além da diminuição da sua capacidade física.[...] A Lei em comento tem como algumas das suas finalidades resgatar o respeito ao idoso e viabilizar o exercício da cidadania pela via de novos e significativos direitos (COSTA, 2014, p.76).

É fato que a necessidade de consumo tem se revestido de nova roupagem no pós-modernismo. O mundo ao redor transformou-se em grande vitrine que alimentam sonhos e desejos de consumo. O mercado de consumo tem como meta cotidiana incentivar mais e mais consumidores a consumirem, gerando lucratividade e promovendo o consumo exagerado (COSTA, 2014).

A publicidade sedutora incentiva a busca por novas identidades culturais alicerçadas nas aspirações de consumo, mesmo que isso signifique torna-se um superendividado. O mercado de produtos e serviços aproveita-se dessa contextualização de hipervulnerabilidade dos consumidores superendividados na atualidade, e esta não é uma situação exclusiva dos consumidores idosos (BAUMAN, 2011).

Assim, o Estado, através de sua legislação, cumpre bem o seu papel de tutor e guardião dos consumidores idosos diante de sua hipossuficiência no mercado consumerista. A seguir, será feita rápida alusão a algumas decisões judiciais de revisão e /ou anulação de contratos de empréstimos à pessoa idosa por causa de sua hipervulnerabilidade e também como forma de garantia de prevalência da tutela legal ao consumidor idoso que foi submetido à prática abusiva do mercado de consumo, especialmente aquelas relacionadas à concessão de crédito.

4.2 AS REVISÕES CONTRATUAIS DE EMPRESTIMO AO IDOSO E AS IMPLICÂNCIAS JURÍDICAS ÀS PRÁTICAS ABUSIVAS

Tribunais de Justiça têm firmado entendimento no sentido de que há sim práticas abusivas quando da celebração de contratos entre instituição credora e pessoa idosa. E considerando que a onerosidade das prestações e a existência de vício nos contratos

incorrem no superendividamento do consumidor idoso, as decisões quase sempre são favoráveis à pessoa idosa (QUEIROZ, 2016).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em Apelação Cível AC 10327170014614001, de 06 de julho de 2018, que trata de Ação de Repetição do Indébito com reparação de danos morais e materiais, caracterizado por Empréstimo Consignado no cartão de crédito de pessoa idosa, analfabeta. Clara violação do Estatuto do Idoso. O Tribunal anulou o contrato devido divergência contratual, e negou indenização por danos morais em razão da inexistência (TJ-MG, AC, 2018).

Na Apelação Cível em tela, a prática abusiva estava caracterizada por empréstimo consignado à pessoa idosa analfabeta. O instrumento de Apelação consolidou-se numa Sentença Reformada, uma vez que a divergência contratual por si só não implica em dano moral, conforme ressaltou o Relator Cabral Silva.

O julgado seguinte, caracteriza-se por prática contratual abusiva contra idoso diante da taxa de juros aplicada pelo credor está muito acima do índice médio de mercado e venda casada de seguro, logo, constitui prática abusiva na relação contratual.

Nesta Ação Revisional de Contrato, a instituição financeira recorre da decisão anteriormente proferida alegando que a limitação dos juros remuneratórios inferior ao patamar de 12% estipulado no contrato, impossibilita à instituição de capitalização de juros na periodicidade inferior anual caso não conjugue os valores do seguro ofertado, alegando assim, que não se trata de práticas abusivas.

Todavia, o Relator explana que a abusividade do percentual da taxa de juros, aplicado em contratos bancários submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, deve ser apurada considerando as circunstâncias do caso concreto e com base no índice da taxa média de mercado para a mesma operação financeira, divulgado pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão federal que venha substituí-lo para este fim, não obstante é abusiva a cláusula contratual que condicione a obtenção do crédito de financiamento à contratação de seguro prestamista, mormente quando ao consumidor não é dado conhecer a existência de tal exigência por não lhe ser entregue cópia do contrato. Recursos Conhecidos e Improvidos (TJ-BA – APL, 2018).

Melo e Silveira, explicam que o idoso não está imune às práticas abusivas, não somente por causa de suas necessidades elementares como tratamento de saúde ou cuidados medicamentosos, mas também pelo excesso de consumo e insuficiência de seus rendimentos, sendo obrigado por força das circunstâncias requerer empréstimos, o que seguramente o coloca na condição de endividamento e notadamente o financiamento consignado a longa prazo é o principal causador do superendividamento da pessoa idosa (MELO; SILVEIRA, 2019).

Em entendimento similar aos julgados apresentados anteriormente, o Tribunal de Justiça do Tocantins – TJ-TO, julgou ação de Apelação Cível n. 00142678620198270000, referente a Ação Anulatória com Repetição de Indébito e Danos Morais n.0000380-97.2018.2739 – Juízo da 1ª Vara Civil da Comarca de Tocantinia – TO. Trata-se de Apelação interposta por Banco Bradesco S/A diante de suas irresignações com sentença prolatada pelo Juízo da referida Vara.

A decisão da Comarca de primeira entrância, a matéria de fundo assenta-se no fato de que o autor é analfabeto, não possuindo condições para compreender as cláusulas contratuais do empréstimo contraído, inexistindo instrumento público de pactuação ou por procurador de sua confiança legalmente estabelecido. Assim, proferiu-se a nulidade dos contratos do negócio jurídico e não obstante condenou o réu na restituição simples dos valores descontados e ao pagamento de indenização moral de R\$ 3.000,00 (três mil reais), apenando ainda o réu ao pagamento das despesas e honorários de 10% do valor da condenação (TJ-TO – AC, 2018).

Por conseguinte, a relatora Desembargadora Dra. Ângela Prudente, defendeu a regularidade das relações jurídicas instituídas entre os litigantes, explanou sobre a não exigência de contratação por instrumento público para analfabetos ou a constituição de procurador para a celebração de contratos de empréstimos, propondo então a reforma da sentença para improcedência da ação. Todavia, o Pleno reconheceu e admitiu Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR, advindo da Relatora Angela Maria Ribeiro Prudente, e proveu a Suspensão da Apelação até o julgamento do IRDR (TJ-TO – AC, 2018).

Os Tribunais de Justiça de todo o país têm uma demanda considerável de processos de mesmo teor dos que foram aqui expostos. Diante desse cenário consumerista em que se vive, cada vez mais idosos vão ficar superendividados e continuarão sendo vítimas e reféns de contratos de empréstimos de instituições financeiras que não hesitarão em usar de meios inescrupulosos para aumentar sua lucratividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das complexas relações de consumo atualmente existentes na sociedade brasileira, a pessoa idosa figura como sendo aquela que mais está sujeita a sofrer danos e violações de seus direitos fundamentais. Dentre o rol de consumidores, o idoso é reconhecido por sua hipervulnerabilidade e hipossuficiência consumerista, requerendo para sua proteção, a tutela especial concebida através de legislação específica.

Os estudos empreendidos para a realização deste artigo, possibilitou a compreensão de que a proteção jurídica do consumidor idoso tem marco inicial com a Constituição Federal de 1988, que impõe ao Estado o dever de proteger o consumidor.

Essa proteção foi regulamentada pela Lei n.8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que não mesmo reconhece que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo.

Dentre os sujeitos ativos e passivos das relações contratuais do negócio jurídico, a pessoa idosa é aquela que atinge a hipervulnerabilidade consumerista e para resguardar a prevalência dos direitos dessas relações, criam-se políticas públicas que visam o fortalecimento dos direitos fundamentais e garantias constitucionais através da instrumentalização das normativas legislativas, integrando e fortalecendo a tutela de proteção à pessoa idosa a Política Nacional do Idoso, o Estatuto do Idoso, e leis correlatas de mesma finalidade.

Em face do consumidor idoso ser hipervulnerável nas relações de consumo, todo e qualquer negócio jurídico deve ser realizado com a máxima transparência e boa-fé pela parte credora ou fornecedora de crédito.

Apesar do Estado não ter tipificado penalmente a conduta do credor que induz ainda que indiretamente o consumidor idoso ao estágio de superendividamento, atingindo sua dignidade quase que irreversivelmente, a via judicial tem concedido a reparação do dano, afastando desse modo a total impunidade.

O exame ainda que superficial de alguns julgados, permite dizer que as decisões judiciais têm garantido a tutela protetiva do consumidor idoso. As Câmaras Cíveis e Tribunais de Justiça, têm decidido por anulação, revisão ou suspensão de contratos de empréstimos ao idoso como forma de garantir seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. B. D. **Direito do consumidor esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALVES, Jaciene. **Governo alerta para endividamento de idosos com empréstimo consignado**. Portal da Câmara dos Deputados, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/414256-GOVERNO-ALERTA-PARA-ENDIVIDAMENTO-DE-IDOSOS-COM-EMPRESTIMO-CONSIGNADO.html>>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL, Banco Central do Brasil – BC. **Estatísticas Monetárias e de Crédito**. Nota à imprensa de 28/07/2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/estatisticasmonetariascredito> acesso em 22 de ago.2021.

BRASIL, **Lei n. 14.181** de 1º. De julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre

a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm acesso em 22 de ago.2021.

BRASIL, **Lei n. 8.079/1990 - Código de defesa do consumidor e normas correlatas.** – 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 132 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br> Acesso em: 22 de ago.2021.

BRASIL, **Lei n. Lei n.10. 741/2003** . Ministério da Saúde. Estatuto do Idoso / Ministério da Saúde. – 2. ed. rev. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. 70 p. – (Série E. Legislação de Saúde).

BRASIL, Lei n. 14.181 de 01 de julho de 2021 – Lei do Superendividamento. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em 06 dez. de 2021.

BRASIL, **Código Civil Comentado:** doutrina e jurisprudência / Cláudio Luiz Bueno Godoy... [et. al]; coord. Cezar Peluso. – 14 ed. – Barueri [SP]: Manole, 2020.

BAUMAN, Zigmunt. **Ética pós-moderna.** Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 28.

COSTA, Cora Cristina Ramos Barros. **A proteção jurídica da hipervulnerabilidade do idoso superendividado na sociedade de consumo.** – Recife: O Autor, 2017. 130f.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL **Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**/Adriana Zawada Melo...[et al]: organização Costa Machado; Coordenação Anna Candida da Cunha Ferraz. – 11ª. ed. -Barueri, SP: Manole, 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito civil** / Elpídio Donizetti; Felipe Quintella. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

EFING, Antonio Carlos. **Direitos dos idosos : tutela jurídica do idoso no Brasil** / organizador Antônio Carlos Efing - São Paulo : LTr, 2014. Disponível em (<http://www.ltr.com.br>) Acesso em: 16 de mar.2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. **Comentários à “Lei do Superendividamento”** (Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021) e o Princípio do Crédito Responsável: uma primeira análise. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br> Acesso em 13 de janeiro de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**/Carlos Roberto Gonçalves. – 10. ed. – São Paulo. Saraiva, 2013.

LEITE, Anne . **O Superendividamento e a proteção jurídica do consumidor.** 1. ed. João Pessoa: Persona, 2011. v. 1. 200p.

MARIMPIETRI, Flávia. **A Hipervulnareabilidade do Consumidor Frente aos Contratos de Empréstimo Bancário na Contemporânea Sociedade de Consumo** /Flávia Mariimpietri. In: Artigo. 2014. Disponível em: Disponível em: <http://imagensdajustica.ufpel.edu.br> Acesso em 12 de janeiro de 2022.

MELO, Mayara de Oliveira; **SILVEIRA**, Lucileuda. **Direito do consumidor idoso superendividado**. Publicado em: 01/2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71534/direito-do-consumidor-idoso-superendividado-reconhecimento-de-uma-hipervulnerabilidade> - Acesso em 18 set. 2021.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Rizzatto. As novas práticas abusivas/ Rizzatto Nunes. In Artigo. Migalhas. 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/350716/as-novas-praticas-abusivas> Acesso em 16 jan.2022.

NUNES, Rizzatto. **As novas práticas abusivas**/ Rizzatto Nunes. In Artigo. Migalhas. 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/350716/as-novas-praticas-abusivas> Acesso em 16 jan.2022.

OLIVEIRA, Cristiane de. **A hipervulnerabilidade do consumidor idoso diante da oferta irresponsável de crédito como causa do superendividamento** / Cristiane de Oliveira. TCC (Especialização). Orientador Karen Rick Danilevicz Bertoncello. 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/178738> Acesso em: 13 de out.2021.

QUEIROZ, Mônica. **Direito civil: parte geral e teoria geral dos contratos**. Coleção Concursos Jurídicos v. 5. São Paulo. Atlas, 2010.

ROSENVALD, Nelson. In: **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. // Cláudio Luiz Bueno Godoy... [et. al]; coord. Cezar Peluso. – 14 ed. – Barueri [SP]: Manole, 2020.

SANTOS, Vanessa Caroline dos. **O superendividamento do consumidor pessoa física de boa-fé**. Orientadora: Ms. Fabiana F. Padoin (Bacharelado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2011.

TARTUCE, Flavio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual do Direito do Consumidor: direito material e processual. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil**. Primeira parte. Disponível em: [<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI311604,91041-A+lei+da+liberdade+economica+lei+1387419+e+os+seus+principais>]. Acesso e publicação em: 24 de setembro de 2019.

TADDEI, Anna; QUEIROZ, Sheyla Cristina Ferreira dos Santos. **Os contratos de empréstimo pessoal e o direito do consumidor**. 2014.

TJ-MG - AC: 10327170014614001 Itambacuri, Relator: Cabral da Silva, Data de Julgamento: 26/06/2018, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/07/2018)

TJ-BA - APL: 05189684720168050001, Relator: Mário Augusto Albiani Alves Junior, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/04/2018).

TJ-TO - AC: 00142678620198270000, Relator: ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE. Data da Publicação: 27/06/2019.

A CULTURA DO ESTUPRO NO BRASIL Á LUZ DAS TEORIAS FEMINISTAS DO DIREITO

RAYANNE NUNES DANTAS:

Bacharelada do curso de Direito da Unirg- Universidade de Gurupitô.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo trata sobre o estupro marcado por diversos conflitos ao longo da sua história. A cultura do estupro faz parte de um sistema maior, o patriarcado, caracterizado pela dominação dos homens sobre as mulheres. O movimento feminista frequentemente introduz a expressão da cultura do estupro para defender comportamentos sexualmente violentos contra as mulheres, buscando a manutenção da igualdade perante o contexto social, uma vez que, as mulheres sofrem há décadas com práticas machistas na sociedade sendo vista como um objeto, subordinada ao gênero masculino. Atualmente as teóricas feministas do direito vêm buscando constantemente reivindicar os direitos humanos para as mulheres, tanto as suas necessidades quanto as suas perspectivas, desta forma, tentando quebrar a sua invisibilidade perante a Teoria do Direito.

Palavras-chave: Cultura. Estupro. Patriarcado. Feminista. Teoria Do Direito. Igualdade

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PATRIARCADO E AS RELAÇÕES DE GÊNERO NO CONTEXTO HISTÓRICO. 3 OS CRIMES SEXUAIS E OS ASPECTOS HISTÓRICOS DA CULTURA DO ESTUPRO NO BRASIL. 4 AS TEORIAS FEMINISTAS E SEUS PENSAMENTOS IDEOLÓGICOS. 5 AS MUDANÇAS TEÓRICAS E PRÁTICAS A RESPEITO DO ESTUPRO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A temática sobre a cultura estupro esta presente na sociedade e ainda versa sobre os pensamentos patriarcais da população brasileira. Do ponto de vista panorâmico, a Cultura do Estupro e a banalização e a normalização desse crime pela sociedade que induz e tolera essa cultura de várias maneiras.

Nessa perspectiva, o patriarcado ainda e predominante na esfera social e na condição sociocultural da mulher. E nesse contexto que incide sobre a violência contra a mulher, a violência sexual prevalece como uma das mais gravosas, tanto que o estupro está

incluído no ordenamento jurídico no rol dos crimes hediondos atualmente.

O estudo empírico do Feminismo no Direito traz nada mais e nada menos que a manutenção de igualdade perante o contexto social, visto que, as mulheres sofrem há décadas com práticas machistas na sociedade, que colocam as mulheres em uma situação de objeto e não sujeito do direito.

A teoria feminista do direito, assim, se torna fácil de entendimento, visto que tal percepção por parte das mulheres, de que o gênero ainda é um fator determinante da sociedade atual, traz uma influência e um questionamento em múltiplas partes da vida humana. Deste modo, a teoria busca mostrar como o gênero influenciou e ainda influência o desenvolvimento das Leis no Direito.

Nessa linha, pondera-se o estupro, como mesmo é influenciado pelo fator do gênero, o que leva o indivíduo a achar que pode encaminhar para práticas tais crimes. Todavia, cada vez mais a legislação vigente vem encaminhando para uma punição mais eficaz de tais condutas.

Considerando esses aspectos, comentaremos algumas teorias feministas e suas ideologias, como também peculiaridades sobre a legislação penal que pune os crimes de violência sexual, e as mudanças trazidas pela legislação.

Neste viés, o estudo se manteve baseado através de buscas e pesquisas bibliográficas, documental, artigos e livros e em determinados sites que tratam a com preferência a didática simples.

2.O PATRIARCADO E AS RELAÇÕES DE GENERO NO CONTEXTO HISTÓRICO.

A desigualdade de gênero é entendida como uma diferença profunda entre as mulheres e os homens na sociedade, onde geralmente a mulher é colocada em um lugar de inferioridade em relação ao gênero do sexo masculino.

A palavra gênero tem uma relação com o princípio da igualdade, pois ele delimita a desarmonia existente entre o gênero feminino e masculino, foi através dessa influência que a condição sociocultural da mulher ganhou mais forças e visibilidade fazendo com que se tornasse objeto de estudo e um ponto de partida para muitas transformações.

Essa relação de desigualdade de gênero tem a influência e o domínio do patriarcado, que é caracterizado pelo o exercício da autoridade do homem sobre a mulher e seus filhos. No contexto familiar, a mulher é vitimada pelo controle social masculino onde a violência contra ela é "justificável."

Segundo Machado (2000, p. 06):

"Gênero é uma categoria engendrada para se referir ao caráter fundante da construção cultural das diferenças sexuais, a tal ponto que as definições das diferenças sexuais é que são interpretadas a partir das definições culturais de gênero. Gênero é uma categoria classificatória, em um princípio, pode metodologicamente ser um ponto de partida para desvendar as mais diferentes e diversas formas de as sociedades estabelecerem as relações sociais entre os sexos". (2009, p. 173)

Deste modo, o gênero na categoria de análise nos faz incorporar as desigualdades de gêneros existentes e conseqüentemente pensarem e repensarem a classificação desse termo. O gênero ele pode ser reconhecido como um modo de ressignificar as relações de poder entre os sexos.

Nota-se que a contextualização da palavra "gênero" possibilitou a rediscussão da condição feminina na esfera pública, e trouxe para a esfera social questões relacionadas à violência doméstica e subordinação da mulher.

Com o passar dos anos, foram surgindo movimentos revolucionários movidos pelas mulheres. Por causa dessas atitudes começou um processo de inserção social e a luta pelos seus direitos de igualdade, iniciando assim, a consciência da proteção dos direitos da mulher. Por meio das novas concepções feministas vários documentos internacionais procuram assegurar a igualdade entre os homens e as mulheres. O patriarcado é um obstáculo que ainda persiste no Brasil e em boa parte do mundo.

Nesse cenário, entendemos que os movimentos provocados pelas mulheres no enfrentamento a esses padrões de preconceito de gênero foram valiosos na diminuição da desigualdade na sociedade moderna, sendo certo que os padrões de violência de gênero sofreram transformações consideráveis, ao longo das últimas décadas. Os valores antes que se fundamentam em determinado modelo na sociedade seguindo uma hierarquia e relações interpessoais, foram-se modificando com o passar dos anos, com isso flexibilizando as concepções tradicionais dos papéis femininos e masculinos. Porém, apesar dessas mudanças, o sexo masculino ainda sim possui uma situação privilegiada perante a sociedade.

3. OS CRIMES SEXUAIS E OS ASPECTOS HISTÓRICOS DA CULTURA DO ESTUPRO NO BRASIL.

A violência faz parte da nossa sociedade desde os primórdios. E, é desde então que as mulheres lutam pelo fim da violência, mas não excedendo os seus limites, pois elas se encontram bem no centro de uma sociedade ainda patriarcal, racista e capitalista.

A violência sexual na atualidade se tornou um dos maiores medos das mulheres. Os casos de estupro e assédio, no âmbito público como também no privado, sobrecarrega os meios de comunicação, e as formas de violência que chegam aos canais de denúncia são de uma tamanha crueldade, assim como as proporções não inimagináveis. A violência contra a mulher segundo Grossi (1996, p. 136) ela é caracterizada como uma “das violações mais praticadas e menos reconhecidas na esfera dos direitos humanos no mundo. Sua manifestação é de diferentes formas, desde a mais escusa até as mais evidentes, do qual o extremo é a violência física”.

A fim de deter a prática desse crime, o ordenamento jurídico precisa ser capaz de tipificar essa conduta delituosa com o propósito de aplicar penas aos indivíduos que cometerem esse delito. Segundo Foucault (1987, p. 87) fala que “a sociedade ela define em função dos seus próprios interesses, o que deve ser considerado como crime”. Nessa linha, compreende-se que o delito de estupro foi considerado crime a partir dos interesses decorrentes dos seus próprios costumes e padrões providos pela sociedade.

Conforme Fernando e Marques (1999) dizem que:

“Desde os tempos mais remotos, o estupro era considerado um delito grave com penas severas. Entre os romanos, com a conjunção carnal violenta era punida com a morte pela Lex Julia de vi pública. Na legislação hebraica, como notícia Magalhães Noronha, “aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento. “Se tratasse de mulher virgem, porém não desposada, devia ele pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da vítima e casar com ela, não a podendo ‘despir em todos os dias’, portanto a humilhou” (Fernando, Marques, 1999, p. 79).

Portanto, o estupro sempre foi considerado um delito. Mas, observa-se que as penas eram diferentes, dependendo de cada situação. Vejamos o caso da mulher virgem e não comprometida, o agressor deveria casar com ela, devido ao que lhe fez. Nesse contexto, mostra que a mulher era subordinada ao homem e trata como um objeto, pois a mesma era obrigada a casar-se com seu agressor para poder fugir dos julgamentos da sociedade para que não perdesse o seu valor acarretado da sua virtude.

O crime evidenciado não pode ser visto como um crime que desrespeita a dignidade da sexual da mulher, mas como uma forma de impor o domínio do homem sobre o corpo de outra pessoa. O estupro não poder ser relacionado apenas ao desejo sexual do homem, ele é instigado principalmente pela vontade de ter o domínio sobre a vítima, e a partir desses meios que o agressor busca o poder.

Cabe destacar, que a violência sexual é uma forma destrutiva da integridade da mulher, em decorrência da manifestação de desigualdade de gênero, do sentimento de poder e de posse sobre o outro. Esse tipo de violência está gravemente presente e manchando toda sociedade atual, independentemente de classe social ou idade. Nesse cenário, a mulher acaba sendo privada da sua liberdade, tal liberdade é garantida a todos sem distinção de sexo pela Constituição Federal, por medo de usar roupas que chamem a atenção, ou de frequentar lugares sozinhas.

Cabe então salientar a importância do ordenamento jurídico na prevenção e punição dos crimes contra a dignidade sexual, validando o papel fundamental da ciência jurídica na tutela e nos interesses e garantias fundamentais da mulher.

4. AS TEORIAS FEMINISTAS E SEUS PENSAMENTOS IDEOLÓGICOS.

O movimento feminista procura questionar o papel das mulheres na sociedade e atuam para ampliar os direitos das mulheres. Vale lembrar que historicamente as mulheres foram consideradas juridicamente incapazes e subordinadas aos homens. A luta do movimento feminista para que as mulheres tenham os mesmos direitos que os homens vêm desde o início do século XIX.

Mesmo que a Teoria Feminista do Direito pareça ser um bloco único, ela se subdivide em diferentes linhas. Mas cada uma tem o mesmo propósito que é problematizar a situação da mulher em busca de alterações jurídicas e proporcionar a igualdade de gênero. Cada posicionamento ideológico das feministas é diversificado e produz resultados teóricos e práticos bastante diferentes em relação aos direitos das mulheres. As tendências feministas são divididas em quatro grupos: feminismo liberal, feminismo da diferença, feminismo da dominação e feminismo pós-moderno.

Em se tratando do feminismo liberal as pessoas são consideradas independentes que evidenciam os valores como igualdade e racionalidade, ou seja, os homens e mulheres são seres humanos e são igualmente providos de razão, e em razão disso devem ter as mesmas oportunidades e direitos iguais. O feminismo liberal procura corrigir os erros do passado, onde as mulheres tinham menos direito do que os homens, busca obter os mesmos direitos e a mesma igualdade jurídica.

O feminismo da diferença (feminismo cultural) acredita que a igualdade na forma da lei não é o bastante, pois há características íntimas que tornam o homem e a mulher diferentes. Tais características são invisíveis pela presunção de indiferença do gênero perante as leis que regem a igualdade jurídica. Desta forma, para que o direito não prejudique as mulheres se faz necessário reconhecer essas diferenças e tratar as pessoas respeitando as diferenças biológicas e culturais entre os homens e as mulheres.

O feminismo radical, bem dizendo teoria da dominação, ele examina a situação das mulheres na sociedade, desde a concepção da discriminação enfrentada pelas mulheres cujo causa e dada pela dominação masculina, em uma sociedade patriarcal mantida por instituições sociais e jurídicas que legitimam uma relação de dominação, na qual, os homens são privilegiados e as mulheres são subordinadas aos mesmos.

E um aspecto teórico que trouxe bastante inovação para a sociedade, fazendo perceber o caráter masculino aos olhos do direito, ao modo que, as leis são criadas pelo gênero masculino, brancos e ricos para atender os seus interesses. No mesmo sentido, houve mudanças significativas no tratamento da violência contra a mulher, sendo responsáveis pela a criação da legislação que ampara as mulheres que sofrem com o assédio sexual.

O feminismo pós-moderno ele indaga e desconstrói os conceitos modernos que tem relação com o sexo, gênero e sexualidade, pois consideram que esses conceitos não são neutros, e sim, construções sociais usadas para manifestar e manter hierarquias e papéis de gênero. Não falam apenas de mulheres, expõe também relações de gênero, construção e desconstrução de identidades, como também questionam a heteronormatividade e as limitações entre o homem e a mulher, podendo com isso abrir um espaço para outras construções sociais que não limitam os papéis que são atribuídos tradicionalmente aos homens e as mulheres.

Vemos que a uma diversidade dessas vertentes teóricas, mostram o quanto e uma área fértil de ser analisada com atenção pela Teoria do Direito. Para que isso ocorra e indispensável romper a invisibilidade, inserindo as perspectivas das mulheres nos argumentos das discussões jurídicas. Acontecendo desta forma não irá ser somente um ganho teórico como também para as mudanças jurídicas que contribuem para as praticas sociais mais justa.

5.AS MUDANÇAS TEÓRICAS E PRÁTICAS A RESPEITO DO ESTUPRO.

Na visão antiga que durou até os meados dos anos 70 o crime de estupro era considerado uma doença, uma anomalia. Um grupo de feminista dos anos 60 começou a se sensibilizar e questionar esses conceitos, apresentando perspectivas diferentes em relação ao estupro, alegando um tratamento discriminatório que as vítimas recebiam e a sensação de impunidade ou de controle de sexualidade feminina por parte do Estado.

Percebe-se que a partir desses movimentos feministas ocorridos antigamente trouxeram mudanças teóricas em relação ao estupro no Brasil. Conforme os avanços desses movimentos, e ao modo em que as mulheres foram se inserindo na sociedade e tornando juristas e mostrando o que era ser mulher e suas percepções e a acerca do direito e como compreendiam a teoria que aplicavam, foram notórios que o modelo ensinado era falho.

“O modelo de masculinidade do Direito é tão forte que termina por convencer, a maioria das mulheres da lei que o direito é assexuado. O que não é outra coisa uma imposição para que elas aceitem a lei da masculinidade governa a interpretação e a aplicação do direito. As juristas só podem ser mulheres a margem de sua profissão. A prática do poder jurídico não suporta a idéia de criatividade.” (WARAT, 1997. p. 63-64)

Através desse processo criativo, respeitando e escutando as mulheres, especialmente as que foram vítimas de estupro, que aos poucos essa problemática foi inserida e problematizada à teoria do direito. Com esse processo, ouve uma multiplicação de vozes, inclusive femininas, onde discutiam sobre diversos aspectos legais que antes não eram notados, pois a teoria jurídica se esforçava somente para produzir a voz masculina. E, à medida que as mulheres se tornavam juristas e operadoras do direito, com mais ênfase teórica, adicionado junto ao ativismo feminista fizeram uma modificação tanto nas leis quanto na teoria do direito.

Houve mudanças significativas na legislação brasileira, onde discussões teóricas foram trazidas para dentro do ativismo feministas. No Brasil o termo sexista na legislação criminal foi abolido no ano de 2005, e em 2006 foi promulgada a Lei Maria da Penha, para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. No ano de 2009 a Lei nº 12.015/2009 enquadrou o crime de estupro no rol de crimes hediondos, pela gravidade da violação da liberdade de outrem, onde o agressor deve ser punido por violar a liberdade sexual e a dignidade sexual da vítima.

Mas, as modificações realizadas na legislação evidenciam que, a “cultura do estupro” uma discriminação histórica em relação às mulheres, vem sendo eliminada. Contudo, os avanços legislativos dos últimos anos se dão por causa das condenações que o Brasil sofre perante a corte internacional dos direitos humanos, mas o importante é a pressão que essas condenações exercem, e pelos movimentos sociais do Estado, que com todo seu aparato e poder de coerção, atua para que essas práticas sejam modificadas.

Percebemos que a estrutura social se modifica para adotar a igualdade entre os homens e as mulheres e garantir a liberdade sexual de todas as pessoas. Mas só será possível quando as vozes femininas forem ouvidas e respeitadas. Para efetivar os direitos humanos e a igualdade de gênero será imprescindível que o direito reconheça, valorize e incorpore a visão feminina. Com isso, será um ganho para a Teoria do Direito, além de proporcionar inovações jurídicas que beneficiam a sociedade em um todo, reconhecendo e garantindo os direitos humanos as mulheres.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A cultura do estupro é compreendida como um conjunto de crenças que defendem a violência contra a mulher, alegando que o comportamento da vítima é o responsável para tal violência sofrida, que se faz presente na sociedade. Tal cultura é derivada do sistema patriarcal e machista que posiciona as mulheres, crianças e adolescentes como um objeto sexual de interesses aos agressores, instituindo a culpa de tais agressões às vítimas.

O patriarcado mostra o predomínio de valores masculinos que se fundamentam em relações de poder. Tal poder é exercido por meio de complexos mecanismos de controle social oprimem e marginalizam as mulheres. A dominação do homem pela mulher é garantida através de violência física e mental uma situação onde as mulheres se encontram em uma posição mais fraca.

As conquistas dos direitos relacionados à sua condição de gênero, a mulher foi à principal responsável, juntamente com os movimentos sociais gerados por elas. Esses movimentos de cunho feministas contribuíram para a tomada de consciência sobre a problemática da violência, que tem o intuito de eliminá-la completamente.

Percebemos nos dias atuais que são usados valores morais com o intuito de desonrar a mulher, isto é, criticam-nas por usarem roupas curtas, serem independentes, por saírem sozinhas e por consumirem bebidas alcoólicas. Esses são os meios de justificarem a violência sexual, ao modo que a vítima procurasse ser violentada. Existe ainda uma privação de liberdade com relação ao sexo feminino, da sua identidade e independência.

A vista disto, a violência sexual é algo freqüente devido às igualdades de gênero existente na sociedade. A teoria feminista do direito enxerga que não existe igualdade entre os sexos, mas uma dinâmica de dominação/subordinação normativa empírica. Os mecanismos dados pelo Estado para punir o agressor traz um pensamento retrógrado que culpam a vítima para justificar o estupro, e geralmente não há punição adequada ao crime praticado.

Portanto verifica-se uma necessidade de modelar os processos educativos, de gênero e sexualidade. A mulher luta para ser respeitada, ela não deve ser tratada como um objeto de desejo é um ser humano, com dignidade a cima de tudo, com direitos iguais, com direito de escolher seus parceiros, o que vestir e o que beber, distanciando assim, qualquer forma de violência.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 23. Ed. Petrópolis: tradução de: Raquel Ramallete. Vozes, 1987.

GROSSI, PK. **Violência Contra a Mulher**: implicações para os profissionais de saúde. In: **Gênero e Saúde**. Porto Alegre: artes médicas, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Estupro: enfoque vitimológico**. Disponível em: <[HTTP://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23376](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23376)>. Acesso em 02 de Fev. 2022.

MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em Confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: **Serie Antropologia. Brasília**: 2000, n. 284. Disponível em: [HTTP://dan.unb.br/dan-producaocientifica/serieantropologia](http://dan.unb.br/dan-producaocientifica/serieantropologia)>. Acesso em 04 de fev. 2022.

DELPHY, Cristine. (2009). **Patriarcado (teorias do)**. In: **HIRATA. Helena**. [el. al.] (orgs). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo. UNESP. 2009. Pp. 173-178.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2021.

WARAT, Luis Alberto. **A questão de gênero no Direito**. In: Dora, Denise Dourado. **Feminino: Masculino: igualdade e diferença na justiça** Porto Alegre: Sulina, 1997, p.59-71.

FERREIRA, MARTINS, Débora Alicie. **O crime de estupro em seu contexto histórico**. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/artigos/78228/o-crime-de-estupro-em-seu-contexto-historico](http://jus.com.br/artigos/78228/o-crime-de-estupro-em-seu-contexto-historico)>. Acesso em 15 de Dez. 2021.

PATEMAN, Carole. Criticas **Feministas a la dicotomía público/privado**. In: CASTELLS, Carmen. (org). **Perspectivas feministas en teoría política**. Barcelona, Paidós, 1996, p. 31-52.

ABORDAGEM POLICIAL E CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE DO RISCO DE HOMICÍDIO FUNCIONAL

FABIOLA SOUZA DE LIMA:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro⁷⁸.

RESUMO: O Poder de Polícia é definido como a prática de atividades voltadas para limitar os direitos individuais no sentido de beneficiar o interesse público. Com isso, observa-se que o poder de polícia está voltado para o direito de manter o equilíbrio, dentro da seara individual privada que possa, de alguma forma, comprometer o direito da coletividade. Com isso, a abordagem policial utiliza-se de busca policial, que é uma ação da Administração do Estado, mas executada pelos agentes da polícia militar, tendo como principal finalidade manter a ordem e a segurança pública. Considera-se que a abordagem policial é uma forma da polícia manter aproximação com a sociedade, utilizando-se de procedimentos permissíveis por lei, com a aplicação de técnicas utilizadas para proteger a sociedade e manter o equilíbrio, sem excessos. Essas técnicas possuem uma discriminação referente sobre quando aplicar, com o intuito de prevenir a criminalidade ou de interferir. Este artigo tem como principal objetivo analisar o risco de homicídio funcional na abordagem policial. Trata-se de uma revisão de literatura, utilizando-se pesquisas realizadas em artigos, livros e na plataforma JurisBrasil e Scielo, com publicações entre os anos de 2014 a 2020. Como resultados, o código penal traz consigo normas que tentam proteger a atuação da abordagem policial, caracterizando os tipos de lesão que podem ser sofridos e sua respectiva punição para homicídio funcional ou crime de resistência contra policiais, ficando a critério do entendimento do tribunal para que estas possam ser cumpridas.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo científico. Normatização. Elementos. Formatação.

ABSTRACT: The Police Power is defined as the practice of activities aimed at limiting individual rights in order to benefit the public interest. Thus, it can be observed that the police power is focused on the right to maintain the balance, within the individual private sphere that may, in some way, compromise the right of the community. With this, the police approach uses police search, which is an action of the State Administration, but executed by the military police agents, having as its main purpose to maintain order and public

78 E-mail: fabiiolaS2liima@gmail.com

safety. It is considered that the police boarding is a way for the police to keep closer to society, using procedures allowed by law, with the application of techniques used to protect society and keep the balance, without excesses. These techniques have a discrimination concerning when to apply, with the intention of preventing criminality or interfering. This article has as its main objective to analyze the risk of functional homicide in the police approach. This is a literature review, using research conducted in articles, books and the platform JurisBrasil and Scielo, with publications between the years 2014 and 2020. As results, the criminal code brings with it norms that try to protect the performance of the police approach, characterizing the types of injury that can be suffered and their respective punishment for functional homicide or crime of resistance against police officers, being at the discretion of the understanding of the court so that they can be fulfilled.

KEYWORDS: Scientific article. Standardization. Elements. Formatting.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem policial é um procedimento passível de estudo, pois a atuação entre policiais e a população envolve várias variáveis. Primeiramente, independe da vontade do indivíduo em ser abordado, diferentemente do cidadão que vai até a delegacia para registrar um boletim de ocorrência ou solicitar que a polícia intervenha em alguma situação. Isso porque acontece de forma externa a um contexto de ocorrência criminal, sem fundamentações concretas visando verificar se um determinado suspeito encontra-se com algum objeto que possa colocar a população em riscos.

Dentro da abordagem, inclui-se a busca pessoal, que traz consigo características voltadas para encontrar armas de porte ilegal ou outros objetos que possam colocar em risco a vida de outros indivíduos. A tentativa de fuga, no momento que o indivíduo percebe que pode ter seus objetos apreendidos ou que pode ser preso por porte ilegal de arma pode trazer consigo reações que colocam em risco a vida dos agentes policiais.

A problemática que envolve a busca pessoal está na tentativa do indivíduo em tentar paralisar a operação, para isso, algumas decisões são tomadas como atirar na direção da equipe ou do agente que está realizando a abordagem. Essa reação pode resultar em danos à saúde do agente, causando lesões superficiais ou até graves com risco de morte do policial militar.

Com base nisso, a pesquisa torna-se importante para o conhecimento voltado para o homicídio funcional e para a compreensão de como a código penal pode trazer respaldo tanto para as abordagens policiais, permitindo com que haja uma melhor preparação para

a realização desses procedimentos. Vale ressaltar que há uma relevância do conhecimento voltado para a percepção dos tribunais sobre os casos de violência contra policiais no momento da abordagem, para que possa existir um conhecimento mais aprofundado sobre os riscos que envolvem a busca pessoal e a visão jurídica dentro dos tribunais sobre os crimes de resistência.

Desse modo, a abordagem policial, quando realizada dentro da lei e motivada sob suspeita, traz para a sociedade a prevenção contra situações que podem trazer riscos para a população. Além disso, auxilia no controle e na prevenção de crimes. Um indivíduo suspeito pode estar trazendo consigo objetos que podem colocar em risco a segurança da coletividade.

Entende-se que, se o agente policial não tiver preparo ou conhecimento destes riscos, pode obter reações de indivíduos no momento da busca, principalmente se estes já tiveram algum delito no seu histórico, pois aumenta a probabilidade de uma tentativa de fuga ou, em outros casos, a execução de crime de resistência contra o policial, como em casos de disparos de arma contra o policial no momento da operação que podem resultar em sua morte.

Com base nisso, este artigo tem como principal objetivo analisar o risco de homicídio funcional na abordagem policial. Como objetivos específicos, busca-se verificar como o policial militar pode se proteger para realizar uma abordagem segura, livre de riscos; pontuar os casos em que a Lei n. 13142/2015 não foi aplicada na sua amplitude e a interpretação dos fatos de homicídio que tiveram dubiedade por parte do juiz; evidenciar, dentro da Lei n. 13.142/2015 a sua relação com o art. 329 do Código Penal e as formas de prevenção aos riscos de morte advindos da abordagem de policiais militares.

2 PODER DE POLÍCIA

2.1 Conceito

O indivíduo quando passa a viver em sociedade, fica submetido às normas e regras estabelecidas para que todos possam condicionar um bem-estar coletivo. Com isso, a Administração Pública acaba surgindo como uma parte que representa a organização do Estado, que atua não somente reconhecendo o direito dos indivíduos, mas também os defendendo, mesmo que para isso precise valer de seus poderes. Um dos poderes da Administração Pública é o de Polícia, que justamente é a representação da limitação dos direitos individuais para elevar o direito da coletividade. Com base nisso, a sociedade deseja conviver em harmonia e que possa usufruir de bem-estar atrelado com uma

qualidade de vida, por isso o direito dos cidadãos está compatível com esse bem-estar social, visto que o objetivo da Administração Pública está voltado em fazer valer todo o interesse público. Por isso, volta-se para o art. 37 da Constituição Federal discrimina que para salvaguardar os indivíduos, a Administração Pública precisa levar em consideração os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que a aplicação destes corrobora para que exista uma sociedade mais justa, pois o interesse de todos será levado em consideração (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 122).

Com base nisso, Meirelles (2015, p.56) define a Administração Pública como um aparelhamento de todos os serviços que são realizados para oferecer satisfação para toda a sociedade, tendo como principal prioridade a coletividade. Por isso, para que de fato a Administração Pública consiga ouvir as necessidades de todos e conseguir satisfazê-las precisa aplicar poderes que possam fazer sobressair o interesse público. Com isso consegue aplicar valores que possam manter a sociedade em ordem, como seu poder de polícia, visto que esse poder está voltado para restringir ou limitar uso de bens e direitos individuais, de maneira que não se sobressaiam mais que outrem.

Afirma-se que dentro do ordenamento jurídico brasileiro o conceito voltado sobre o poder de polícia encontra-se dentro do art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), onde no qual discrimina que esse poder que tem como principal foco regular a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público voltado a segurança, higiene, ordem, costumes. Assim, considera-se como regular o exercício desse poder quando é desempenhado por um órgão competente dentro do que a lei normatiza, sem ter abuso e desvio de poder (FILHO, 2017, p. 67).

De acordo com Mello (2017, p.59), sem sua interpretação sobre o poder de polícia afirma que possuem duas interpretações sobre esse instituto: sentido amplo e o sentido estrito. Sendo que a primeira, está voltada para a ação de condicionar a liberdade e a propriedade voltada para os interesses da coletividade; Enquanto que para a segunda, deve ser compreendida como as medidas que podem ser tomadas pelo Estado no exercício de seus poderes, bem como as intervenções e os regulamentos.

Dessa forma, Di Pietro (2022, p.88) afirma que o Poder de Polícia é definido como a prática de atividades voltadas para limitar os direitos individuais no sentido de beneficiar o interesse público. Com isso, observa-se que o poder de polícia está voltado para o direito de manter o equilíbrio, dentro da seara individual privada que possa, de alguma forma, comprometer o direito da coletividade. No entanto a sua atuação precisa respeitar as

normas legais e suas ações devem ser embasadas dentro da lei, observando-se o direito de liberdade que estão dentro da própria Constituição Federal de 1988.

Além disso, o poder de polícia precisa levar em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado, considerando também os princípios que regem a administração pública, como a liberdade, moralidade, impessoalidade e eficiência, que por sua vez estão dispostos dentro do art. 7 da Constituição Federal de 1988. Sabe-se no entanto, que precisa existir a motivação dos atos administrativos dentro de suas funções, visto que, com essa prerrogativa podemos caracterizar o poder de polícia como um conjunto de atos e procedimentos que podem ser realizados pela administração que podem resultar na limitação de direitos de particulares para que sobressaia o da coletividade. Ao contrário do que acontece com os serviços oferecidos para a comunidade, considerados como serviços públicos, o poder de polícia é uma atividade que é realizada por meio de prescrições e não por prestações (MEDAUAR, 2015, p.78).

Destaca-se como caráter negativo do poder de polícia, a atuação indireta de caráter público, pois na abordagem policial, essa atividade está voltada para a abstenção de particulares, ocorrendo a imposição de um *non facere* que acontece através da atuação de polícias militares representando a Administração Pública (MELLO, 2015, p.821).

Com base nisso, destaca-se para a atuação dos atos da polícia a própria necessidade da população ou social, tendo a sua fundamentação em um vínculo geral, além de existir a sua incidência para a atuação favorável ou contra a propriedade ou liberdade de particulares (GASPARINI, 2015, p.124-125).

2.1.1 Autoexecutoriedade

A autoexecutoriedade ocorre pelo fato da Administração Pública não precisar recorrer suas ações ao Poder Judiciário. Visto que essas são embasadas pela supremacia do interesse público em relação ao privado, já que a polícia precisa de decisões imediatas para manter a ordem pública. Por isso, pode-se afirmar que a polícia na tentativa de realizar sanções administrativas exercendo o seu poder de polícia, contém as atividades consideradas antissociais que ela tem como principal finalidade de obstar. O que o princípio da autoexecutoriedade autoriza é a execução do poder de polícia administrativa, praticando atos de abordagem solicitados pela própria Administração Pública, independente de existir um mandado judicial (MEIRELLES, 2015, p. 159).

Dentro desse princípio existe a presença de mais dois: exigibilidade e executoriedade. Através da exigibilidade a Administração Pública pode executar suas ações

através de suas tomadas de decisão sem precisar entrar na seara judiciária. Por outro lado, a executoriedade está relacionada na faculdade que a Administração Pública obtém de aplicar a força pública nessas ações com o intuito de obrigar o administrado a cumprir as decisões que a ele foram solicitadas (DI PETRO, 2022, p.127).

Apesar disso, admite-se o controle judicial nas decisões tomadas pela Administração Pública através de seus atos administrativos voltados para a execução do poder de polícia que estará sendo aplicado, amparando esses atos pela proteção constitucional dos direitos fundamentais. No entanto, veda-se ao poder judiciário a sua atuação no poder de polícia como se fosse um substituto do Administrador, visto que nesse caso há uma divisão dos poderes (FILHO, 2017, p.88).

2.1.2 Discricionariedade

Esta é sem dúvida a característica que mais traz polêmica para a atuação do poder de polícia. Isso ocorre pelo fato da Administração Pública ter que observar os princípios que estão relacionados com os critérios do poder de polícia, voltados para o direito administrativo, observando-se também os princípios gerais que estão incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, precipuamente com o advento da Constituição Federal de 1988. Com isso, pode-se entender que a discricionariedade está relacionada ao poder dado à Administração Pública, dentro dos quadrantes da lei, diante de um fato ou ato concreto, qual a melhor solução que pode ser tomada, dentre diversas outras alternativas que podem ser aplicadas ou cogitadas (SCHRATO, 2016, p.29).

Ocorre na atualidade um conflito decorrente da evolução do caráter discricionário que podem, em algum momento, contrastar com a legalidade, com vistas na redução e no controle da ação da polícia, evitando excessos que possam de alguma forma manifestar a violência na administração pública. Assim, a discricionariedade deve estar dentro da legalidade, de acordo com os princípios de proporcionalidade e da eficácia, sendo fundamental para tomada de decisões voltadas para a redução dos danos dos indivíduos envolvidos (DI PIETRO, 2015, p.20).

2.2.3 Coercibilidade

Alguns autores definem a coercibilidade como sinônimo de autoexecutoriedade. No entanto, essa característica apresenta alguns traços que a tornam peculiar se feita essa comparação. Por isso, outros doutrinadores afirmam que a coercibilidade é indissociável da autoexecutoriedade. Sendo assim, o ato de polícia somente pode ser autoexecutório porque é dotado de força coercitiva (DI PIETRO, 2015, p.124).

Com isso, pode-se afirmar que a coercibilidade está relacionada com a forma de impor aos particulares que as leis possam ser cumpridas para que sejam respeitados o direito da coletividade pela Administração Pública. Sendo assim, pelo ordenamento jurídico é facultado o uso da força para que possa dirimir eventuais conflitos que ocorram nas cidades. Por isso, pode-se também afirmar que não há ato da polícia que seja facultativo para o particular, pois é admitida a coerção estatal com qualquer parte, independente de autorização judicial. Em contrapartida, a Administração Pública tem a livre escolha de utilizar a força, desde que sejam respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (MEIRELLES, 2016, p. 161).

Com isso, as sanções administrativas são a manifestação do poder coercitivo em face dos particulares, de maneira que possam garantir com que exista eficácia na interferência do Poder de Polícia, providenciando a existência da punibilidade adequada prevista por lei, sendo possível inclusive que seja acumulada duas ou mais sanções para uma mesma conduta. Com base nisso, cabe citar o art.1º, da Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999 que prevê que prescreve no prazo de cinco anos, a ação punitiva da Administração Pública Federal, sendo ela direta ou indireta, dentro do exercício do poder de polícia, com o intuito de apurar a infração à legislação vigente, contando-se da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado (NETO, 2016, p.564).

De acordo com De Palma (2019, p.15) a discricionariedade inerente ao poder de polícia não é absoluta, motivo pelo qual o poder de sancionar deve ter limitações que estejam regidas e embasadas por lei, à luz da Constituição Federal de 1988. Com base nisso, faz-se necessário que seja realizada uma análise das atividades sancionatórias de uma maneira autônoma, voltada para o atual cenário do direito administrativo.

2.2 Extensão e Limites

O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias advindas da Administração Pública, que tem como principal objetivo a proteção da ordem social, paz e bem-estar. A atuação do poder de polícia estará pautada sobre a conveniência do coletivo, visto se há real necessidade da eficácia da ação do poder a ser exercido, com a observação dos princípios, além de manter a ordem pública (DI PETRO, 2015,p.124).

Em vista disso, se faz oportuno mencionar o conceito da discricionariedade. Mello (2016, p.973), afirma que a discricionariedade é a liberdade voltada para decidir sobre os comportamentos em evidência, referente ao caso concreto, vai decidir qual o melhor caminho ou decisão a ser tomada de acordo com o direito da maioria. Uma certa

responsabilidade fica nas mãos da Administração Pública para encontrar a solução adequada utilizando-se da lei para atuar. Através do seu juízo valorativo, a Administração Pública decide sobre a execução do seu poder repressivo, com base no interesse da coletividade como prioridade.

Deve-se atentar para que não se confunda com arbitrariedade, que ocorre quando o policial, como agente público, ultrapassa seus limites que são estabelecidos por lei. Logo, tudo que é arbitrário é ilegal, porque a ação está pautada fora das normas e leis vigentes. Nesse caso, é passível inclusive de controle judicial interno, podendo ser realizado esse controle tanto pela Administração quanto pelo poder judiciário (CARVALHO, 2016, p. 88).

3 ABORDAGEM POLICIAL

O Estado nada mais é do que um pacto entre a Administração Pública e a Sociedade. A abordagem policial que é desenvolvida para oferecer mais segurança para a sociedade, utilizando-se de policiais militares acontece como uma forma de utilidade pelo Estado para conduzir à sociedade paz e ordem. Para isso, o poder de polícia se direciona a restringir o direito individual de alguns para que possa prevalecer o direito de todos. O foco principal é manter a segurança das pessoas, que é feito pela polícia (CRUZ; PYLRO, 2017, p.134).

Assim, a abordagem policial utiliza-se de busca policial, que é uma ação da Administração do Estado, mas executada pelos agentes da polícia militar, tendo como principal finalidade manter a ordem e a segurança pública. Considera-se que a abordagem policial é uma forma da polícia manter aproximação com a sociedade, utilizando-se de procedimentos permissíveis por lei, com a aplicação de técnicas utilizadas para proteger a sociedade e manter o equilíbrio, sem excessos. Essas técnicas possuem uma discriminação referente sobre quando aplicar, com o intuito de prevenir a criminalidade ou de interferir (PINC, 2017, p.188).

Dessa maneira, a abordagem policial é um encontro da polícia com os autores supracitados por alguma situação decorrente, podendo ser motivada de denúncias ou até mesmo ser usada para prevenir alguma situação que possa levar outrem ao perigo ou risco. Dessa maneira, qualquer indivíduo pode ser surpreendido por uma abordagem policial em qualquer lugar (RAMOS; MUSUMECI, 2015, p.111).

Pode-se afirmar que a abordagem policial é um recurso importante de contenção da criminalidade e deve ser visto como uma ação natural e relacionada à rotina da polícia, visto que esta necessidade desse instrumento para manter a segurança e proteger a vida

de todos os envolvidos, bem como o seu próprio bem-estar e segurança (SILVA, 2016, p. 89).

No entanto, dentro das abordagens policiais existe a busca pessoal, que é uma ação que é embasada pelo Código do Processo Penal, dentro do seu art. 244, que diz que a busca pessoal não precisará de mandado quando for fundada por uma suspeita de qualquer pessoa que possa estar em uma posse de arma de forma ilegal, ou de outros objetos que possam constituir um corpo de delito, bem quando a medida for determinada durante o curso de busca domiciliar (CPP, 1941).

De acordo com esse artigo, a busca pessoal é legal e lícita e tem o intuito de fazer vistoria em qualquer cidadão que possa estar apresentando um comportamento suspeito, de maneira que possa colocar em risco a vida ou a paz de outros cidadãos. A busca pessoal possui resultados efetivos quando é encontrado o pertence pessoal que comprove que o suspeito estaria motivado em cometer um crime. Por isso, a abordagem policial é uma ferramenta fundamental para evitar ou prevenir pessoas de cometerem delito. Isso porque quando um policial aborda uma pessoa, principalmente quando faz busca pessoal, ele pode encontrar uma arma ou outros objetos que, a sua subtração pela atividade policial, expõe a menos riscos os indivíduos pelo qual poderiam sofrer alguma agressão ou serem vítimas de assalto, bem como outras atuações criminais que os indivíduos estariam direcionados a fazer (BACHIEGA, 2016, p. 223).

3.1 Conduta Policial Ética e Legal

Voltando-se para a conduta do policial, no momento da abordagem policial, o mesmo precisa realizar todos os procedimentos de forma adequada, dentro da lei e sem colocar em risco a vida dos que estão envolvidos na operação. Por isso, o agente precisa levar em consideração os padrões de busca, no qual descreve-se como técnica: sacar a sua arma mantendo na posição sul, apontar a arma para o solo, ordenando que o abordado fique de costas e ponha suas mãos na nuca, determinando que o indivíduo afaste as pernas para facilitar a busca (PINC, 2017, p. 191).

Para que a abordagem possa ser segura, faz-se necessário que a quantidade de policiais que estejam na operação de busca pessoal possa ser superior ao número de abordados, para que a lei possa se superior, visando a proteção tanto do Estado quanto de todos os cidadãos que possam estar nas proximidades. Assim, quando se aborda somente um indivíduo, faz-se necessário que sejam dois policiais para esta abordagem, de maneira que um realiza a busca e o outro permanece de apoio, verificando a segurança da operação (PINC, 2017, p.198).

No entanto, se o abordado já é um indivíduo infrator, portador de um histórico de delitos, a abordagem precisa ser bem cautelosa, requerendo uma segurança ainda maior, tanto para a população que está ao redor quanto para os policiais que estão abordando, visto que nesses casos há uma maior chance do indivíduo agir na defensiva e querer contrariar a ordem dos agentes (PINC, 2017, p.199).

Por isso que o POP (2015) traz consigo os seguintes requisitos:

1. Os policiais militares, antes de se aproximarem da(s) pessoa(s) infratoras da lei, devem certificar-se das condições de segurança do ambiente.
2. O comandante da equipe deverá observar o risco extremo antes de iniciar a verbalização, reduzindo ao máximo o potencial de reação e ofensivo do abordado.
3. A aproximação não deve exceder uma distância aproximada de (cinco metros).
4. Os policiais- militares devem manter as armas empunhadas, com o dedo fora do gatilho, "técnica – pronto baixo"; sendo que um dos policiais desempenhará a função de cobertura, enquanto o outro executará a aproximação, uso de algemas e busca pessoal.
5. Diante de um infrator da lei empunhando uma arma, o policial deve ordenar: "Polícia, solte a arma!" (sempre visualizando as mãos dos abordados).
6. O policial encarregado da busca, só iniciará a aproximação após o cumprimento das determinações do comandante da equipe aos infratores da lei, sendo que estes deverão se encontrar na posição adequada para aproximação.
7. Antes de iniciar a aproximação à(s) pessoa(s) infratora(s) da lei, o policial que fará a busca pessoal coloca sua arma no coldre devendo abotoá-lo.
8. Os infratores da lei primeiramente deverão ser algemados, em seguida será procedida busca pessoal, devendo obrigatoriamente procurar arma de fogo, em primeira instância, tais como: entorpecentes; documentos não pertencentes ao revistado e o que achar suspeito (POP, 2015, p.30).

Por outro lado, se o indivíduo se encontra dentro de um veículo, a polícia pode realizar a busca pessoal realizando primeiramente uma vistoria no veículo, pedindo para que o condutor apresente os documentos tanto do veículo quanto de habilitação. No entanto, a abordagem policial acontece da mesma forma com um pedestre.

3.2 Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal traz consigo os aspectos legais que envolvem a busca pessoal e apreensão que, traz essas recomendações como uma forma de manter a segurança de todos os envolvidos. Com base nisso, art. 240 do Código do Processo Penal, Decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. No primeiro parágrafo desse artigo são inumerados os objetos que fazem com que sejam realizadas a busca domiciliar ou pessoal:

Art. 240 - A busca será domiciliar ou pessoal

§1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem para:

- 1** Prender criminosos;
- 2** Apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- 3** Apreender instrumentos de falsificação ou de contratação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- 4** Apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- 5** Descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- 6** Apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- 7** Apreender pessoas vítimas de crimes;
- 8** Colher qualquer elemento de convicção (BRASIL, 2015, p.622).

Com isso, a busca pessoal está focada a um objetivo que é citado dentro do art. 2º do Código Processo Penal, mais precisamente dentro do §2º, que é justamente ocorrer motivado de uma suspeita de que o indivíduo esteja com uma arma proibida ou objetos que estão mencionados na lista do parágrafo anterior (BRASIL, 2015, p.622).

Além dessas hipóteses que são embasadas na lei, dispensa-se o mandado autorizado para realizar a busca pessoal, também fica dispensada quando a medida for realizada sob o consentimento do indivíduo quando esta for realizada pela justiça (NASSARO, 2017, p. 66).

Dessa mesma forma, art. 249 do Código de Processo Penal (CPP) e o art. 183 do CPPM traz consigo também a discriminação de buscas pessoais realizadas com mulheres, onde estabelece-se que este procedimento precisa ser realizado por outra mulher, contudo precisa ser levada em consideração a possibilidade de que isso não prejudique ou retarde a diligência. Essa norma é voltada para prevenir o constrangimento no momento da abordagem (NASSARO, 2017, p. 101).

Com isso, pode-se afirmar que todo e qualquer indivíduo pode ser alvo de abordagem policial ou de uma busca pessoal, visto que precisa existir uma motivação para que possa ser concretizada. Observando-se também a verdadeira necessidade de realizar a abordagem. Vale ressaltar que a busca pode ser realizada desde o período anterior ao ato ilícito, como uma forma de prevenir crimes, bem como até a fase de cumprimento de pena (ZAPPELINI; GOMES, 2014).

4 ART. 329 DO CÓDIGO PENAL

Dentro do art. 329 do Código Penal está discriminado quais as características da resistência dentro de uma abordagem policial, configurando como uma forma de afronta ou ainda de oposição contra as ações da polícia, com comportamentos violentos que atentam tanto contra a vida de pessoas da sociedade quanto contra a vida do agente policial, como no caso de disparo de arma de fogo durante abordagem e tenta realizar fuga. Portanto, se o indivíduo, mesmo consciente dos possíveis resultados de sua conduta, saca a arma e realizar disparos contra os agentes, mas em uma hipotética situação, os mesmos conseguem se esquivar dos tiros e não são atingidos. Então, mediante os atos realizados por esse indivíduo, caracteriza-se como resistência. (JESUS, 2016, p.259). Quanto a isso, o art. 329 do Código Penal, como pode-se observar abaixo:

Resistência

Art.329 – Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe deseja prestando auxílio:

Pena – detenção, de dois meses a dois anos.

§1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena – reclusão, de um a três anos.

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

Com isso, o crime de resistência está discriminado dentro do art. 329 do CP como a oposição à execução do ato legal, mediante ameaça ao agente policial ou até mesmo com violência expressa contra o agente com o intuito de evitar com que ocorra a abordagem ou busca pessoal. Mediante a violência praticada, passa a se tratar como um tipo penal básico ou fundamental, considerada como a forma mais simples da descrição da conduta (GRECO, 2016, p.174).

4.1 Lei nº 13.142/2015

O crime de homicídio traz consigo várias hipóteses de cometimento qualificado, sendo um deles o homicídio funcional, que é o que acontece com o agente em contato com algum indivíduo sob porte de arma onde no qual dispara contra o policial tirando sua vida. Assim, esse crime é uma derivação qualificada do crime de homicídio simples, diversificando do homicídio simples em algumas classificações. Essa respectiva lei já está disposta dentro do art. 121, §2º, inciso VII do Código Penal, no qual pode-se descrever seu conteúdo, veja-se:

Art. 121. Matar alguém:

§2º Se o homicídio é cometido contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Pena – reclusão, de doze e trinta anos.

O artigo acima discrimina todas as características do homicídio funcional, diferenciando-o do homicídio simples. Nesse sentido, o artigo traz a referência de que o crime que é considerado funcional, independente de qual seja o sujeito passivo. Com base nisso, é considerado homicídio funcional qualquer crime cometido contra u agente policial ou autoridade, envolvendo tanto as autoridades estatais ou outros agentes descritos dentro da Constituição Federal, incluindo os que servem ao sistema prisional (ANDREUCCI, 2018, p. 122).

Com a tentativa de proteger os policiais no ato da abordagem passou a existir o Procedimento Operacional Padrão (POP) que é elaborado pelo Estado para criar

mecanismos que possam validar a abordagem e torna-la eficiente, protegendo o agente policial das tentativas de resistência do indivíduo. A criação do POP traz a padronização de ocorrências que podem ocorrer nas ações contra a criminalidade. O principal intuito da criação do POP está voltado para a prevenção de crimes contra agentes de polícia, se tornando um grande instrumento para que as abordagens sejam realizadas com qualidade e segurança para ambas as partes, seja o agente ou o abordado. Nesse POP também está as formas de limitar o direito de individuais para manter o direito da coletividade, pois as ações que são discriminadas no POP estão voltadas para salvaguardar a abordagem e manter a vida do agente policial, protegendo também as atitudes para que estejam embasadas por lei e dentro dos seus rigores (PELEGRINI; SANCHES, 2018, p.146).

4.2 Crimes cometidos contra policiais

Os casos apresentados dentro dos tribunais apresentam resultados divididos, conforme entendimento dos juízes sobre a apuração dos atos cometidos entre ambas as partes. Como no processo voltado contra a abordagem policial no qual, o indivíduo apresentou resistência na busca pessoal, pode-se observar na decisão da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal voltado para à Apelação Criminal contra a legalidade da ação do policial no momento da busca:

EMENTA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PROVA LÍCITA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. BUSCA PESSOAL LEGÍTIMA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. CONDUTA MATERIALMENTE TÍPICA. PRELIMINAR REJEITADA. DESPROVIMENTO. I – Ao receber a comunicação de um crime, ainda que de fonte anônima, a autoridade policial não tem somente a faculdade, mas sim o dever de apurar a sua procedência, inexistindo qualquer legalidade ou abuso de poder, principalmente quando a notícia crime se mostra procedente e idônea. II – Incabível o acolhimento do pedido de absolvição quando o depoimento de policiais, que possui valor probatório forte e suficiente, aliado às demais provas coligidas aos autos, evidencia a autoria do crime. III – No crime de porte de arma, por se tratar de crime de perigo abstrato, o legislador, observando o princípio da proibição da proteção deficiente, bem como as consequências lógicas da conduta de portar arma, resolveu evitar antecipadamente resultados altamente lesivos – como a morte ou lesão – que somente podem ser eficientemente protegidos pelo direito penal, razão pela qual inexistente ofensa aos

princípios constitucionais da proporcionalidade, da lesividade ou da presunção de inocência. Precedentes do STF. IV – Recurso desprovido. (TJ – DF – APR: 20130510016223 DF 0001600-21.2013.8.07.0005, Relator: NILSONI DE FREITAS. Data de Julgamento: 21/11/2013, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: 21/11/2013, Pág.: 264).

A decisão acima aprova a ação do policial na busca pessoal, principalmente fundada em suspeita de porte ilegal de arma por parte do sujeito abordado. No entanto, há casos nos tribunais em que ocorre a resistência na abordagem, como no caso abaixo em que a decisão do Relator Fábio Eduardo Marques foi de que os policiais não tinham motivo suficiente para realizar a abordagem, mesmo o indivíduo apresentando-se alterado aparentemente “drogado”. O juiz alegou não estar trazendo riscos à sociedade mesmo os policiais sendo agredidos a socos e derrubados ao chão pelo indivíduo, afirmando que o indivíduo assim se comportou porque estaria sob influência de uma substância e logo não tinha consciência de seus atos:

EMENTA. PENAL. CRIME DE RESISTÊNCIA. ABORDAGEM POLICIAL E BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA DOS POLICIAIS NÃO DEMONSTRADA. DÚVIDA SOBRE A LEGALIDADE DO ATO. INSUFICIÊNCIA DA PROVA. RECURSO DA DEFESA PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARA ABSOLVIÇÃO. 1. O recorrente foi denunciado e condenado como incurso nas penas do artigo 329 do Código Penal, porque, na tarde de 12.10.2013, em via pública de Sobradinho II - DF, opôs-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo, pois, após abordagem policial motivada pela condução de uma motocicleta pelo recorrente em zigue-zague na pista, aparentemente drogado, o recorrente xingou os policiais e partiu em direção a eles tentando acertá-los com socos, além de derrubar no chão um policial quando da revista. Apela alegando não haver prova da condução pondo em perigo a segurança alheia ou sob influência de substância psicoativa, assim como da falta de permissão para dirigir ou habilitação que tenha gerado perigo de dano. Conclui que, portanto, não há suficiente prova do crime. Já o Ministério Público, inclusive perante a Turma Recursal, oficia pelo desprovimento ao recurso ante os depoimentos colhidos.

2. Caracteriza-se o crime de resistência pela oposição à execução de ato legal de funcionário público, mediante violência ou ameaça, conforme previsão da lei. Na hipótese de busca pessoal, o que independe de mandado, o procedimento condiciona-se a fundada suspeita de que o sujeito oculte consigo arma proibida ou objetos ou papéis que constituam corpo de delito (art. 242, § 2º, do CPP). Isso porque simples suspeita não passa de suposição, algo intuitivo e frágil por natureza. Assim, até pelo aspecto invasivo e vexatório do procedimento, necessário que exista indício concreto de ocorrência apropriada para busca pessoal, evitando-se submeter pessoas aleatoriamente a revista.

3. Insuficiente nos autos prova de que havia fundada suspeita de alguma das situações que justificavam a busca pessoal, há dúvida acerca da legalidade da própria ordem emanada pelo funcionário público, impondo-se absolvição com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, em consonância com o princípio "in dubio pro reo". Nesse sentido, o aresto no TJDFT: APR 2010.04.1.008948-3, Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal.

4. No caso, nenhum outro fato delituoso foi investigado pela autoridade policial pela singela razão de que a ocorrência na delegacia registra simplesmente a abordagem feita a duas pessoas, enquanto os policiais realizavam diligência, ocasião em que tais pessoas teriam xingado os policiais e ato contínuo, tentaram a agressão física. Por isso, o recorrente foi apontado inicialmente como incurso nas penas do artigo 331 e 329 do Código Penal. Depois, rejeitada em parte a denúncia por conta de o desacato estar absorvido pela resistência (decisão de f. 83), a denúncia foi ratificada (cota de f. 94) sem qualquer aditamento.

5. De outro lado, nenhuma prova veio aos autos da assertiva na denúncia quanto à condução de motocicleta pelo recorrente em zigue-zague na pista, especialmente para concluir que ele colocava em perigo a segurança alheia ou que gerava perigo de dano concreto. Quanto à condução do veículo pelo recorrente aparentemente drogado, segundo a denúncia, consta apenas as

declarações dos policiais que fizeram a abordagem, sem qualquer exame no local dos fatos ou mesmo o encaminhamento na delegacia para aferição do uso de substância psicoativa, que justificaria a abordagem policial em face de um delito de trânsito. Nesse ponto, um policial falou em juízo que o recorrente "estava de moto" e "embriagado"; o outro, disse que o recorrente conduzia motocicleta e "estava muito louco". Nenhum deles sequer esclareceu o motivo que os levaram a abordagem feita ao recorrente, que redundou na busca pessoal. Salta aos olhos, aliás, que eventual embriaguez por si só não justificava revista.

6. Nesse contexto, a r. sentença deve ser reformada para declarar a absolvição do recorrente com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

7. Recurso conhecido e provido, com súmula de julgamento servindo de acórdão (art. 103, §§ 1º e 2º, do RITRJE) (TJ – DF – APJ 20130610144793, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES. Data de Julgamento: 17/05/2016, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: 25/05/2016, Pág.: 282).

A decisão apresentada acima demonstra que há dubiedade da ação da abordagem, principalmente quando há resistência por parte do indivíduo contra o agente policial que está em cumprimento da lei, visto que a mesma destaca que qualquer pessoa pode ser abordada, principalmente se apresenta consigo características que podem estar representando perigo contra outros cidadãos. No entanto, decisões como as do juiz acima, trazem à baila um entendimento de que a abordagem do policial e o seu risco de vida através dessa abordagem com reações violentas por parte do abordado é visto como crime de resistência contra o agente. No entanto, essa decisão pode permitir que mais atitudes como esta possa ser cometida por indivíduos violentos que tentam fugam no momento da abordagem, podendo colocar cada vez mais a vida do policial como algo sem valor e que pode ser ceifada, visto que socos e atitudes violentas que causam hematomas ao servidor no exercício de sua atividade pode não ser vista como atitude criminosa.

5 CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa realizada, a Lei 13.142/2015 traz consigo o texto que o próprio art. 121, §2º, inciso VII do Código Penal também ressalta que é o crime contra o agente e sua família. A mesma lei traz como crime hediondo os atos de violência cometidos

que causam lesão contra o agente policial. No entanto, as formas de prevenir podem estar encontradas dentro dos Procedimentos Operacionais Padrão desenvolvido para ocorrer os procedimentos de forma segura. A Lei em si não traz consigo as formas de prevenção dos crimes, estas são realizadas no momento da abordagem pelo policial, advindo do POP aprendido e discriminado dentro da Polícia Militar. No POP é repassado o passo a passo tanto da posição que o policial precisa obter, posições de armas, postura e forma de se proteger contra um possível ataque ou fuga com disparo de uma arma.

Conforme a pesquisa realizada, pode-se constatar um processo em que a abordagem policial foi aplicada dentro dos parâmetros da lei e com a busca pessoal sob suspeita de porte ilegal de arma, no qual a decisão foi favorável à ação do policial e contra a violência cometida pelos infratores. Porém, outro caso apresentado observou-se que a interpretação do juiz foi contrária à ação do policial, alegando que mesmo o indivíduo se apresentando sob efeito de drogas e agredindo fisicamente o policial, a interpretação do tribunal foi de que não houve crime de resistência.

Assim, pode-se observar Lei n. 13.142/2015 possui o mesmo efeito do art. 329 do Código Penal, que já trazia consigo o crime contra agentes da polícia, mostrando quais características podem ser consideradas como violência contra o agente policial, tipificando como crime hediondo a lesão corporal dolosa gravíssima.

Com base nisso, pode-se concluir que a abordagem policial traz riscos de morte para o policial e para salvaguardar a sua própria segurança, precisando seguir procedimentos padrões que estejam voltados para a sua proteção do agente como forma de evitar com que disparos possam acontecer ou outras atitudes de violência que possam chegar ao extremo, como homicídio. Para evitar essas atitudes violentas e expor a vida a riscos, o policial precisa estar preparado e atento para a busca pessoal pois o indivíduo pode tentar fuga e na tentativa de fugir e se livrar de penas, disparos podem ser realizados para evitar com que a abordagem seja concretizada.

4 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANDREUCCI, R.A. **Legislação Penal Especial**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo** – conforme Novo CPC. 3ª Edição. São Paulo: Editora Jus PODIVM. 2016.

CRUZ, M. A.; PYLRO, S.C. A fundada suspeita e a abordagem policial militar. **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito Confluências**, v.19, n.1, 2017.

DE PALMA, J.B. Agentes públicos na linha de frente: a ponta criadora do direito administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**. V.1, n.1, jan/jun, 2019.

DI PETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. 35ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FILHO, J.S.C. **Manual de direito administrativo**. 27. Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

FILHO, J.S.C. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 10. Ed. Revisão Atualizada São Paulo: Saraiva, 2015.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

GRECCO, R. **Curso de Direito Penal**. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus. 2016.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 19ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, C.A.B. **Curso de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

NASSARO, A.L.F. Abordagem policial: busca pessoal e direitos humanos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n.2760, jan, 2021.

NETO, J.C.D. **Poder de polícia. Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIX, n.155, dez, 2016. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18275&revista_caderno=4. >. Acesso em 27 fev 2022.

PELEGRINI, A.J.N.; SANCHES, C.P. Procedimento operacional padrão na PMGO: a importância de sua existência, adoção e adesão. **REBESP**, v.11, n.1, 2018.

PINC, T. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. **Revista Brasileira de Segurança Pública** 2. V.1, n.2, 2017.

SCHRATO, V.R. **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos do Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CULTURA DA PRISÃO

MIRNA GOMES PIRES DA FONSECA:
Bacharelanda do Curso de Bacharelado em
Direito da Unisulma/IESMA.⁷⁹

LETÍCIA DE JESUS PEREIRA⁸⁰

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho aborda uma análise da audiência de custódia como direito fundamental do preso, a partir da cultura do encarceramento. Partindo desse cenário, pretende responder à seguinte problemática: A audiência de custódia foi instituída no sistema prisional brasileiro conforme é estabelecida em lei, levando-se em conta que tem natureza jurídica garantista de direito fundamental do preso? Para isso, objetiva-se abordar o direito fundamental do preso à audiência de custódia, para que se elenque as suas garantias legais; discutir quais os benefícios trazidos com a instituição da audiência de custódia, no intuito de demonstrar as melhorias para o preso e se a não realização da audiência de custódia seria mera irregularidade ou violação a um direito fundamental. Para tanto, utilizou-se estudos bibliográficos e documentais, com abordagem qualitativa, apoiada em uma análise construída a partir de um estado do conhecimento na área. Verificou-se que apesar da audiência de custódia ser um direito fundamental do preso, há divergências quanto a esse instituto, uma vez que alguns argumentam que a não realização não acarretaria nenhum prejuízo ao preso, sendo apenas caracterizada mera irregularidade.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Direito Fundamental. Garantia legal.

ABSTRACT: This paper is an analysis work about custody audience as a fundamental right of the prisoner, based on the culture of incarceration. From that, it aims to answer the question: the custody audience was instituted in the brazilian prison system as established by law, from the comprehension of the legal guarantee nature of the fundamental right of the prisoner? To understand that, it aims to study the fundamental right of the prisoner to custody audience, for the prisoner be aware of the legal guarantees; to discuss what the benefits of the custody audience, what improvements was made for prisoners and if the audience does not happens, results in irregularity or fundamental right violation. Therefore, it is a qualitative study and bibliographic-documentary research based on a previous

⁷⁹ E-mail: mirnagfonseca@hotmail.com

⁸⁰ Advogada. Assessora Jurídica na PGE/MA. Coordenadora Adjunta e Professora do Programa de Graduação em Direito (IESMA/UNISULMA). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (FDDJ). Mestranda do PPGD (UNIMAR). Mestranda do PPGFOPRED (UFMA) E-mail: leticiadejesusadv@gmail.com

knowledge on the area. It was verified that although custody audience is a fundamental right of the prisoner, there are divergences about this institute, once some argue that the non-fulfilment does not result in prejudice for the prisoner, just mere irregularity.

Keywords: Custody audience; Fundamental Right; Legal guarantee.

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é prevista em Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário, como, por exemplo, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em que a caracteriza como uma medida que visa concretizar garantias como a ampla defesa e o contraditório, conforme está expresso no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, modificando o texto do art. 310, do Código de Processo Penal.

Em consonância com o disposto nos tratados internacionais, pode-se caracterizar a audiência de custódia como uma proposta de garantia e que tem a pretensão de mitigar as violências físicas e morais sofridas por aquele a quem se acusa de cometimento de um delito.

De acordo com o CPP, 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. Nesse contexto, surgiu o seguinte problema de pesquisa: a audiência de custódia foi instituída no sistema prisional brasileiro conforme é estabelecida em lei, levando-se em conta que tem natureza jurídica garantista de direito fundamental do preso?

Diante disso, levando-se em conta esse contexto, o presente artigo irá analisar como se dá a aplicação da audiência de custódia no sistema prisional brasileira. Ademais, procura-se ainda verificar quais divergências presentes no tema, bem como quais são os benefícios ao preso.

Dessa forma, objetiva-se: apontar o direito fundamental do preso à audiência de custódia, discutindo quais os benefícios trazidos com a instituição da audiência de custódia e analisar se a não realização da audiência de custódia seria mera irregularidade ou violação a um direito fundamental.

Justifica-se a escolha desse tema uma vez que possui amplas discussões e diversos entendimentos divergentes. Ademais, com essa pesquisa, é possível perceber o impacto da audiência de custódia nos presos e nas prisões, haja vista que houve uma redução no encarceramento em massa, contribuindo, assim, com melhores condições para o preso.

Adotou-se como procedimentos metodológicos estudos bibliográficos e documentais, especialmente dos textos normativos e decisões judiciais, motivo pelo qual, apresenta-se uma pesquisa com abordagem qualitativa, apoiada em uma análise construída a partir de um estado do conhecimento na área.

Para responder o problema proposto e atingir o objetivo geral de analisar se a audiência de custódia segue o rito processual conforme o que está previsto na lei, com o fim de se observar a aplicabilidade da lei na garantia dos direitos do preso, o texto está organizado em três seções: 1) a audiência de custódia no direito brasileiro; 2) audiência de custódia como direito fundamental do preso; e c) a crença social na prisão como meio de justiça.

2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, institui a audiência de custódia como sendo uma medida que visa concretizar direitos e garantias como a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF), evidenciada pelo diploma normativo nos seguintes termos:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992).

Diante disso, pode-se perceber que esse momento de apresentação dos presos para uma autoridade competente ratifica uma técnica humanizada, evitando, com isso, possíveis ilegalidades e descumprimentos a direitos fundamentais que podem acontecer em uma prisão, como, por exemplo, a violação da integridade física do preso.

Nesse cenário, evidencia-se que a audiência de custódia foi instituída no Brasil com uma proposta garantista, para mitigar as violências referentes aos presos, sendo o momento adequado para discutir a legalidade da prisão e para gerar o impedimento aos maus tratos aos presos, em respeito ao artigo 5º, LV, da CF (SANTOS, 2016, p.6).

Contudo, mesmo que a audiência de custódia seja um direito fundamental, inerente ao preso, há inúmeras discussões sobre a temática no ordenamento jurídico, uma vez que surge o questionamento se com essa implementação no direito brasileiro diminuiria o encarceramento, relaxando e evitando-se prisões ilegais, ou se seria mais uma norma criada sem sua devida aplicabilidade, levando-se em consideração a logística e recursos do sistema judiciário e, também, o seu abarrotamento.

Na esteira desse raciocínio, é importante frisar que no ano de 2021 completou seis anos da implementação das audiências de custódia no Brasil, de modo que a medida é considerada um marco, pois, de acordo com o site do Conselho Nacional de Justiça, reduziu em 10% a taxa total de presos provisórios no país, evitando, assim, o aumento da população carcerária.

Em segunda análise, vale ressaltar que conforme dados presentes no site do Conselho Nacional de Justiça, observou-se que no período entre janeiro de 2015 e dezembro de 2020, foram realizadas 670.140 mil audiências de custódia, das quais 399.197 mil (59,6%) resultaram em prisão preventiva; em 270.102 mil casos (40,3%) houve a concessão de liberdade.

Contudo, apesar desses dados positivos trazidos pelo site do CNJ, é sabido que nem todos os estados da Federação têm essa efetividade da audiência de custódia, uma vez que há estados extremamente pobres, que não possuem nenhuma vara em sua comarca e sequer realizam a audiência de custódia dentro do prazo estabelecido em lei.

Nesse sentido, é nítido que o prazo de 24 horas se faz necessário para concretizar essa natureza garantista da audiência de custódia, pois, de acordo com dados sobre a realidade carcerária brasileira, encaminhados ao Conselho Nacional do Ministério Público, extraídos pela *Human Rights Watch* (organização internacional não governamental que defende e realiza pesquisas sobre os direitos humanos), atos de tortura e agressões praticados por policiais e agentes penitenciários contra presos ocorrem – na maioria das vezes - nas primeiras horas em que o indivíduo está preso (TORQUATO, 2021, p.8).

Acerca da importância da realização da audiência de custódia dentro do prazo legal, vale ressaltar algumas peculiaridades do ordenamento brasileiro. Como é cediço, a realização do ato em discussão dentro do prazo de 24 horas demonstra-se um grande desafio, uma vez que a audiência de custódia deve ser realizada com a participação conjunta dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública (na hipótese em que o indivíduo não possuir advogado constituído). Porém, dependendo da localização e estrutura da comarca, seria necessário realizar um deslocamento com o preso para se dirigir à autoridade judiciária mais próxima. Importante destacar também que deve ser levado em consideração a existência de diversas localidades de difícil acesso nas mais variadas regiões do país (REBES, AQUOTTI, SANCHES, 2018).

Levando-se em conta essa problemática, é importante debater sobre a realização das audiências de custódia através de videoconferência. A priori, há grande divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da realização da audiência de custódia por esse meio.

Em primeira análise, vale ressaltar que esse meio de realização da audiência foi instituída pela Lei nº 11.900/2009, que acrescentou o §2º e incisos ao artigo 185 do Código de Processo Penal, determinando que, excepcionalmente, o interrogatório do réu possa ser realizado por sistema de videoconferência, conforme segue a seguir:

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

A problemática diante desse parágrafo e respectivos incisos, encontra-se na seguinte questão: se a audiência de custódia, que tem natureza garantista e que segundo o ex-ministro do STJ, Néfi Cordeiro, serve para possibilitar que o magistrado avalie a legalidade da prisão, e, conseqüentemente decida pela manutenção da prisão provisória, com o uso da videoconferência para a realização da audiência de custódia, como seria possível essa "humanização", o contato entre magistrado e preso?

O primeiro ponto que deve ser debatido baseia-se no argumento segundo o qual a realização da audiência de custódia que se realiza por videoconferência, não segue a natureza jurídica garantista da mesma, uma vez que, desvirtua-se tal instituto processual, pois esse contato virtual entre o juiz e o preso, não é suficiente para que o magistrado forme a sua convicção a respeito da legalidade e os motivos da prisão em questão.

Para Cintra Júnior (2016, p. 99), o sistema de videoconferência "impossibilita perfeita percepção da personalidade do réu, quer para fins de concessão de liberdade provisória, quer para a atividade futura de individualização da pena, se for o caso de condenação".

Nesse sentido, os doutrinadores que não concordam com a realização da audiência de custódia por videoconferência, seguem a ideia de que, como o objetivo da audiência de custódia é disponibilizar um contato do juiz com o preso, por esse meio de realização, estaria retirando a função da audiência de custódia.

Dito isso, em contrapartida, deve-se ressaltar os doutrinadores que divergem da opinião exposta acima e defendem a realização da audiência de custódia através da videoconferência. De acordo com a Lei nº 11.900/2009, §2º e seus respectivos incisos, a audiência de custódia só será realizada por videoconferência, em casos excepcionais, esses estabelecidos em lei. Dessa forma, deve-se levar em consideração a “praticidade” e vantagem da audiência de custódia ser realizada através desse método, vez que gera a redução de gastos públicos, haja vista que a escolta policial para condução dos presos até a audiência demanda alto custo aos cofres públicos (REBES; AQUOTTI; SANCHES, 2018, p. 6).

Ademais, outra vantagem que se tem com a realização da audiência de custódia por meios tecnológicos está baseada na celeridade processual, levando-se em consideração que tudo seria gravado, e assim não teria a necessidade de se ditar depoimentos, o que as vezes pode fracionar uma audiência de instrução e julgamento em várias dias.

Assim sendo, como para a realização da videoconferência se faz necessário apenas uma rede de internet e algum recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, torna-se mais viável a garantia da realização da audiência dentro do prazo de 24 horas, já que não haveria, nesse caso, dificuldades que impossibilitariam a apresentação do preso ao magistrado.

Nesse interim, é evidente que o uso da videoconferência para a realização de audiência de custódia não ofende os direitos do preso, pois o contraditório e a ampla defesa permanecem assegurados. Assim, nota-se que o uso desse instituto se torna necessário, pois se mostra extremamente adequado à evolução tecnológica, visto que contribui com a celeridade processual.

Nesse contexto, como é cediço, em 2020 a Organização Mundial de Saúde declarou a pandemia do Corona vírus e o Brasil, assim como outros países, passou por várias mudanças, repercutindo na economia, na política, bem como na maneira de trabalhar de milhões de pessoas. Com o Poder Judiciário não foi diferente.

No início da pandemia o CNJ apresentou a recomendação nº 62/20, e estabeleceu em seu artigo 8º disposição acerca das audiências de custódia no Brasil:

[...] os Tribunais e magistrados em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma

de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considere a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo artigo 310, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.

Além disso, com a finalidade de garantir o acesso à justiça no período da pandemia, foi estabelecido pelo CNJ a resolução de nº 313, que preconizou as medidas a serem adotadas pelo Poder Judiciário nesse período. Desse modo, ficou determinada a suspensão do trabalho presencial de magistrados e servidores, bem como a suspensão do atendimento presencial de partes, advogados e interessados.

Nesse cenário, ficou suspensa a realização da audiência de custódia na modalidade presencial, realizando-se apenas na modalidade por videoconferência. Em virtude disso, o número de realização de audiências por esse meio subiu de maneira elevada, colaborando, assim, com a celeridade processual, mesmo estando em uma pandemia.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO

Como foi dito no tópico anterior, por conta da pandemia do Corona Vírus, iniciada em 2020 no Brasil, as audiências de custódias ficaram temporariamente suspensas, surgindo, com isso, a seguinte problemática: como ficaria a garantia do direito fundamental do preso à audiência de custódia, uma vez que as mesmas estariam suspensas? Afinal, a não realização da audiência de custódia seria mera irregularidade ou violação a um direito fundamental? São esses pontos que serão debatidos adiante.

Em primeira análise, como foi exposto acima, sabe-se que a audiência de custódia se caracteriza como um direito fundamental, uma vez que está previsto em normas legais e supralegais. Diante disso, como esse instituto processual está ratificado em tratados internacionais, regulamentado pelo CNJ, é evidente que a não realização da audiência de custódia, estaria, assim, afrontando o direito fundamental do preso a esse instituto.

Nesse contexto, a não realização da audiência de custódia não se trata de mera irregularidade, mas de uma afronta aos direitos fundamentais do preso. Todavia, apesar de se entender que a não realização da audiência de custódia se insurge contra a efetivação dos direitos fundamentais dos presos, vale ressaltar que muitas decisões de Tribunais Superiores entendem que a não realização da audiência de custódia trata-se de mera irregularidade, caso haja a conversão do flagrante em preventiva, como é possível se observar no seguinte acórdão:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.
ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUPERVENIÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONTUMÁCIA DELITIVA INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I - Não se vislumbra ilegalidade passível de concessão da ordem de ofício quando não realizada a audiência de custódia, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que eventual nulidade do flagrante fica superada com a superveniência do decreto de prisão preventiva (precedentes). Processo RHC 85101 / MG, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2017/0127723-4 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 15/08/2018. Data da Publicação/Fonte DJe 21/08/2018.

Dessa forma, observa-se que este acórdão do Superior Tribunal de Justiça, expõe que a decretação da prisão preventiva seria suficiente para sanar a ausência da audiência de custódia da prisão em flagrante (MONTEIRO, 2021, p.360). Em outros termos, para os Ministros do STJ, tudo que foi dito anteriormente acima sobre o direito fundamental do preso à audiência de custódia, deixa de ser considerado, uma vez que, para eles, a não realização da audiência de custódia seria apenas mera irregularidade quando restasse comprovado o preenchimento dos requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Seguindo essa linha de raciocínio, apesar dos Ministros fazerem parte dessa Corte Especial, é nítido que esses entendimentos estão em dissonância com o sentido garantista do processo penal, levando-se em consideração que faz-se necessária a audiência de custódia para a decretação de todas as prisões cautelares.

Nesse sentido, Monteiro (2018, p.365) ressalta que o juiz pode até relaxar a prisão e converter o flagrante em preventiva, mas sempre com a realização da audiência de custódia, pois caso contrário, não seria mais o flagrante que estaria irregular, mas sim a própria prisão preventiva.

Inferre-se, portanto, que se a audiência de custódia foi criada justamente para efetivação dos direitos fundamentais e a Constituição Federal prevê que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente, a ausência da audiência de custódia se torna requisito essencial para validação da prisão e não mera irregularidade (MONTEIRO, 2021, p.365).

De acordo com Madeira (2021, s/p), a audiência de custódia se configura um instituto extremamente importante, não devendo ser encarada como uma simples audiência, ou na falta dessa, mera irregularidade, tendo em vista que atua na preservação dos direitos humanos, materializando a aplicação do princípio da dignidade da pessoa, com objetivo de atenuar os reflexos da cultura punitivista praticada no Brasil. Torna-se, portanto, direito do preso ser apresentado de forma rápida ao magistrado competente para analisar a legalidade e a necessidade da prisão, uma vez que o encarceramento provisório deve ser uma medida excepcional e último recurso para aplicação de sanção às infrações penais, haja vista a liberdade ser regra no Estado Democrático de Direito e nas relações de poder estabelecidas entre as instituições de Estado e o cidadão.

Assim sendo, para Madeira (2021, online), audiência de custódia tem papel imprescindível para garantir o respeito aos direitos do indivíduo preso e de forma contundente coibir com a prática de tortura e abuso policial de qualquer forma, podendo-se afirmar, inclusive, que a audiência de custódia se assemelha a uma espécie de controle externo das atividades policiais. Pode, ainda, auxiliar na luta contra o encarceramento em massa, uma vez que possibilita identificar prisões arbitrárias e ilegais (ROLIM, 2019).

4 A CRENÇA SOCIAL NA PRISÃO COMO MEIO DE JUSTIÇA

Segundo Rodrigues (2020, p. 169), a obra “Vigiar e Punir- Nascimento da Prisão” de Michel Foucault, retrata uma análise histórica sobre a pena como meio de coerção, de obediência e de aprisionamento do ser humano. Através do seu livro, Foucault revela a face social e política do controle social aplicado ao direito.

Como é cediço, sabe-se que no Brasil a cultura do encarceramento é um instrumento muito vigente no país, tendo em vista que a sociedade vê a prisão como uma forma de repressão à criminalidade e também como um meio de fazer com que o detento “pague” pelo crime que cometeu, nascendo, assim, a crença social na prisão como meio de justiça. Por conta disso, o Brasil encontra-se entre os países que possuem maior população carcerária, conforme dados obtidos no site do Departamento Penitenciário Nacional.

Conforme pode-se observar na obra de Michel Foucault, a partir do momento que a pessoa comete o ilícito, além de se tornar “inimigo” do Estado, torna-se também o inimigo da sociedade, é por conta disso que a população brasileira tem uma necessidade de ver o criminoso sendo encarcerado, pois, somente assim é que ele pagará pelo seu crime.

Com base no exposto acima, vale ressaltar que parcela da população se insurge contra as prisões cautelares e contra as medidas cautelares diversas da prisão, por achar que com a aplicação desses institutos, o criminoso sairá impune e não pagará pelo crime que cometeu.

A população brasileira enxerga na condução do criminoso ao cárcere, uma forma de garantir a sua punição, todavia, esquece que a regra no Brasil é a liberdade. Assim, fica olvidado pela sociedade, que o encarceramento provisório deve ser uma medida excepcional e o último recurso para aplicação de sanção às infrações penais. (CREMASCO, 2021, p.3). É com base nisso que, muitas pessoas acham que a justiça brasileira “é fraca”, ou então que “a polícia prende e a justiça solta”, por não saber das inúmeras garantias e direitos individuais fundamentais previstos na CRFB/88, os quais asseguram ao indiciado ou acusado a liberdade durante o curso da investigação e do próprio processo (COSTA; TURIEL, 2017, online).

Na esteira desse raciocínio, é nítido a falta de informação para essas pessoas, uma vez que, utilizam dessas expressões para se referir ao momento que o criminoso, no lugar de ir para o cárcere, é beneficiado com uma prisão cautelar ou uma medida cautelar diversa da prisão, a qual está garantida por lei.

Nesse mesmo sentido, expõe a advogada Renata Pimenta de Medeiros, em seu artigo “Prisão preventiva e a confusão da opinião pública”:

O erro, ao se pensar que ‘bandidos’ são libertados mesmo tendo-se a certeza de que cometeram crime, ocorre quando, utilizando-se dos poderes que lhe são conferidos, as autoridades competentes difundem a ideia de que ‘foi preso porque cometeu crime e deve pagar pelo que fez’, enquanto que, na verdade, ‘foi preso, em caráter provisório e cautelar, pois preenchia ao menos um dos requisitos da prisão preventiva, descritos no art. 312 do CPP’ (MEDEIROS, 2016, online).

Esse sentimento social é comum, primeiramente por não saberem distinguir o cerceamento provisório do definitivo. Em segundo lugar, tem-se que a prisão, além de ser um método de ressocialização, um “castigo”, serve como um meio de vingança da sociedade para com aquele que comete o delito (SERRA, BENINI, 2016, online). Dessa forma, o sentimento de revolta surge quando o preso tem concedido algum desses benefícios previstos em lei.

Outrossim, diante o exposto, surge mais uma problemática vista por parcela da população brasileira: a audiência de custódia contribuiria ou não para a impunidade dos criminosos?

Em primeira análise, deve-se ressaltar o que já foi exposto anteriormente, que a audiência de custódia tem como finalidade evitar agressões policiais ao preso e também proporcionar a ele um contato com o juiz, para que se observe a legalidade da prisão. Contudo, pode-se atribuir à audiência de custódia mais uma finalidade, a da prevenção à

cultura da prisão, com o intuito de combater a cultura do encarceramento em massa (ALMEIDA, 2020, online).

Sabe-se que o Direito Penal é regido pelo Princípio da Intervenção Mínima, assim, o jurista Fernando Capez discorre sobre o tema:

Da intervenção mínima, decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela [...] Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (ultima ratio) (CAPEZ, 2016, online).

Neste sentido, o legislador, ao introduzir a audiência de custódia, buscava evitar que tal ramo do Direito não se sobrepusesse e, conseqüentemente, excedesse a capacidade dos sistemas prisionais (SERRA, BENINI, 2016, online). Dessa forma, com a introdução desse instituto, fica cristalino mais uma finalidade que pode ser atribuída à audiência de custódia, ao do combate ao encarceramento em massa.

Tal finalidade fica evidenciada no momento em que se finda a audiência de custódia e o juiz deve adotar algum procedimento, dentre eles: decidir entre o relaxamento da prisão em flagrante, a conversão em prisão preventiva, ou pela concessão de liberdade provisória, com ou sem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (SERRA, BENINI, 2016, online).

É nesse contexto que surge o questionamento, ou até certa indignação em algumas pessoas, com relação a audiência de custódia contribuir ou não para a impunidade dos criminosos, tendo em vista que o juiz tem a opção de adoção desses procedimentos, que pode resultar na não condução do preso ao cárcere.

Em suma, surge o sentimento dito anteriormente, uma vez que observam que ao invés de levar o criminoso ao cárcere, lhe é dada uma oportunidade diversa da prisão. Sendo assim, criam a errada impressão de que com a concessão desse benefício, após a audiência de custódia, o preso não pagaria pelo crime cometido.

Infere-se, portanto, que quando não se leva em consideração que o Direito Penal é regido pelo princípio da intervenção mínima, acreditam que a audiência de custódia contribuiria para a impunidade dos criminosos. Em resumo, pode-se afirmar que:

Quem vive a realidade da Justiça brasileira não nega que, no Brasil, existe uma verdadeira cultura do encarceramento. Apesar das inúmeras garantias e direitos individuais fundamentais previstos na CRFB, os quais assegurariam ao indiciado ou acusado a liberdade durante o curso da investigação e do próprio processo, o que se observa é a prisão como regra. No Brasil, a prisão provisória tem sido usada como verdadeira antecipação de pena ou com finalidade diversa da que a legitimaria sob a ótica da cautelaridade. Por conta dessa cultura do encarceramento, o número de presos provisórios no país é na média de 40% da população carcerária. (COSTA; TURIEL,online).

Logo, apesar de toda divergência a respeito da realização da audiência de custódia, se ela contribuiria ou não para a impunidade dos criminosos, apesar dos diversos entendimentos sobre o tema, vale frisar a sua nítida contribuição para a não superlotação dos cárceres, seguindo com seu o intuito de combater a cultura do encarceramento em massa.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se atribuir à audiência de custódia outra finalidade, a qual está intrinsecamente ligada ao fato da audiência de custódia combater a superlotação das prisões. Nesse caso, pode-se citar que ela também auxilia na garantia da dignidade e integridade física do preso no cárcere.

Sabe-se que atual situação vivenciada pelo sistema prisional brasileiro se encontra em desacordo com os preceitos de direitos humanos e garantias fundamentais conferidos aos acusados e condenados em processos criminais (CREMASCO, 2021, p.8).

É notório que no Brasil, muitas prisões possuem superlotação, faltando infraestrutura e não suportando a quantidade de presos que se encontram no cárcere, isso ocorre tanto por falta de investimentos nesses lugares, quanto pelo fato de conter um número maior de encarcerados do que o suportado.

A realidade das prisões no Brasil não se encontra da maneira que deveria ser, pois, falta estrutura básica para garantir a dignidade física do preso, com isso, mesmo o Brasil sendo signatário de diversos tratados internacionais que visam a proteção dos direitos humanos, percebe-se que ele não se coaduna com o que está expresso nesses tratados, Dagmara Ferreira discorre sobre o tema, trazendo que:

O Brasil é um dos países que mais ratifica Tratados Internacionais, principalmente voltados à proteção dos direitos humanos. Dentre os quais se podem citar: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966 e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (CADH), de 1969, e conseqüentemente se enquadra como um país preocupado com a proteção aos direitos fundamentais. Embora seja fundamental esclarecer que o quadro em que se encontra o Sistema Prisional Brasileiro, atualmente não condiz nada com os direitos expressos nos Tratados do qual é signatário (FERREIRA, 2018, p.26).

Considerando tudo o que foi exposto acima, sabendo que o Brasil possui um sistema prisional que destoa do previsto nos tratados internacionais, pode-se dizer que a audiência de custódia contribui para a efetivação do que está estipulado nos tratados, uma vez que ao combater à superlotação dos cárceres, está contribuindo, assim, com melhores condições para com aqueles que estão presos.

Conforme dados obtidos no Sistema de Audiência de Custódia do CNJ, em um relatório de 6 anos, entre os meses de fevereiro de 2015 a fevereiro de 2021 foram realizadas 823.185 mil audiências de custódia em todo o país, sendo que deste total foram concedidas 328.748 liberdades, num percentual de 39,93% (CREMASCO, 2021, p.16).

Diante disso, a audiência de custódia se torna o caminho para a redução do encarceramento descontrolado, e garante o mínimo de dignidade e integridade ao preso, observando-se, assim, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais (FERREIRA, 2018, online).

Destarte, levando-se em consideração tudo o que foi exposto, conclui-se, portanto, que:

[...] há uma crise no sistema carcerário brasileiro, um descaso com diversas unidades prisionais, uma superlotação carcerária e diversos presos em situação de prisão irregular e até mesmo ilegal, as audiências de custódia surgem como uma das medidas para possibilitar a melhoria nas condições de vida no cárcere brasileiro (REKZIEGEL, 2020, online).

Dessa forma, apesar dos diversos entendimentos sobre a audiência de custódia, diante do que foi pesquisado e enfatizado nesse trabalho, fica claro a importância da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro, além de ser um direito fundamental do preso, devendo, portanto, ser garantido.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo apresentar as alterações trazidas com a instituição da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro, e também os reflexos dessas mudanças para os presos. Em virtude disso, fica nítido que a sociedade ainda tem um pensamento deturpado quanto a realização da audiência de custódia por acharem que as decisões que fundamentam a soltura do preso, revela certo grau de impunidade.

Verificou-se que, apesar do ordenamento jurídico brasileiro ser um sistema com uma alta demanda para se realizar em 24 horas a audiência de custódia, observa-se que quando a audiência é realizada dentro do prazo legal, fica mais fácil observar a legalidade da prisão, inclusive quanto a presença ou não de agressão física policial com o preso.

Outrossim, por ser um instrumento jurídico que está positivado em lei e até em tratados internacionais, observa-se que a audiência de custódia é um direito fundamental do preso e que deve ser efetivado, e a não realização não se trata de mera irregularidade, mas sim de uma afronta a esse direito fundamental.

Portanto, a não realização da audiência de custódia pode deixar preso injustamente uma pessoa que poderia ter a concessão de alguma prisão cautelar prevista nos incisos do art. 310 do Código de Processo Penal. Vale ressaltar, a partir do trabalho, que apesar de diversos entendimentos quanto ao tema, se faz mister a realização da audiência de custódia, conforme está estabelecida em lei, vez que a mesma é garantia fundamental e deve ser cumprida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Lindemberg dos Anjos. **A problematização das audiências de custódia: impunidade ou garantia dos direitos individuais?** 2020. 33f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/274>. Acesso em: 10 de março de 2022.

AUDIÊNCIA de custódia poderá ser feita por videoconferência na pandemia. **Conselho Nacional de Justiça**. 24 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-podera-ser-feita-por-videoconferencia-na-pandemia/>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

AUDIÊNCIAS de custódia chegam a 550 mil registros em todo o território nacional. **Conselho Nacional de Justiça**, 30 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-chegam-a-550-mil-registros-em-todo-o-pais/>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

BAUER, Martin W., GASKELL, George. **Pesquisa Qualitativa com texto, imagem e som, um manual prático** / tradução: Pedro Guareschi. 7 ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 09 de abril de 2021.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 09 de abril de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

CNJ regula videoconferência na área penal com veto em audiência de custódia. **Conselho Nacional de Justiça**. 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-regula-videoconferencia-naarea-penal-com-veto-em-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2022.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar. Interrogatório por videoconferência e devido processo legal. **Revista de Direito e Política/Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, v. 2, n. 5, p. 97-99, abr./jun., 2005. ISSN: 2675-8628 versão on-line. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000743629>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Plenário. Nota Técnica n.º 06, de 25 de agosto de 2015. Nota Técnica referente ao Projeto de Lei do Senado n.º 554, de 2011, que estabelece a pronta apresentação do preso à autoridade judicial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, após efetivada a prisão. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 23 de setembro de 2015, p. 53-54. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Notas_Tecnicas/_Nota_Tecnica_n6_2015.pdf. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 10, n. 1, p. 76-88, jan./abr. 2018. ISSN: 2175-2168 versão on-line. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.101.06>. Disponível em:

<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.06>. Acesso em 14 de abril de 2022.

COSTA, César Ramos da; TURIEL, Plínio de Freitas. A audiência de custódia como medida de proteção de direitos humanos. **IPDD (Instituto Paraense do Direito de Defesa)**. Disponível em: http://www.ipdd.org.br/conteudo_284_a-audiencia-de-custodia-como-medida-de-protecao-de-direitos-humanos.html. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

DADOS sobre população carcerária do Brasil são atualizados. **Governo do Brasil**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justicaeseguranca/2020/02/dados-sobrepopulacaocarcerariadobrasilsaoatualizados#:~:text=>

Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20to dos%20os%20regimes. Acesso em 20 de abril de 2021.

GARBIN, Aphonso Vinicius. Audiência de custódia, juiz e réu: a humanização da prisão preventiva - a liberdade após o interrogatório judicial. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/audiencia-de-custodia-juiz-e-reu-a-humanizacao-da-prisao-preventiva-a-liberdade-apos-o-interrogatorio-judicial>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

LINK CNJ desta quinta (18/11) faz balanço das audiências de custódia no país. **Conselho Nacional de Justiça**, 18 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/link-cn-j-desta-quinta-17-11-faz-balanco-das-audiencias-de-custodia-no-pais/>. Acesso em 22 de fevereiro de 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 9, p. 154–174, 2014. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/82>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

MADEIRA, Diego Cremasco. **Audiência de custódia**. 2021. 19f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Instituto Ensinar Brasil, Faculdades Doctum de Serra, Serra, 2021. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/handle/123456789/3817>. Acesso em: 03 de março de 2022.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 960, out. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.960.05.PDF. Acesso em: 14 de abril de 2022.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. Audiência de custódia como direito fundamental. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 357–368, 2021. Disponível em: <https://www.fadi.br/revista/index.php/cadernosjuridicos/article/view/38>. Acesso em: 10 de março de 2022.

NORONHA, Francisco Torquato. **A possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência**. 2021. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/58009>. Acesso em: 12 de março de 2022.

OCAMPOS, Lorena Alves. **O direito à presença em audiência de custódia como direito fundamental: uma análise do cenário do Distrito Federal em 2019-2020**. 2021. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/3232>. Acesso em: 03 de março de 2022.

OLIVEIRA, Marcel Nunes de. Os impactos da pandemia na audiência de custódia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 6708, 12 nov. 2021. ISSN: 1518-4862 versão on-line. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94708>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2022.

PIMENTA, Luciana. **Audiência de custódia, o que é e como funciona**. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/239559/audienciade-custodia—o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

REALIDADE E PERSPECTIVAS GARANTISTAS DA AUDIÊNCIA DE

CUSTÓDIA. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. e-ISSN: 2526-0200| Goiânia | v. 5 | n. 1 | p. 63-79|16

REBES, Beatriz Ferruzzi; AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrim; SANCHES, Matheus da Silva. Possibilidade da audiência de custódia por videoconferência frente aos direitos e garantias fundamentais do preso. *EtiC, Presidente Prudente*, v.14, n. 14, 2018. ISSN: 2176-8498 versão on-line. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7095/67647162>. Acesso em: 12 de março de 2022.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BRAGA, Ítalo Farias. Audiência de custódia: uma formulação garantista ou uma extrapolação normativa? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 23, n. 131, p. 581-603, out. 2021/jan. 2022. ISSN: 2236-3645 versão on-line. DOI: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2022v23e131-1956>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1956>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

SANTOS, Julia Ângela Timóteo dos. Audiência de custódia: considerações e possibilidades. **Revista da ESMAL**, Maceió, n.1, p. 322-339, 2016. ISSN:

2525-9547. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/24>. Acesso em 04 de abril de 2021.

SILVA, Gabriel José. **Audiência de custódia**: direito fundamental na pandemia. 2021. 60f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé, Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2021. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/23537>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2022.

VELHO, Carlos. A audiência de custódia frente à cultura de encarceramento. **Revista dos Tribunais**. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br\maf\app>. Acesso em 02 de junho de 2021.

O ABANDONO AFETIVO COMO CAUSA DE RELATIVIZAÇÃO DO PATRONÍMICO NO BRASIL: DIGNIDADE DO FILHO ABANDONADO

DÉBORA BARBOSA MENDONÇA: Acadêmica em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA⁸¹

(orientadora)

RESUMO: Quando existe um afastamento do dever legal de cuidado de um pai em relação a um filho, o abandono afetivo resta configurado. Nessa situação, abre possibilidade para que o Poder Judiciário intervenha com a finalidade de resguardar a dignidade daquele filho abandonado. Caso surja a pretensão de retirar o sobrenome daquele que abandonou, esta conduta fica limitada ao disposto na Lei dos Registros Públicos, que proíbe, em regra. Assim, por meio desse estudo buscou-se entender se a relativização do princípio da imutabilidade do patronímico em razão do abandono afetivo no Brasil garante a dignidade do filho abandonado. Observou-se que a jurisprudência e a doutrina se posicionam de maneira favorável a esta relativização, vez que o abandono afetivo se enquadra como um justo motivo para tal, além do fato de que a dignidade da pessoa humana deve sempre ser resguardada. A metodologia do estudo se baseia em uma pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, utilizando-se de revistas jurídicas, livros, teses, dissertações, jurisprudência e a legislação.

Palavras-chave: abandono afetivo, relativização do sobrenome, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: When there is a departure from the legal duty of care of a dad in relation to a child, affective abandonment remains configured. In this situation, it opens the possibility for the Judiciary to intervene in order to protect the dignity of that abandoned son. If the pretense arises to remove the surname of the one who abandoned it, this conduct is limited to the provisions of the Public Records Law, which as a rule prohibits it. Thus, through this study, we it was sought to understand whether the relativization of the principle of immutability of the patronymic due to affective abandonment in Brazil guarantees the

81 Professora Mestra do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. E-mail: jujuevaristo@yahoo.com.br

dignity of the abandoned son. It was observed that the jurisprudence and the doctrine are positioned in a favorable way to this relativization, since the affective abandonment fits as a just reason for this, in addition to the fact that the dignity of the human person must always be protected. The methodology of the study is based on a bibliographical research of the narrative type, using legal journals, books, theses, dissertations, jurisprudence and legislation.

Keywords: affective abandonment, relativization of the surname, human dignity.

1 INTRODUÇÃO

No judiciário brasileiro, são recorrentes as ações em que o interesse gira em torno da supressão do patronímico, seja ela paterno ou materna, em razão do abandono afetivo. Isso demonstra um grande crescimento do abandono afetivo, além do próprio sentimento negativo que o patronímico traz a essas pessoas.

Em 2020 veio a mídia o julgamento da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que reformou uma decisão de 1º Grau, autorizando a retirada do sobrenome paterno de uma mulher em razão do abandono afetivo e material pelo genitor, mostrando ser um tema de extrema relevância social e gerando grande interesse pela pesquisa acerca do tema.

Nesse contexto, o presente estudo tem por problemática questionar: a relativização do princípio da imutabilidade do patronímico em razão do abandono afetivo no Brasil garante a dignidade do filho abandonado?

O estudo trata-se de uma pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, tendo como base materiais bibliográficos devidamente aprovados pela comunidade científica, e parte de conceitos iniciais relativos ao abandono afetivo e o nome, direcionando para a possibilidade de relativizar o sobrenome em razão deste.

Foram utilizadas como fontes para fundamentar o presente trabalho os princípios constitucionalmente previstos, tais como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Afetividade, o Princípio da Paternidade Responsável, todos eles diretamente violados quando um indivíduo é abandonado afetivamente.

Para alcançar a conclusão, num primeiro momento, traz-se o conceito do abandono afetivo aproximando a temática aos princípios essenciais ao Direito das Famílias. Após, o nome civil é caracterizado com base no código civil de 2002, sendo demonstrado seus elementos inerentes e sua relevância. Por fim, demonstra-se que há

elementos do nome civil que não podem, de acordo com a lei, serem modificados, mas, que a depender do caso prático, é necessária a relativização.

Justifica-se o desenvolvimento da problemática, *socialmente, por viabilizar à sociedade, de maneira clara, sucinta e objetiva, o posicionamento jurisprudencial favorável à relativização do princípio da imutabilidade do patronímico em razão do abandono afetivo, num contexto social em que essa é a realidade de várias crianças e adolescentes no país, analisando se essa possibilidade é uma forma de resguardar um dos principais fundamentos constitucionalmente previsto: o da Dignidade da Pessoa Humana; já na seara acadêmica, por disponibilizar informações doutrinárias, jurisprudenciais, informações sobre códigos e leis, organizados acerca do tema, que servirá de base para futuras pesquisas ou para informações do dia a dia dos estudantes de Direito.*

Tem-se por objetivo, então, analisar se a possibilidade de relativização do princípio da imutabilidade do patronímico em razão do abandono afetivo no Brasil resguarda o princípio da dignidade da pessoa humana, identificando a possibilidade de retirada do patronímico, relativizando o princípio da imutabilidade, em razão do abandono afetivo e discutindo se no Brasil a retirada do patronímico em razão do abandono afetivo vai ao encontro do princípio da dignidade humana.

2 DO ABANDONO AFETIVO

O conceito de família evoluiu consideravelmente com o passar dos anos, principalmente após a Constituição Federal de 1988. Para essa, o termo “família” não é algo rígido e imutável, sendo regido por diversas formas de organização, mas sempre se pautando na relação de afetividade entre os membros. É o que se extrai da leitura do art. 226 e seus respectivos incisos, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Nota-se, portanto, que a base da família é a afetividade, não sendo ponto de extrema relevância a existência de lações sanguíneos ou apenas de convivência. Em face

disso, mesmo que de forma implícita, a afetividade se tornou o cerne das relações e a ausência dela poderá ser causa inclusive de responsabilizações na seara cível.

Para Dias (2016), em razão dessa centralização da família em torno do afeto, surge aos pais o dever de cuidado, e não apenas uma faculdade. Entende-se a expressão “cuidado”, como o dever de zelar, ensinar e oferecer toda a base necessária para que a criança e/ou adolescente se desenvolva.

Nader (2016) entende que a família, antes de representar uma instituição jurídica, tem grande relevância no âmbito moral, social e biológico. Para ele, se uma família está desestruturada, sem a união e cooperação esperada, poderá ser a grande base para o surgimento de hostilidades e mazelas sociais.

Desses entendimentos, se percebe a grande relevância que a instituição Família representa na sociedade, existindo uma influência extremamente forte, seja para formação de indivíduos socialmente harmônicos, ou mesmo, em caso de ausência de afeto, para a formação de indivíduos marginalizados.

Demonstrada a relevância dessa instituição, importante se faz a conceituação do abandono afetivo e a explicação desta no contexto fático. Pereira (2021) entende o abandono afetivo como uma conduta omissa, seja dos pais em relação aos filhos, ou desses em relação aos pais, que não exerce uma função juridicamente instituída.

O abandono afetivo pode ser entendido, como o próprio nome sugere, pela ausência de afeto necessária na relação paterno-filial. Como afirmam Bonini e Rolin (2017), não se trata de uma análise do viés do amor. Não pode ocorrer essa confusão entre o abandono afetivo e o amor, este é um complexo maior, em que abarca aquele. Esse entendimento é importante para que não haja o pensamento de que o Direito está entrando em searas que normalmente não lhe cabem, tais como a análise do “amor” em uma relação paterno-filial.

Ainda no entendimento de Bonini e Rolin (2017), o abandono afetivo não seria a ausência de amor de um pai em relação a um filho, mas um não cumprimento de uma imposição legal, tais como o cuidado na fase de desenvolvimento, seja físico ou psicológico, do menor.

Observa-se, então, que o cuidado e o zelo de um pai em relação ao filho não se trata apenas de mero capricho ou mesmo uma opção, é uma necessidade intrínseca ao

desenvolvimento saudável daquela criança e/ou adolescente, sendo completamente inaceitável o abandono afetivo, apesar de ser “comum” no contexto brasileiro.

2.1 Afetividade: Princípio fundamental ou postulado do Direito das Famílias?

Como exposto, o afeto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é a base das famílias, não sendo mais exclusivamente valorizado apenas os laços sanguíneos. Nesse contexto, a afetividade alcançou um significativo espaço dentro do Direito das Famílias.

No que se refere à controvérsia quanto a posição da afetividade no ordenamento jurídico, para Diniz (2021), esta é a base das famílias constituídas ao longo do tempo e assume posição de valor jurídico no ordenamento, ou seja, é um princípio fundamental do Direito.

Ainda em seu entendimento, de nada interessa o fato de que expressamente não é citado na Constituição Federal de 1988, uma vez que, para ela, decorre de vários princípios que estão expressamente dispostos, especialmente da Dignidade da Pessoa Humana. Além disso, para ela, apenas a caracterização da afetividade como um princípio fundamental justificaria diversos avanços na interpretação e aplicação das leis, podendo ser citado o reconhecimento da união estável (DINIZ, 2021).

Nessa mesma linha de pensamento, Calderón (2017) considera que muito além do que está expresso na Constituição Federal ou nos demais códigos, o Direito se vale de mecanismos de interpretação para responder questões omissas. Dessa forma, pela análise hermenêutica, que se utiliza muito além da própria codificação, considera-se a afetividade um princípio implícito do Direito das Famílias.

Justifica-se isso pela própria análise das leis infraconstitucionais e do próprio posicionamento jurisprudencial majoritário. No que se refere a leis infraconstitucionais, pode ser citado como exemplo a Lei Maria da Penha- 11.340/2006, em seu art. 5º, III, que considera violência doméstica aquela praticada “em qualquer relação íntima de afeto” (BRASIL, 2006). O legislador, que não tem meios para prevê todas as situações que poderão vir a ocorrer, utilizou-se da afetividade entendida como um princípio para servir como cláusula geral para respaldar a utilização da referida lei em diversas situações.

Já no que se refere ao posicionamento jurisprudencial, interessante dispor que este tem o papel de aplicar a lei, que via de regra não acompanha o avanço social, nos casos concretos. Em face disso, muitas atualizações são dispostas na própria jurisprudência. Nesse sentido, para Calderón, o posicionamento atual é favorável ao reconhecimento da

afetividade como um princípio (CALDERÓN, 2017). O próprio Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2003, no REsp 119.346/GO, utilizou-se da afetividade como forma de justificar uma adoção ocorrida de maneira irregular há mais de quarenta anos (BRASIL, 2003). Após isso, a corte vem se posicionando no mesmo sentido, além dos demais Tribunais, o que viria a justificar o entendimento de que a afetividade é um princípio fundamental no ordenamento jurídico.

De maneira contrária, Farias e Rosa (2021) discordam veementemente do enquadramento da afetividade como um princípio fundamental. Para eles, essa conceituação colocaria a afetividade num patamar de superprincípio, com força normativa hierarquicamente acima dos princípios explícitos. Além disso, consideram que não há argumentos que levem ao enquadramento como um princípio fundamental (FARIAS; ROSA, 2021).

Em estreita síntese, consideram que a não citação expressa na Constituição Federal/88 da afetividade como um princípio seria um forte elemento para a descaracterização, independente do que constam em leis infraconstitucionais. Além disso, acreditam que conceituar a afetividade como um postulado do Direito das Famílias não diminuiria a sua importância no ordenamento jurídico, e traria benefícios, como a maior dinamicidade e a possibilidade de se adaptar caso a caso (FARIAS; ROSA, 2021).

Observa-se, portanto, que a doutrina majoritária enquadra a afetividade como um princípio fundamental do Direito das Famílias, estabelecendo como de suma importância para o ordenamento jurídico, ainda que implícito. Há, de maneira minoritária, quem discorde de tal enquadramento, preferindo a afetividade como um postulado geral, servindo como base para interpretação de todo o ordenamento jurídico referente ao Direito das Famílias.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito das Famílias

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos trazidos pela Constituição Federal de 1988. Também conhecido por superprincípio ou macroprincípio, tem como objetivo maior a proteção humana, levando a uma maior valorização da pessoa, em detrimento à perda de importância do patrimônio (TARTUCE, 2019).

Além disso, todos os direitos fundamentais decorrem diretamente do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Além dos direitos fundamentais expressos, há o reconhecimento da existência dos direitos fundamentais dispersos,

possuindo a mesma hierarquia, e, da mesma forma, decorrem do fundamento da dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2018).

Quanto ao conceito, no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, não é tão simples. Para Padilha e Bertoncini (2016), não existe uma conceituação clara, sendo intrínseco de cada ser humano, devendo ser analisado de acordo com o contexto fático e histórico de cada pessoa.

Para Tartuce (2019) a conceituação também é complexa, vez que se trata a dignidade da pessoa humana de uma cláusula geral, ou seja, não há um significado claro, há conceito completamente indeterminado, ficando a cargo da interpretação de cada indivíduo, desde que levado em consideração que visa a proteção de todas as pessoas, independentemente de característica física, financeira ou psicológica.

O Direito das Famílias está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos próprios Direitos Humanos. Não há como desvincular o direito das famílias desses pressupostos, como já ocorreu na história, vez que abriria precedentes para grandes absurdos. De acordo com o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira, a dignidade da pessoa humana representa para o Direito das Famílias a isonomia entre todas as formas de constituir uma família, a igualdade entre todos os filhos, o respeito de maneira geral (PEREIRA, 2021).

Na Constituição Federal de 1988 são claros os artigos que promovem essa aproximação entre o Direito das Famílias e o princípio da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de garantir o mínimo existencial a diversas classes, sem tratamentos desiguais, ou indignos. Claro exemplo disso é o artigo 227 da CF/1988, que traz, em suma, como um dever conjunto da família, da sociedade e do Estado assegurar o mínimo existencial às crianças, jovens e adolescentes, tais como saúde, educação, lazer, dentre outros direitos (BRASIL, 1988).

Outro artigo que promove de forma clara a aproximação entre essas duas searas é o art. 229 da CF/88. Por esse artigo, fica determinado aos pais a obrigatoriedade de dar assistência ao seu filho nas mais diversas searas: criando, educando e dando assistência aos menores (BRASIL, 1988).

Segundo Rodrigo da Cunha, em razão da Constitucionalização do Direito Civil, hoje o Direito das Famílias encontra toda a sua base na própria Constituição, valorizando as pessoas/sujeitos em detrimento do próprio patrimônio/objeto. Se tornou inconcebível analisar o Direito das Famílias, atualmente, sem uma visão Constitucional (PEREIRA, 2021).

Observa-se, então, que a pessoa passou a representar o centro do ordenamento jurídico, devendo o Estado reunir meios para a maior valorização desta. Dessa forma, o patrimônio ficou em segundo plano, ocorrendo uma verdadeira despatrimonialização, isto é, um afastamento da ideia de que o patrimônio deveria ser o centro de todo o ordenamento, de todos os institutos jurídicos (DIAS, 2016).

Nesse mesmo sentido, Rolf Madaleno afirma que o próprio Estado Democrático de Direito só será assegurado se o Direito das Famílias for considerado e analisado por um viés constitucional. Além disso, as famílias também são uma forma de assegurar e garantir a dignidade da pessoa humana, especialmente de seus membros (MADALENO, 2020).

Observa-se que a partir da Constituição Federal, as famílias passaram a não ser mais analisadas pautadas unicamente na seara privada. O Estado passou a ter especial importância na modulação das famílias, especialmente quando institui direitos e deveres dentro desse instituto, com a finalidade maior de assegurar direitos e deveres de todos, principalmente dos mais vulneráveis.

Nesse ponto, é importante destacar que mesmo instituindo direitos e deveres, o Estado atuará minimamente nesta seara. Em razão dos princípios da autonomia privada e da menor intervenção estatal, este apenas atuará, como dito anteriormente, com medidas assistenciais, com a intenção unicamente de resguardar os direitos e garantias de cada membro, assegurando que estes não tenham seus direitos violados, especialmente o da dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2021).

De maneira mais prática, podemos observar uma grande incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no direito das famílias nos casos de abandono paterno-filial, em que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou de maneira favorável à condenação em indenização por danos morais, como será melhor explicado no tópico posterior, tendo como base para fundamentação justamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Observa-se, portanto, que é impossível atualmente, em que vigora uma verdadeira constitucionalização do Código Civil de 2002, o estudo do direito das famílias sem fazer uma clara análise e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, vez que por meio dessa ponderação torna-se possível fazer com que a aplicação das leis se torne mais justa e acompanhe a própria evolução da sociedade, já que a codificação acaba por se tornar dispersa da realidade com o passar dos anos.

2.3 Princípio da Paternidade Responsável e o Abandono Afetivo

Como demonstrado em tópicos acima, o abandono afetivo se caracteriza, em estreita síntese, quando há um afastamento dos deveres legais na relação paterno-filial. Por essa conceituação, percebe-se a existência de uma relação antagônica entre o princípio da paternidade responsável e o abandono afetivo. Ora, ao passo em que a paternidade responsável estabelece, como o próprio nome sugere, responsabilidades e obrigações que deverão necessariamente serem cumpridas pelos genitores, no abandono afetivo há o afastamento no cumprimento dessas obrigações, deixando que aquela criança e/ou adolescente cresça e se desenvolva à própria sorte.

A paternidade, em linhas gerais, pode ser compreendida como uma relação de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, que tem como base geral o afeto e a responsabilidade (OLIVEIRA; RANGEL, 2017).

Essa paternidade tem importância significativa na formação psicossocial do indivíduo, visto que é uma das primeiras relações sociais que ocorrem entre os indivíduos e influencia diretamente na estrutura psíquica daquela criança. Se o menor cresce em um ambiente conturbado, não tendo a estrutura necessária para seu pleno desenvolvimento, certamente sofrerá com consequências por toda a vida (PEREIRA, 2021).

Muito em razão disso, a Constituição Federal de 1988 garante implicitamente a Paternidade Responsável em seu art. 226, §7º, não sendo esta interpretada como um mero reflexo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas como um pressuposto que deve ser compreendido e seguido, com a finalidade de garantir direitos básicos da criança e/ou adolescente (BRASIL, 1988).

Não apenas a Constituição Federal de 1988, mas o próprio Código Civil de 2002, especialmente no art. 1634, estabelece o princípio da paternidade responsável (BRASIL, 2002). Em síntese, é dever dos pais educar, criar, zelar, assistir aos filhos menores, sempre visando o melhor desenvolvimento deste (BRASIL, 1988). Atitudes que fogem do estabelecido em lei poderão ensejar consequências que adentram inclusive na seara patrimonial.

Ainda pautado no art. 226, §7º da CF/88, extrai-se uma verdadeira duplicidade no princípio da paternidade responsável. Ora, o Estado não intervém de maneira alguma na decisão do casal em gerar ou não um ou vários filhos, sendo decisão que cabe unicamente ao casal, sendo inclusive vedada qualquer tipo de interferência, porém, no momento em que é gerada a criança, é responsabilidade desses pais cuidar, zelar, educar, manter e proporcionar um crescimento saudável ao filho (BRASIL, 1988).

Importante destacar que o termo “paternidade responsável” não deve ser interpretado como um gerador de obrigações apenas para a figura paterna. As obrigações que surgem a partir desse princípio devem ser respeitadas pelos genitores, pai e mãe, e não apenas a um deles. Restringir a interpretação colocaria em risco a própria igualdade entre o homem e a mulher que traz a Constituição Federal de 1988 (PEREIRA, 2018).

Cabe destacar, entretanto, que no Brasil, a quantidade de crianças em idade escolar sem o nome do pai no registro de nascimento, em 2009, chegava ao vultuoso número de 4.869.363 (quatro milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, trezentos e sessenta e três), sendo que 3.853.972 (três milhões, oitocentos e cinquenta e três mil, novecentos e setenta e dois) eram menores de 18 anos (BRASIL, 2010).

Esses dados alarmantes incentivaram o Conselho Nacional de Justiça a instituir o projeto “Pai Presente”, no ano de 2010, por meio do Provimento nº 12, com a finalidade geral de que os pais passassem a registrar seus filhos, e para além disso, pudessem tornar-se presente na vida e no desenvolvimento destes (BRASIL, 2010).

Apesar da iniciativa extremamente louvável, deve-se entender que muitas vezes, ainda que conste no registro de nascimento o nome de um pai, este não acompanha a vida e o desenvolvimento do filho. Não há um número oficial que informe a quantidade de filhos que vivem nessa situação, mas, só em 2013, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, com base no Censo Escolar de 2011, 5 milhões de brasileiros não tinham o nome do pai no registro de nascimento (BRASIL, 2013).

Por esses dados, percebe-se a quantidade de crianças e/ou adolescente que sofrem com o abandono afetivo no Brasil. Esses pais além de não cumprirem com obrigações necessárias para a subsistência do filho, tal como o pagamento de pensão alimentícia, não suprem minimamente o amor necessário para o crescimento e pleno desenvolvimento da criança.

Importante destacar neste ponto que, mesmo o responsável cumprindo com obrigações legais como o pagamento de pensão alimentícia, ainda não estará isento da possibilidade de incidir em abandono afetivo, vez que as obrigações legais que o nascimento de um filho traz ao responsável, vão muito além de mero pagamento de pensão alimentícia, esta incide como apenas uma das imposições. Cumulada a ela, é de extrema importância que o pai e a mãe se façam presentes na vida da criança e/ou adolescente, dando suporte para um crescimento saudável, ajudando na formação moral e psicológica.

Ora, neste ponto vale destacar a célebre frase de relatoria da Ministra Nancy Andrighi no informativo 496 do Superior Tribunal de Justiça, decorrente do REsp 1.159.242-SP: “não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico” (BRASIL, 2012, p. 8). Amar é apenas uma faculdade, o cuidado é uma obrigação daqueles que geram uma criança. Quando há essa ausência e a clara ruptura com princípios básicos do Direito de Família como o da paternidade responsável, o do melhor interesse da criança e o da própria convivência familiar, surge para aquele filho abandonado a possibilidade de recorrer ao judiciário em busca de indenização pelo abandono sofrido.

Cumprido destacar que a responsabilização civil, via de regra, tem o objetivo geral de retomar a coisa ao status *quo ante*, por intermédio do valor a ser recebido. Quando se refere à responsabilização em razão do abandono afetivo, isso claramente não será possível, vez que o dano já está consolidado e não será uma quantia em dinheiro que reverterá isso. Também não tem a finalidade de “comprar” o amor daquele filho. A finalidade, em linhas gerais, na realidade, é de caráter preventivo (SOUSA, 2016).

Há a intenção de evitar comportamentos similares por outros pais, e consequentemente evitar que outras crianças e/ou adolescentes passem por situações iguais. Dentro da relação paterno-filial em foco na ação judicial, o objetivo maior é que haja uma mínima convivência familiar entre o filho abandonado e o genitor que não exerce a paternidade responsável (BONINI; ROLIN, 2017)

Observa-se que o foco nunca é promover o amor dentro da relação, muito porque o Direito sequer tem incidência nessa seara tão importante, mas promover, ainda que minimamente, os princípios do Direito das Famílias, a exemplo da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar, dentro dessas relações tão complexas e conturbadas, em que o polo mais frágil sempre sofre mais, no caso, o filho abandonado.

3.DO DIREITO FUNDAMENTAL AO NOME

3.1 Direito da Personalidade e o Código Civil de 2002

Com a vigência do Código Civil de 2002, o entendimento de que o homem deveria ser tutelado em todos os seus aspectos intrínsecos, seguindo o que prevê a Constituição Federal de 1988, e não mais apenas o patrimonial, como prevalecia no Código Civil de 1916, os direitos da personalidade passaram a ter especial importância no ordenamento jurídico, tendo, inclusive, um capítulo próprio na legislação vigente.

Para Tartuce (2019), os direitos fundamentais elencados e regidos pela Constituição Federal de 1988 somente são de fato respeitados quando há efetivação dos direitos da personalidade, isto é, em sua visão, a concepção civil-constitucional é essencial para a harmônica tutela dos direitos intrínsecos ao homem.

Ocorre que Lobo (2019) considera que, apesar dos direitos da personalidade serem decorrentes dos direitos fundamentais, não deve-se compreender ambos como uma mesma coisa, isto é, os direitos fundamentais são bem mais amplos e envolvem aspectos que não são englobados pelos direitos da personalidade, a exemplo de não incidir apenas na esfera privada.

Os direitos da personalidade são compreendidos como direitos não patrimoniais e que concretizam o fundamento da Constituição Federal/88: a dignidade da pessoa humana (LOBO, 2019).

Araújo (2022) discorda do conceito acima apresentado, pois, para ele, os direitos da personalidade não podem ser limitados à dignidade da pessoa humana. Para ele, melhor associação acontece quando se relaciona os direitos da personalidade dos seres humanos à dignidade da pessoa humana, já que dessa forma não excluem as pessoas jurídicas, que também são titulares de direitos da personalidade.

Dessa forma, pode-se compreender os direitos da personalidade como sendo inerentes ao homem, tutelados pelo ordenamento jurídico como forma de resguardar cada pessoa de possíveis abusos, dispostos dentre os arts. 11 ao 21 do Código Civil de 2022, de maneira não exaustiva (BRASIL, 2002).

De uma melhor análise dos artigos acima mencionados, extrai-se que os direitos da personalidade são dotados de características específicas, tais como o fato de serem absolutos, isto é, oponíveis *erga omnes*; extrapatrimoniais; indisponíveis; imprescritíveis; impenhoráveis e vitalícios (BRASIL, 2002).

Nesse ponto, interessante dispor que a titularidade dos direitos da personalidade cabe ao ser humano, sendo garantido também aos nascituros que possuem direitos resguardados desde a concepção, onde se incluem os direitos da personalidade. Da mesma maneira, cabe às pessoas jurídicas vez que há necessidade de serem resguardados seus direitos da personalidade básicos, tais como a imagem e o nome (STOLZE, 2019).

Por fim, partindo da análise do Código Civil de 2002 e da doutrina, considera-se direitos da personalidade a vida, o nome, a imagem, a integridade física, a honra, dentre

outros, que não são tuteladas, como exposto acima, de maneira exaustiva. Tartuce (2019), de maneira didática, buscou classificar esses direitos da personalidade em três núcleos gerais: vida e integridade física; integridade psíquica e criações intelectuais e integridade moral.

Dentre essa classificação, têm-se o nome civil como um direito da personalidade, fundamental para o desenvolvimento do estudo e que será debatido e analisado minuciosamente no tópico abaixo.

3.2 Nome Civil: Conceito e Natureza Jurídica

De acordo com Coelho (2020), o nome é uma das principais formas de identificação da pessoa física, e tem repercussão fática não apenas no âmbito jurídico, mas também psicológico, vez que é fundamental para a construção da personalidade do ser humano.

No mesmo sentido, Gagliano e Filho (2020) consideram o nome um dos principais meios para a exteriorização da individualidade, sendo também a principal forma de identificação das pessoas, seja no âmbito familiar ou social.

Dias (2021) destaca ainda o fato de que o nome não é um simples elemento que tem reflexos apenas enquanto o indivíduo é vivo, mas também perdura e tem proteção no ordenamento jurídico pós-morte. Cabe destacar ainda que o direito ao nome é adquirido antes mesmo do nascimento.

Ainda em seu entendimento, percebe-se que o nome vai muito além de uma simples identidade social, é principalmente uma forma do indivíduo se reconhecer quanto sujeito e pertencente a uma determinada família, tendo, portanto, grandes reflexos jurídico, social e psicológico (DIAS, 2021).

Interessante destacar que há uma singela diferença entre a "individualização" da pessoa por meio de seu nome e a "identificação". Conforme explicita Almeida (2017), a individualização apenas é alcançada quando é possível ocorrer uma clara distinção entre os semelhantes, ficando perceptível as singularidades de cada um, ainda que estejam rodeadas por diversas pessoas. Já a identificação se restringe a um mero reconhecimento, sem a menor identificação das características singulares, não exercendo, em consequência, uma forma segura de individualização.

Segundo Gonçalves (2020), a análise do direito ao nome pode se basear em dois véis essenciais: tanto pelo aspecto público, quanto no privado. O aspecto público, em razão do Estado possuir o interesse direto que todas as pessoas tenham um nome, vez

que, de acordo com Venosa (2017), é a forma encontrada para a identificação de todos, muito por isso há lei específica regulando essa questão, conhecida como Lei dos Registros Públicos.

O caráter privado, ainda no entendimento de Gonçalves (2020), por conferir ao indivíduo uma série de direitos, inclusive a possibilidade de reprimir, por meio judicial, se necessário, a utilização de forma indevida e/ou sem autorização deste nome. Nesse viés, segundo Silva (2017), o nome se caracteriza não apenas por um direito, mas também como um dever.

No mesmo sentido, Lôbo (2019) também traz que, muito além de um simples direito, o nome trata-se de uma imposição legal, não tendo sequer a possibilidade de qualquer indivíduo não o ter. No seu entendimento, o nome vai muito além de um simples direito privado, vez que há claros reflexos no direito público.

No que se refere a natureza jurídica do nome, várias teorias se sobressaíram, tais como a da propriedade, que segundo Gagliano e Filho (2020), considerava-se o titular do nome a família ou o próprio indivíduo; a negativista que, conforme Gonçalves (2020), o nome não representaria um direito, em razão disso, não merecia ser resguardado; e a da personalidade, que, segundo o entendimento de Venosa (2017), em razão do nome representar um atributo não patrimonial e ter a finalidade de proteger o homem, se encaixaria perfeitamente como um direito da personalidade.

Importante destacar que, atualmente, na vigência do Código Civil de 2002, como visto anteriormente, o nome é considerado um direito da personalidade, sendo um dos principais atributos da personalidade, tendo total proteção no ordenamento jurídico, vez que há reflexos importantes tanto na seara privada como na pública.

3.3 Elementos Integrantes do Nome

O Código Civil de 2002 é claro ao trazer, em seu artigo 16, os elementos constitutivos do nome: necessariamente o prenome e o sobrenome. Nesse ponto, cabe destacar que não há, dentro da própria legislação, total concordância quanto a denominação dos elementos que constituem o nome. Ora, ao passo em que o Código Civil, como citado acima, utiliza-se do prenome e sobrenome, a lei dos Registros Públicos utiliza-se dos termos prenome e nome (ARAÚJO, 2022).

Mesmo em face disso, e tendo como base o fato de que a maioria das normas se aproxima do Código Civil de 2002, opta-se a autora por utilizar-se o prenome e sobrenome como elementos que formam o nome civil.

Partindo para a conceituação, por prenome, entende-se como sendo o primeiro nome, utilizado como uma das principais formas de distinguir os membros de uma mesma família (GONÇALVES, 2020). A lei de Registros Públicos, no art. 55, parágrafo único, deixa claro que é completamente vedado o registro de um prenome que exponha a situações vexatórias o seu portador, tendo o oficial de cartório a possibilidade de vedar, e, em caso de insistência por parte dos pais, a decisão caberá ao Juiz, manifestando se aceita ou não que um prenome potencialmente capaz de expor ao ridículo, seja dado ao portador (BRASIL, 1973).

Um outro comando da lei de Registros Públicos no que se refere ao prenome, é a questão de irmãos gêmeos. Nessa situação, deverão ser registrados com o nome completo diverso ou, em caso de prenomes iguais, necessariamente deverá ser inscrito com duplo prenome, para que consiga chegar à finalidade geral, como citado acima: a individualização do indivíduo (BRASIL, 1973).

Observa-se, portanto, que ainda que o prenome seja uma escolha que cabe aos pais e/ou responsáveis, estes não têm direitos ilimitados quanto a escolha. O próprio Estado estabelece limites nesse campo privado, com a finalidade geral de evitar constrangimentos àquele que não teve a opção de escolha.

O outro elemento constitutivo do nome é o sobrenome, também chamado de patronímico. Este é uma herança familiar, sendo, então, herdado da mãe e do pai, conjuntamente, funcionando como o indicativo da procedência familiar ou origem ancestral. Interessante citar que, diferente do que normalmente acontece, não há uma obrigatoriedade quanto a ordem dos sobrenomes. Poderá, portanto, inserir primeiro o nome do pai, ou da mãe, escolher qualquer um deles, desde que contenha o patronímico de ambos (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Há, portanto, uma obrigatoriedade em relação a existência do patronímico, não quanto a ordem. Esta obrigação é indicada principalmente na lei de Registros Público, que estabelece, em caso de não indicação do nome completo por parte do declarante, a necessidade do Oficial, de ofício, lançar o prenome do pai, ou na ausência, o da mãe, caso sejam conhecidos (BRASIL, 1973).

4.DA IMUTABILIDADE DO NOME PREVISTA NA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS

4.1 Da Imutabilidade do Nome

Como já demonstrado, o nome é formado por elementos que se denominam de prenome e sobrenome. Sobre esses elementos, vigora o princípio da imutabilidade, em regra, pelo disposto na Lei de Registros Públicos, especialmente em seu art. 58, com o intuito geral de proteção às pessoas (BRASIL, 1973).

Segundo Farias e Rosendal (2017), essa situação justifica-se uma vez que, naturalmente, o nome civil gera o registro público no cartório, tendo força, notoriedade e veracidade, não sendo interessante ao Poder Público modificações ao bel prazer do titular daquele registro, vez que afastaria um dos principais fins do nome civil: a individualização

Assim, nos termos da Lei de Registros Público, vigora o princípio da imutabilidade do nome, como forma de proteção conferida em duas vertentes: pública e privada. Essa imutabilidade, entretanto, nos termos das jurisprudências e pelo posicionamento doutrinário, vem sofrendo certa relativização, afim de acompanhar as mudanças naturalmente ocorridas em sociedade, e com o objetivo geral de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.2 Hipóteses Legais de Alteração do Nome

Importante citar que, como o nome civil tem repercussão tanto no viés público quanto no privado, citado no tópico anterior, não seria interessante a prevalência apenas do interesse público, não existindo, portanto, situações passíveis de alteração do nome. Em face disso, a própria lei traz situações que permitem alteração do prenome, mas também permite que seja levado à análise de um juiz, para que altere o nome, desde que de forma motivada (BRASIL, 1973).

Conforme afirma Almeida (2020), as mudanças legislativas e principalmente o posicionamento jurisprudencial vem relativizando o princípio da imutabilidade do nome, ainda que de forma superficial, com o objetivo de garantir o direito das pessoas. Resta demonstrado que, em relação ao nome, vigora a imutabilidade relativa, essa definida em lei ou por decisão motivada do juiz.

Interessante citar que, conforme aduz Ulhoa (2020), há um prazo decadencial de 1 (um) ano, após a maioria, para mudança do prenome, de maneira imotivada, disposta no art. 56 da Lei de Registros Públicos. Esse artigo, entretanto, é claro ao afirmar que permite a mudança apenas do prenome, sendo vedada a modificação do nome de família, também conhecido como sobrenome. O autor afirma, entretanto, existir a possibilidade de

agregar ao sobrenome existente, componentes de patronímicos de outros ascendentes, tais como avó, bisavó e outros (ULHOA, 2020).

Para Farias e Rosenvald (2017), essa possibilidade se justifica em razão do nome caracterizar-se como um direito da personalidade, como já explicado em tópicos anteriores, e, com a finalidade de garantir o exercício pleno desse direito, aliado ao direito de identificação social, nada mais relevante que garantir a possibilidade de modificação imotivada, com prazo específico para tal, garantindo também a segurança jurídica.

4.3 A Possibilidade de Modificação do Nome sob a ótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fora instituído um fundamento extremamente importante e base de todas as relações existentes em sociedade: a Dignidade da Pessoa Humana. A partir disso, passou-se a entender que não basta que determinada situação esteja de acordo com a lei, deve, no mesmo grau, respeitar a dignidade da pessoa humana.

Nota-se que a Dignidade da Pessoa Humana alcançou uma posição extremamente importante em sociedade, sendo função do próprio Estado garantir meios para que ela possa ser de fato respeitada e alcance a todos os cidadãos.

No que se refere à possibilidade de modificação do nome, especialmente ligado ao sobrenome, em que a lei dos Registros Públicos estabelece restrições, a dignidade da pessoa humana vem sendo um dos principais argumentos para assegurar e respeitar as particularidades de cada um. Deve-se entender que de nada adianta um nome, com todos os seus elementos, se este não assegura a dignidade da pessoa.

Muito em razão disso, a jurisprudência, a doutrina e novas leis que vão surgindo colocam o princípio da dignidade da pessoa humana como um motivo para possíveis modificações de nomes, vez que este princípio se encontra resguardado na Lei Maior.

4.4 A Relativização do Princípio da Imutabilidade do Patronímico em Razão do Abandono Afetivo

Como visto anteriormente, o princípio da imutabilidade do sobrenome vem sendo considerado relativo, entendendo a jurisprudência e a doutrina que quando há justo motivo para alteração ou supressão desse sobrenome, esta modificação será possível.

No que se refere à supressão em razão do abandono afetivo, Tartuce (2021) considera este um justo motivo para a retirada do patronímico, uma vez que o nome na situação de ser um elemento identificador, não se torna plausível que o portador permaneça com um sobrenome que lhe remeta ao abandono sofrido pelos genitores.

Os Tribunais também se posicionam, de maneira geral, favoráveis à supressão do patronímico em razão do abandono afetivo. É o caso do julgamento da Apelação Cível nº 0006207- 54.2014.8.16.0179 pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em que a apelante alega ter sido abandonada pelo seu genitor antes de completar 1 ano de vida e a utilização do sobrenome registral paterno apenas remete a ela o sentimento de humilhação e tristeza (BRASIL, 2018).

O Desembargador Relator Ruy Muggiati, em seu voto, demonstra que a continuidade do sobrenome paterno ao nome da apelante, apenas gera uma espécie de sanção à própria apelante, e não ao genitor que nunca prestou nenhum tipo de auxílio, seja afetivo ou financeiro. Nesse sentido, em seu entendimento, o abandono afetivo, quando comprovado nos autos, caracteriza-se como um justo motivo para a retirada do sobrenome (BRASIL, 2018).

Mesmo nos casos em que há desprovimento do recurso, o abandono afetivo como sendo um justo motivo para supressão do sobrenome não é sequer questionado. É o caso da Apelação Cível nº 70073762262, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nesse caso, o Desembargador Relator apenas opinou pelo desprovimento do recurso por não haver nos autos documentos que comprovassem o abandono afetivo alegado pela parte apelante, que juntara apenas a certidão de guarda provisória concedida ao pai da mesma (BRASIL, 2017).

Fica demonstrado, portanto, que tanto a jurisprudência quanto a doutrina consideram o abandono afetivo um justo motivo para a supressão do sobrenome daquele que abandonou, vez que, como demonstrado no desenvolvimento do estudo, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer em relação ao texto da lei, vez que este sequer consegue acompanhar os avanços da sociedade.

4.4.1 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, também vem se posicionando de maneira favorável à relativização do princípio da imutabilidade em razão do abandono afetivo. Extrai-se da análise do Recurso Especial 13.04718/SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que o recorrente foi abandonado pelo pai aos 7 meses de idade, não

tendo sido amparado nem moral, muito menos economicamente. O relator, na fundamentação de sua decisão, deixa claro que o nome é uma das formas de caracterizar a família, e, como demonstrado em todo o processo, não houve a formação da relação paterno-filial, não assistindo razões para que o recorrente continuasse com o sobrenome paterno, principalmente por gerar sentimentos ruins (BRASIL, 2014).

O relator aduz ainda que o julgador não pode se restringir apenas ao que expõe a lei, uma vez que esta não acompanha a mudança da sociedade. Por isso, em seu voto, considera que os danos psicológicos causados ao recorrente, o abandono em tenra idade e a não formação do vínculo paterno-filial apresenta-se como um justo motivo para a retirada do patronímico paterno do registro civil do recorrente, demonstrando que o princípio da imutabilidade do patronímico é relativo, como exposto acima. Cita ainda a forte tendência do Superior Tribunal de Justiça em superar a rigidez do registro de nascimento, sempre visando a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2014).

Nesse mesmo sentido, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do Recurso Especial nº 66643/SP, considerou, com base na hermenêutica jurídica, e na própria evolução da doutrina e da jurisprudência, o abandono afetivo como um justo motivo para autorização da retirada do patronímico, principalmente em razão do nome civil ter como finalidade maior a individualização no âmbito familiar e social, o que não considera que ocorra nos casos de abandono afetivo (BRASIL, 1997).

Nota-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça se posiciona favorável à relativização do princípio da imutabilidade do patronímico, uma vez que a lei não deverá se sobrepor ao caso concreto, sendo possível que o sobrenome submeta o portador a uma situação vexatória, em razão do abandono afetivo, gerando um justo motivo para a exclusão do patronímico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado no desenvolvimento desse estudo, os laços afetivos alcançaram uma elevada importância no ordenamento jurídico, sendo a afetividade a base para o reconhecimento das diversas formas de famílias, afastando-se da centralização apenas nos laços sanguíneos.

Partindo disso, entende-se que o Estado não poderá intervir nas escolhas pessoais de cada indivíduo, mas a partir destas escolhas espontâneas, tem a necessidade de impor obrigações básicas. Assim, quando um casal decide ter um filho, deverá também cuidar e zelar por este filho, seja naturalmente ou decorrente de imposições legais.

Quando ainda assim, um dos genitores se afasta de seus deveres legais de cuidado, caracteriza-se um abandono afetivo que poderá acarretar diversas consequências físicas e psicológicas àquela criança e/ou adolescente abandonado. Dentre essas consequências, poderá surgir o anseio pela retirada do sobrenome daquele que o abandonou, o que é, de início, barrado pela Lei dos Registros Públicos e a consequente imutabilidade do sobrenome.

Nessa pesquisa observou-se que muito além de uma interpretação legal, é de extrema necessidade a observância de princípios básicos trazidos pela Constituição Federal de 1988, dentre eles, o fundamento da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, o princípio da imutabilidade do sobrenome precisa ser relativizado, com o fulcro de atingir este importante fundamento, vez que de nada adianta um nome que, apesar de individualizar em sociedade, causa angústia e abalo psíquico ao portador.

Demonstrou-se ainda que o abandono afetivo, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, é considerado um justo motivo para a retirada do sobrenome, tendo por base principalmente o fundamento da Dignidade da Pessoa Humana. Por todo o exposto, percebe-se que a lei não consegue acompanhar os avanços sociais, e, por isso, é de extrema importância a utilização de princípios para adaptar a lei ao caso concreto. Por isso, entende-se como possível a relativização do princípio da imutabilidade do patronímico em razão do abandono afetivo no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. A disciplina jurídica do nome da pessoa humana à luz do direito à identidade pessoal. **Revista jurídica Luso-Brasileira**, Portugal, n. 3, p. 1141-1205, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_1141_1205.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022.

ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2022. p. 297-347. *Ebook*. Disponível em: <2022DireitoCivilBrasileiroParteGeralCavalcantiAraujo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

BASTOS, Maria Clotilde Pires; FERREIRA, Daniela Vitor. **Metodologia Científica**. 1. ed. Londrina: Educacional S.A., 2016. p. 139-140. ISBN 978-85-8482-437-3.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. Breve histórico da família no Brasil. Direito Familiar, Curitiba, fev. 2020. Disponível em:

<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/818119294/breve-historico-da-familia-no-brasil>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BONINI, Ana Carolina Zordan; ROLIN, Ana Paula dos Santos. Abandono afetivo: aplicabilidade da responsabilidade civil na relação paterno filial. **Revista Juris UniToledo**, v. 2, n. 02, 16 p., 2017. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/101/123>. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

_____. Cartilha Pai Presente, de abril de 2015. Trata com base no Censo Escolar de 2011, 5 milhões de brasileiros não tinham o nome do pai no registro de nascimento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, abr. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 496**. Danos morais. Abandono afetivo. Dever de cuidado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2012]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/article/view/4626/4803>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 13.04718/SP**. Registro Civil. Nome. Alteração. Supressão do patronímico paterno. Abandono pelo pai na infância. Justo motivo. Retificação do assento de nascimento. Interpretação dos artigos 56 e 57 da lei nº

6.015/73. Precedentes. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2014]. Disponível em: file:///C:/Users/debor/Downloads/STJ_RESP_1304718_c3056.pdf. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 66.643/SP**. Registro Público. Nome Civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação suficiente. Permissão Legal. Lei 6.015/1973, art. 57. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1997]. Disponível em: http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/downloads/corregedoria/01curso_adap_juizes_militares/material/stj_re66643.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 11.9346/GO**. Filiação. Anulação ou reforma de registro. Filhos havidos antes do casamento, registrados pelo pai como se fosse de sua mulher. Situação de fato consolidada há mais de quarenta anos, com o assentimento tácito do cônjuge falecido, que sempre os tratou como filhos, e dos irmãos. Fundamento de fato constante do acórdão, suficiente, por si só, a justificar a manutenção do julgado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2003]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22119346%22%29+ou+%28RESP+adj+%22119346%22%29.suce>. Acesso em: 25 fev. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 120-124. ISBN 978-65-5065-071-1.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 12, de 06 de agosto de 2010**. Determina que seja remetido, em forma que preserve o sigilo, para cada uma das 27 Corregedorias Gerais dos Tribunais de justiça, o CD com os nomes e endereços dos alunos que, naquela unidade da Federação, não possuem paternidade estabelecida, segundo os dados do censo escolar. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_12_06082010_26102012174319.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. p. 155-164. ISBN 978-85-203-6711-7.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodvím, 2021. p. 161-187. ISBN 978-65-5680-354-8.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvím, 2017. p. 293-311. ISBN 978-85-442-1102-1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. Teoria Geral do Afeto. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 35-350. ISBN 978-65-5680-454-5.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 206-215. ISBN 978-85-536-0643-6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 156-172. ISBN 978-85-536-1723-4.

LOBO, Paulo. **Direito Civil Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 174-220. ISBN 978-85-536-0782-2.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 657-676. ISBN 978-85-309-8795-4.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33-34. ISBN 978-85-309-6867-0.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 164, set. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar>. Acesso em: 31 jan. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 781863-9**. Retificação em registro civil. Exclusão do sobrenome do pai. Desconforto e abalo emocional. Falta de pai biológico. Apelante: Débora Lúcia de Godoy Amaral. Relator: Benjamim Acácio de Moura Costa. Paraná, 17 de outubro de 2012. Disponível em: file:///C:/Users/debor/Downloads/acordao-781863900.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 0006207-54.2014.8.16.0179**. Apelação cível. Pedido de retificação de registro civil. Característica de imutabilidade. Exceções. Pedido de supressão de sobrenome. Alegação de abandono afetivo e material. Possibilidade. Recurso conhecido e provido. Apelante: A.J.S. Relator: Rui Muggiati. Paraná, 18 de julho de 2018. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/835468593/processo-civil-e-do-trabalho-recursos-apelacao-apl-62075420148160179-pr-0006207-5420148160179-acordao/inteiro-teor-835468603>. Acesso em: 19 abr. 2022.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, v. 13, n. 6, p. 95-110, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2908>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Do exercício da autoridade parental e abandono afetivo. In: **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 645-670. ISBN 978-85-309-9298-9.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 66-70. ISBN 978-85-309-7943-0.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70073762262**. Apelação cível. Registro civil. Supressão do patronímico materno. Abandono afetivo. Ausência de comprovação. Prejuízo à ancestralidade. Art. 56 da lei 6.015/73. Impossibilidade. Apelante: A.C.F.L. Apelado: T.M.C. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Rio Grande do Sul, 28 de setembro de 2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505875588/apelacao-civel-ac-70073762262-rs/inteiro-teor-505875606>. Acesso em: 19 abr. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível nº 1003518-65.2019.8.26.0664**. Ação de retificação de registro civil. Apelante: R. A. DE F. V. Apelada: C. V. Relator: Donegá Morandini. São Paulo, 18 de junho de 2020. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13660783&cdForo=0>. Acesso em: 20 fev. 2022.

SILVA, Carina Goulart da. **O direito ao nome como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana e da justiça social**. Rio Grande, 2017. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Justiça Social) – Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande. <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/8143/0000011751.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SOUSA, Ana Karlene de Siqueira. Abandono Afetivo. **Direito e Humanismo**. 1. ed., n. 19, set-dez. 2016. Disponível em: http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/1e691fc50bfd93f833d6f0c4ea9b07dc.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 28-40. ISBN 978-85-309-8396-3.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil Volume Único**. 11. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 130-300. ISBN 978-85-309-9310-8.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 182-204. ISBN 978-85-97-00972-9.

A CENSURA DO HATE SPCEECH NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

KEROLAINE FERREIRA DIAS:

Bacharelada do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG.⁸²

ALEXANDRE GOODMAN ORION REGINATTO⁸³

(orientador)

RESUMO: O presente estudo busca elucidar como o direito brasileiro censura o hate speech no ordenamento jurídico e a diferença tênue entre o discurso de ódio e o direito de liberdade de expressão, assegurado na Constituição Federal de 1988. O estudo trata uma visão social e jurídica do conflito entre o hate speech e a liberdade de expressão. Considerando a o estado democrático de direito em que vivemos, questiona-se quais consequências o hate speech traz para quem o pratica. O trabalho objetiva conscientizar as pessoas sobre os limites da liberdade de expressão, e as consequências do hate speech. A pesquisa torna-se relevante por tratar de manifestações de intolerância e consequente violência, situações que afetam diretamente o estado democrático de direito. Pautada em pesquisa bibliográfica e análise da legislação vigente no Brasil, bem como na doutrina e estudos publicados na internet, espera-se a contribuição acerca de reflexões sobre o discurso de ódio e que essa prática fere os direitos e princípios constitucionais inerentes às pessoas humanas.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Hate speech. Intolerância. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT: The present study seeks to elucidate how Brazilian law censors hate speech in the legal system and the tenuous difference between hate speech and the right to freedom of expression, guaranteed in the Federal Constitution of 1988. The study deals with a social and legal view of the conflict between hate speech and freedom of expression. Considering the democratic state of law in which we live, it is questioned what consequences hate speech brings to those who practice it. The work aims to make people aware of the limits of freedom of expression, and the consequences of hate speech. The research becomes relevant because it deals with manifestations of intolerance and consequent violence, situations that directly affect the democratic rule of law. Based on bibliographic research and analysis of current legislation in Brazil, as well as on doctrine and studies published on

82E-mail: kerolaineferreiradias97@gmail.com

83 Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. E-mail: alexandreorion@usp.br

the internet, it is expected the contribution on reflections on hate speech and that this practice violates the rights and constitutional principles inherent to human beings.

Keywords: Freedom of expression. Hate speech. Intolerance. Constitutional principles.

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e Hate Speech. 1.1 Direitos Fundamentais. 1.2 Liberdade de Expressão. 1.3 Hate Speech. 2. Liberdade de Expressão X Hate Speech. 2.1 Liberdade de Expressão e Hate Speech no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3. Hate Speech no Direito Internacional Comparado. 3.1 Estados Unidos. 3.2 Alemanha. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Entende-se como discurso de ódio, ou hate speech (em língua inglesa) um texto ou comportamento que “ataque ou use linguagem pejorativa ou discriminatória referente a uma pessoa ou grupo baseado em quem eles são” (PÚBLICA, 2020, p. 5).

O hate speech desafia a liberdade de expressão, pois alguns se posicionam contra as sanções estabelecidas para criminalizar o mesmo, alegando que este movimento se choca com a liberdade fundamental do indivíduo. No Brasil, o discurso de ódio é criminalizado, e “está em plena consonância com a normativa internacional sobre direitos humanos e com a jurisprudência constitucional da maioria das democracias liberais modernas – os Estados Unidos, neste particular, é que representam a exceção” (SARNAMENTO, 2020)

O mesmo autor pondera que, “contudo, num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto” (SARNAMENTO, 2020).

Nessa senda, a escolha do tema foi motivada pelo interesse em analisar a diferença entre a liberdade de expressão e o hate speech e as consequências pra quem o pratica. Considerado um tema atual, levando em conta a polarização política em que vivemos, o discurso de ódio está muito presente na nossa realidade, logo que as pessoas possuem pensamentos diferentes, e podem não saber lidar com opiniões contrárias. O estudo tratará do tema, e levará em conta até que ponto a liberdade de expressão pode ser resguardada como um direito fundamental, e o momento em que ela conflitará com outros direitos assegurados constitucionalmente às pessoas humanas.

Pautada em pesquisa bibliográfica e análise da legislação vigente no Brasil, bem como na doutrina e estudos publicados na internet, o estudo será dividido em três tópicos, sendo que o primeiro diz respeito às conceituações dos direitos fundamentais, liberdade

de expressão e hate speech. A segunda parte versará sobre a linha tênue entre a liberdade de expressão e o hate speech no ordenamento jurídico brasileiro. E por fim, a última parte trará considerações acerca do hate speech no direito internacional positivado.

1 Direitos Fundamentais: Liberdade De Expressão E Hate Speech

1.1 Direitos Fundamentais

Caetano (2016, p. 3) explica que os direitos fundamentais:

“[...] são obras de um lento e gradativo processo de modificações sociais e históricas, frutos de vários séculos de lutas coletivas, que visavam limitar o poder estatal e garantir os direitos mínimos às pessoas, que, sem dúvidas, graças a todo esse processo, conseguimos consagrar importantes princípios e garantias fundamentais, que nos amparam atualmente e estão incorporados ao patrimônio comum da humanidade [...]” (CAETANO, 2016, p. 3)

De acordo com Cavalcante Filho (201, p. 6), os direitos fundamentais podem ser definidos como “[...] direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica”.

Branco (2007, p. 230) ensina que:

“[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. [...] Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada” (BRANCO, 2007, p. 230).

1.2 Liberdade de Expressão

A Declaração de Direitos do Homem de 1789, em seu art. 11 determinou que:

Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela Lei. (DDH, 1789).

Nessa senda, no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. XIX, determina que “toda pessoa tem direito à liberdade e opinião de expressão (DUDH, 1948)

Em consonância com tais entendimentos, CF/88 dispõe sobre a liberdade de expressão em seu art. 5º, inciso IV: “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato (BRASIL, 1988).

Miranda (1988, p. 374) ainda expõe que:

“A liberdade de expressão é mais que a liberdade de comunicação social, porquanto abrange todos e quaisquer meios de comunicação entre as pessoas - a palavra, a imagem, o livro, qualquer outro escrito, a correspondência escrita e por telecomunicações, o espetáculo etc.”

Dessa forma, Tavares (2007, p. 553) esclarece que a liberdade de expressão é a maior faceta da própria liberdade, pois protege a liberdade de pensamento, mesmo quando esse pensamento não é externado.

De acordo com Meyer-Plug (2009, p. 74), em se tratando da liberdade de expressão, há caráter positivo e negativo do Estado:

A proteção à liberdade de expressão envolve uma dimensão negativa e positiva. Em sua acepção negativa, a proteção da liberdade dá-se por meio de uma obrigação de ‘não-fazer’, ou seja, o Estado não censura obras literárias, peças teatrais ou quaisquer manifestações culturais e populares.

Corroborando com esse pensamento, Canotilho (1984, p. 234) pontua que:

Em seu aspecto positivo, a proteção à liberdade de expressão exige uma atuação positiva do ente estatal, ou seja, não basta que não se imponham limites ao exercício dessas atividades, é necessário que se propicie as condições para que elas possam ocorrer, fomentando o debate público plural.

Conforme Mill (2001, p. 13), o Estado só tem um motivo para limitar a liberdade de alguém:

Que o único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é prevenir danos a outros. Seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma garantia suficiente. Ele não pode ser

legalmente compelido a fazer ou tolerar algo, porque será melhor para ele, porque o fará mais feliz, ou porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sensato ou mesmo correto. Essas são boas razões para protestar contra ele, ou debater com ele, ou persuadi-lo, ou suplicá-lo, mas não para força-lo ou puni-lo, caso ele faça o contrário. Para justificar essas medidas, o único tipo de conduta da qual se deseja dissuadi-lo deve ser aquela capaz de produzir mal a outra pessoa. O único tipo de conduta pelo qual alguém é responsável perante a sociedade é aquele que diz respeito aos outros. Na parte que apenas diz respeito a si mesmo, sua independência é um direito absoluto. Sobre si mesmo, seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano (MILL, 2001)

De acordo com Salert (2021, p. 512), considerando o valor e o prestígio da liberdade de expressão, ela foi considerada um direito fundamental em quase todos os países. Entretanto, os direitos não são de todo absolutos, podendo variar de acordo com o confronto desses direitos com outros valores de igual grandeza.

Conforme exposto por Sampaio (2016, p. 2), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 130/DF, no ano de 2009, o relator o Ministro Carlos Britto considerou que a liberdade de expressão é um “sobredireito”, dando ênfase retórica, e reconhecendo os limites inerentes à liberdade.

1.3 Hate Speech

De acordo com Luna e Santos (2014, p.232), o hate speech é “toda manifestação que denigra ou ofenda os membros de minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política ou cultural”.

De acordo com Brandão (2015), o Conselho da Europa define o hate speech como:

“[...] qualquer expressão que espalha, incita, promove ou justifica ódio racial, xenofobia, anti-semitismo ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo a intolerância causada por nacionalismos e etnocentrismos de caráter agressivo, discriminação ou hostilidades contra minorias, migrantes e pessoas de origem estrangeira” (BRANDÃO, 2015, *online*).

Meyer-Pflug (2009, p. 97), o hate speech pode ser definido como ‘a manifestação de ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias’.

Brugger (2007, p. 151), defende que o discurso de ódio está ligado as ações que “tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião”, além da ‘capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

Silva e Bolzan (2012) determinam que:

“[...] o discurso de ódio se configura como tal por ultrapassar o limite do direito à liberdade de expressão, incitando a violência, desqualificando a pessoa que não detém as mesmas características ou que não comunga das mesmas ideias, e ao eleger o destinatário como “inimigo comum” incita a violência e seu extermínio, o que fere frontalmente o valor que serve de sustentáculo para o Estado democrático de direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana [...]”.

2 Liberdade de Expressão X Hate Speech

2.1 Liberdade de Expressão e Hate Speech no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Coelho (2011 – online) explica que:

“[...] a liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata dos Direitos e Garantias fundamentais e funciona como um verdadeiro termômetro no Estado Democrático. Quando a liberdade de expressão começa a ser cerceada em determinado Estado, a tendência é que este se torne autoritário. Ela serve como instrumento decisivo de controle de atividade governamental e do próprio exercício do poder. O princípio democrático tem um elemento indissociável que é a liberdade de expressão, em contraposição a esse elemento, existe a censura que representa a supressão do Estado democrático. A divergência de ideias e o direito de expressar opiniões não podem ser restringidos para que a verdadeira democracia possa ser vivenciada” (COELHO, 2011, *online*).

A ADI 2404, que teve como relator o Ministro Dias Tofolli, destaca que para a proteção da criança e do adolescente, deve haver exceção acerca do princípio da liberdade de expressão:

“[...] Dirige-se o autor contra o preceito que prevê sanção de caráter administrativo ao ato de transmitir, via rádio ou televisão, espetáculo fora do horário autorizado pelo órgão competente. (...) não há dúvida

de que tanto a liberdade de expressão dos meios de comunicação como a proteção da criança e do adolescente são axiomas de envergadura constitucional. Mas, a meu ver, a própria Constituição da República delineou as regras de so pesamento desses dois valores, as quais são suficientes para o deslinde da presente ação, como veremos a seguir. (...) Como se vê, no preciso ponto da proteção das crianças e dos adolescentes, a Constituição Federal estabeleceu mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio tenuous, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. (...) Dessa forma, a classificação dos produtos audiovisuais busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. Essa classificação desenvolvida pela União possibilita que os pais, calcados na autoridade do poder familiar, decidam se a criança ou o adolescente pode ou não assistir a determinada programação” [STF. ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 31-8- 2016, DJE de 1º-8-2017.].

Sabendo que a liberdade de expressão é um direito garantido constitucionalmente, mas que há limitações, o indivíduo precisa saber que quando sua liberdade de expressão ultrapassa os limites da moralidade e da ética, ele está cometendo o crime de hate speech, ou discurso de ódio (CABRAL, ASSUNÇÃO, 2016- online)

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre restrições ao discurso de ódio em seu art. 5º, XLI “a lei punirá qualquer discriminação que viole direitos e liberdades fundamentais”.

A Carta Magna, ainda estabelece, em seu art. 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I– construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988)

Para avaliar a liberdade de expressão e o hate speech no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a avaliação do HC 82/424/RS. Esse caso é popularmente reconhecido como ‘Caso Ellwanger’, e foi o primeiro caso a analisar o hate speech.

Conforme o HC 82/424/RS, Ellwanger, que faleceu no ano de 2010, era escritor e em suas obras, negava a existência do holocausto, afirmando que não existia câmeras de gás, e que durante a Segunda Guerra, os judeus eram apenas escravizados.

Evidentemente, que o autor foi denunciado pelo Ministério Público, e também por diversos Movimentos que defendiam os direitos humanos. A condenação do autor se deu através dos Autos nº 1397026988-08720, sendo que sua condenação foi pelo crime disposto na Lei nº 7.716/89:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa” (BRASIL, 1989).

Como consequência da condenação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proibiu a distribuição de seus livros. Após isso, a favor de Ellwagner, foi impetrado um HC, que subiu para o STF.

Acerca do tema da liberdade de expressão, o STF entendeu o direito à liberdade de expressão não é absoluto:

[...] como qualquer direito individual, a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Por isso, no caso concreto, a garantia da liberdade de expressão foi afastada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. Vencidas a tese que deferia a ordem para

reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e a tese que deferiria habeas corpus de ofício para absolver o paciente por atipicidade da conduta” (HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

O Plenário se posicionou no sentido de que:

“[...] a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse processo, origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Para a construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo”, o Tribunal concluiu que é necessário, por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugar fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. Apenas desta maneira é possível obter o real sentido e alcance da norma, que deve compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos. Asseverou-se que a discriminação contra os judeus, que resulta do fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas, é inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na Constituição do Brasil e no mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático de Direito” (HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro não tem tipificação própria, Meyer-Pfluf (2009, p. 198) explica que:

O sistema constitucional brasileiro protege a liberdade de expressão, bem como a dignidade da pessoa humana e veda a prática do racismo. A maioria dos tratados que versam tanto sobre a proteção à liberdade de expressão, como a proibição de práticas discriminatórias e atentatórias aos direitos fundamentais, foi ratificada pelo Brasil. A Constituição de 1988, por sua vez, conferiu proteção especial aos direitos fundamentais, mas inexistente no ordenamento jurídico pátrio uma lei específica proibindo o discurso de ódio.

Dessa forma, a Lei nº 7.716/89 versa sobre o tema em seu art. 20:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio

II - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

Dessa forma, referido destaque consegue tipificar o hate speech na internet. Vislumbrando a necessidade de criação de norma específica para o caso, no ano de 2019, o Deputado Márcio Jerry, do PCdoB do Estado do Maranhão, propôs o PL 4.785/2019, que “altera o Código Penal para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual, prevendo a inclusão do art. 154 – C (BRASIL, 2019):

“Art. 154-C. Incorre nas mesmas penas previstas neste Decreto-Lei, quem por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual, desenvolver, difundir, induzir, injuriar ou incitar a intolerância,

ódio, preconceito, exclusão e violência, de qualquer forma, inclusive simbólica, por motivo de raça, cor, gênero e identidade de gênero, orientação sexual, religião, origem nacional ou étnica, idade ou condição de pessoa com deficiência.

Pena: reclusão, de um a três anos, e multa

1º. A pena aumenta-se de um terço se sob denominação própria ou não, associarem-se três ou mais pessoas com o fim de cometer algum dos crimes previstos neste Decreto-Lei.

2º. A pena aumenta-se em metade se a intolerância, ódio, exclusão e violência for praticada:

I – com uso de ameaça;

II – abuso de autoridade;

II– contra menor de dezoito anos;

III– se praticado por cônjuge ou qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido, independente de coabitação e de orientação sexual;

IV – contra o direito de imagem; se da agressão resulta em prejuízo econômico.” (BRASIL, 2019)

O objetivo central do PL é:

“[...] dotar o país de uma legislação para o enfrentamento dos discursos e práticas de atos de intolerância, discriminação e ódio, realizado não somente contra um indivíduo, mas também contra a coletividade de pessoas, objetivando atingi-las por suas características peculiares de raça, gênero, orientação sexual, religião ou procedência nacional, atentando contra suas integridades emocional e física, fomentando um ambiente de intolerância que só se sustenta pela ignorância” (BRASIL, 2019)

No Brasil existe tipificação legal apenas ao discurso de ódio, que é o discriminatório. Acerca do tema, Carreirão (2012, p. 56) esclarece que:

No Brasil a única ressalva feita pela Constituição à liberdade de expressão que pode ser relacionada ao discurso de ódio é a vedação ao racismo. A vedação ao racismo é regulamentada pela Lei nº

7.716/89, que tipifica diversas condutas consideradas racistas como crime. É interessante perceber que a lei não incrimina o preconceito racial por si só, mas sim as atitudes provenientes deste preconceito, como a de impedir o acesso de alguém a algum estabelecimento por conta da raça ou a incitação de ódio contra determinada raça. Deste modo, o sistema brasileiro se aproxima muito mais do sistema norte-americano, na medida em que não pune a ideia racista, mas suas consequências.

Restando evidente a necessidade de criminalização do hate speech, o STF já evidenciou a necessidade de tipificação desses atos por parte do Congresso Nacional, bem como outros projetos com a mesma finalidade. Apesar da não existência de legislação específica sobre o hate speech, o STF tem se adequadado aos ideais da sociedade, pontuando a necessidade de criminalização dessas condutas.

3 Hate Speech no Direito Internacional Comparado

3.1 Estados Unidos

Segundo Sarmiento (2007), a liberdade de expressão foi incluída na Constituição Americana através da primeira emenda da Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

Em tradução livre: O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.

De acordo com Paixão et. al. (2018, p. 36-37):

Com o passar do tempo, a liberdade de expressão consolidou-se como o direito fundamental mais prestigiado pela jurisprudência, entretanto com o seu fortalecimento, garantias, como a privacidade, a honra e a igualdade foram mitigadas. Assim a jurisprudência norteamericana se firmou no sentido de que o Estado deve se abster de qualquer intervenção no debate público, mesmo que a fim de pluralizar o debate e garantir a participação de segmentos excluídos.

Nessa perspectiva, as restrições ao hate speech são limitações baseadas em concepções subjetivas, logo, são, em regra, ilegítimas e maculadas pela inconstitucionalidade. Ou seja, independentemente de serem ideais de igualdade, favoráveis aos direitos humanos ou ideias segregacionistas como o antissemitismo ou o ódio racial, devem receber a mesma proteção do Poder Público.

3.2 Alemanha

O caso mais conhecido sobre o hate speech na Corte Alemã, aconteceu no ano de 1994, quando a Corte reconheceu que, em um evento no qual eram discutidas teses de que o holocausto era uma invenção dos judeus, era uma discriminatório, e portanto, restringiu a liberdade de expressão sobre o caso:

Entendeu a Corte que a negação do Holocausto não era uma manifestação de opinião, mas a afirmação de um fato, e que as afirmações inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não são constitucionalmente protegidas pela liberdade de expressão. No julgamento, o Tribunal ainda destacou que a singularidade do Holocausto o teria convertido em elemento constitutivo da própria identidade do cidadão de origem judaica, que se reflete na sua relação com a sociedade alemã. (ALEMANHA, 1949)

Há, no Direito Alemão, o princípio da proporcionalidade, que defende a ponderação caso haja conflitos entre os direitos fundamentais, como no caso em tela:

A Corte Constitucional alemã transformou essas análises funcionais em dois preceitos doutrinários a serem seguidos em todos os casos de liberdade de expressão. Em primeiro lugar, aplicando o princípio da proporcionalidade, leis promovendo interesses públicos ordinários podem não justificar a interferência na liberdade de expressão — ao contrário, tal interferência deve ser justificada por um interesse público relevante que não seja possível atingir por um outro meio menos intrusivo, e isso é particularmente verdade quando a proibição é baseada em pontos de vista. Em segundo lugar, ao examinar se o conteúdo de uma mensagem justifica que ela seja restringida, os tribunais não podem escolher a interpretação punitiva da mensagem se existir uma interpretação alternativa razoável (BRUGGER, 2007)

Considerações Finais

Após o exposto, resta claro que a liberdade de expressão é considerada uma das mais estimadas garantias constitucionais no estado democrático de direito, sendo representada em toda a sua essência, garantido a participação de todos os indivíduos da sociedade. Pautada na igualdade, é um dos pilares basilares do nosso modelo democrático, considerando a liberdade de exteriorizar os pensamentos humanos perante a sociedade. Entretanto, não pode ser considerada um direito absoluto, devendo haver ponderação, logo que ao ultrapassar limites, pode-se cometer o crime de discurso de ódio.

Considera-se que há conteúdos suficientes para justificar a aprovação de projetos que criminalizam o discurso de ódio, inclusive nos novos formatos que a tecnologia proporcionou. Atualmente, com o avanço das redes sociais e com a crescente exposição e facilidade de alcance de informações, o Crime de Ódio se tornou ainda mais acessível para quem o deseja cometer.

Referências

ALEMANHA. **Constituição (1949)**. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 14 abr. 2022.

BRANDÃO, Daniele. **O Discurso do Ódio na Internet**. Blog jurídico. Disponível em: <https://danielebrandao7.jusbrasil.com.br/artigos/172170217/o-discurso-do-odio-na-internet>. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 17 abr. 2022

BRASIL. **Lei n.º 7.716 de 5 de janeiro de 1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Diário oficial [da] república federativa do brasil. Brasília, 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 16 abr 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 4.785/2019**, que altera o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual. Câmara dos deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=2217918>. Acesso em: 16 abr 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 82.424-2**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Relator originário: Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=79052>. Acesso em 16 abr 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade n.º 2.404**. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=tp&docid=13259339>. Acesso em: 14 abr. 2022

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Direito público, porto alegre, ano 4, n.15, p.117-136, Jan./mar. 2007.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ASSUNÇÃO, Caroline Oliveira de. **Hate speech: o direito fundamental à liberdade de expressão e seus limites**. Blog jurídico. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24273022_hate_speech_o_direito_fundamental_a_liberdade_de_expressao_e_seus_limites.aspx. Acesso em 14 abr. 2022

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. **A liberdade de expressão e o politicamente correto**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso- Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Liberdade de expressão e a democracia**. Dom total. Disponível em <https://domtotal.com/artigo/2399/12/12/liberdade-de-expressao-e-a-democracia/> Acesso em 14 abr. 2022

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em: 17 abr. 2022

DDH. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão** (1789). Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> Acesso em 17 abr. 2022

ESTADOS UNIDOS. **Primeira Emenda Constitucional**. Washington, DC, 1791

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio no Brasil**. Revista Direito e Liberdade, v. 16, n. 3, set./dez. 2014. p. 227-255. Disponível em

http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revistadireitoe_liberdade/article/viewFile/780/621. Acesso em: 17 abr. 2022

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **On Liberty (1859)**. Kitchener/Canadá: Batoche Books, 2001

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

PAIXÃO et. al. **Liberdade de expressão e hate speech no estado democrático de direito**. Revista de Direito. Viçosa/ V. 10, N1, 2018

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Do mercado de ideias a ideias no mercado – a liberdade de expressão no século XXI**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Disponível em <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> Acesso em 14 abr. 2022

SILVA, Roseane. Leal da.; Bolzan, Luiza Quadros da Silveira. **Discurso de ódio: liberdade de expressão ou violação dos direitos humanos?**. 2012. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/trabalhos/7116.pdf>>. Acesso em: 19 abr 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

ANÁLISE ACERCA DO SISTEMA ELEITORAL “DISTRITÃO” À LUZ DOS PRINCÍPIOS ELEITORAIS DA IGUALDADE DE CHANCES E DA DEFESA DE MINORIAS

SARAH SOUSA LIARTE:

Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA ⁸⁴

JOSÉ WILSON DE OLIVEIRA BATISTA ⁸⁵

(coautor)

FABRÍCIO FARIAS DE CARVALHO⁸⁶

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES ⁸⁷

(Orientadores)

RESUMO: A democracia é uma das alternativas que permite a participação de pessoas, grupos instituições nas decisões políticas do país. O sistema eleitoral, se caracteriza como um importante instrumento necessário que se destina á escolha dos candidatos durante as eleições. O Sistema Eleitoral se caracteriza como um instrumento necessário que se destina à escolha dos candidatos durante as eleições. Contudo, foram apresentadas propostas de reformas eleitorais no Brasil, dentre elas, a que continha a substituição do sistema proporcional pelo sistema “distritão” que não foi aprovado pelo Congresso Nacional. Esta publicação tem como objetivo analisar o sistema eleitoral “distritão” à luz dos princípios eleitorais da igualdade de chances e defesa das minorias. Baseado nesse resultado, verificou que o sistema “distritão” não está em conformidade com os princípios eleitorais da igualdade de chances e da defesa das minorias quando favorece determinado candidato e partido político, assim como exclui as minorias na participação de todo o processo eleitoral, indo de encontro com a finalidade da democracia. O método utilizado foi de uma pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, de livros, artigos científicos, teses,

84. *E-mail:* sousaliarte17@hotmail.com.

85 Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* wilson_the@hotmail.com.

86 Prof. Doutor do Curso de Direto do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* fabriciofcarvalho@gmail.com.

87 Prof. Mestra do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* rochelefirmeza@hotmail.com.

dissertações, doutrinadores, jurisprudência e legislação nas principais bases de dados indexadas.

Palavras-chave: Sistemas eleitorais, “distritão”, princípios da igualdade, princípio defesa, democracia.

1 INTRODUÇÃO

O sistema eleitoral mostra-se como um importante instrumento dentro de uma sociedade democrática, pois é através dele que se regem as eleições dentro de um país. Diante disso, os sistemas eleitorais possuem a função de organizar as eleições, efetivando a vontade popular e possibilitando o início dos mandatos políticos, bem como a representação dos diversos grupos sociais.

Dentre das diversas reformas do sistema eleitoral brasileiro, houve uma proposta de Emenda Constitucional destinada à substituição do sistema proporcional, que se encontra em vigência, pelo sistema “distritão”. Entretanto, há uma forte discussão entre os especialistas sobre a implementação de tal sistema no Brasil.

A reforma eleitoral precisa estar em conformidade com a democracia ao outorgar as conquistas alinhadas com os interesses da maioria. A própria Constituição assegura os direitos e as garantias para que a sociedade possa manifestar seus interesses quanto à participação de decisões importantes no Brasil. Contudo, para que a reforma eleitoral seja indiscutivelmente efetiva na realidade factual, é necessário o envolvimento ativo de todos os setores da sociedade, seja por meio das instituições abstratas orquestradas em suas normas positivadas, quanto através da sociedade civil organizada.

Uma possível aprovação do sistema “distritão” modifica grande parte do sistema eleitoral do Brasil. Dessa forma, é necessário que a sociedade discuta sobre o tema em questão, para que possa manifestar suas opiniões e ser ouvida, uma vez que a soberania popular constitui um dos alicerces da democracia, assim fazendo uma sociedade mais justa.

Visando melhor desenvolver tal temática deste estudo científico, buscamos esclarecer o seguinte problema de pesquisa: o sistema eleitoral “distritão” está de acordo com os princípios eleitorais da igualdade de chances e defesa das minorias?

No tocante à metodologia, esse trabalho assume a pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, por meio de pesquisas em livros, artigos científicos, teses, dissertações, jurisprudência e legislação, realizadas nas seguintes bases de dados: Google Acadêmico,

SciELO e Periódicos Capes. Critério de inclusão, materiais selecionados disponíveis na íntegra *on-line*, em língua portuguesa, publicados nos últimos 5 anos e que seguem os termos da pesquisa: “Sistemas eleitorais”, “distritão”, “princípios da igualdade” “princípio defesa” e “democracia”. No critério de exclusão, serão eliminados os estudos incompletos, não disponíveis na íntegra *on-line*, em língua estrangeira, publicados fora do período selecionado e os que não seguem os termos da pesquisa.

Para se chegar a uma conclusão acerca da temática proposta, o capítulo primeiro realizará uma discussão sobre os princípios democráticos quanto a importância dos partidos políticos. Já o segundo capítulo conceituará os sistemas eleitorais vigentes no Brasil e a discussão do sistema “distritão”. O terceiro capítulo apresentará a análise sobre o sistema “distritão” em relação aos princípios da igualdade de chance e da defesa de minorias. Por fim, o quarto e último capítulo apresentará a conclusão do presente estudo.

Assim, essa pesquisa mostra-se de grande valia em vários aspectos, tendo uma relevância social no sentido de colaborar com um pensamento crítico-reflexivo acerca dos efeitos causados pelo sistema “distritão” do Direito Eleitoral e uma relevância jurídica, que pode vir a auxiliar as decisões proferidas pelos tribunais e especialmente a justiça eleitoral. Por fim, a relevância acadêmica como forma de instigar novas pesquisas e debates dentro da academia.

2 ACERCA DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Dentro do Direito Eleitoral, a democracia é permeada de princípios que a tomam uma das principais maneiras da sociedade participar das decisões políticas do país ao permitir a manifestação de diversas pessoas, grupos e instituições sem realizar nenhum tipo de discriminação. Seu surgimento não ocorreu de maneira aleatória, mas oriunda de várias conquistas ao longo da história, tornando-a cada vez mais importante por acompanhar as transformações sociais.

A democracia da contemporaneidade é formada por vários institutos. Entretanto, para compreendê-la, é necessário apresentar brevemente sua evolução histórica, analisar princípios que buscam igualar as diferenças nas eleições e discorrer da importância dos partidos políticos. Uma disputa eleitoral justa somente é possível quando é oferecido oportunidade de participação da sociedade.

2.1 Breve evolução histórica sobre democracia

A democracia moderna, que tem como fundamentos a liberdade e a igualdade, é bastante diferente da democracia constituída na cidade de Atenas, na Grécia antiga, tendo em vista que a segunda destinava uma forma de governo para evitar a tirania, mas determinava algumas condições para seu exercício pelo cidadão.

A democracia tem sua origem durante a Grécia antiga, formada por um governo feito pelo seu próprio povo. Diferente de outros regimes de governos, como o autoritarismo e totalitarismo, a democracia buscou trilhar seus caminhos, ao alcançar o seu ideal proposto quando passou a valorizar a liberdade quantos aos direitos, individuais e coletivos, ao reconhecer a participação da sociedade da constituição de governo (SALES, 2016).

Na Grécia antiga, as decisões importantes de interesse de todos os seus moradores competiam exclusivamente à assembleia de cidadãos, na qual o povo governava por si mesmo em reuniões feita em praças públicas. Entretanto, poderia participar das reuniões somente o “cidadão grego”, isto é, homem, livre, maior de 18 anos, que tivesse posses e grego de nascença. Com grandes transformações no decorrer da história, a democracia é destinada para atender aos interesses coletivos da maioria, seguindo as normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo (DINIZ; NEVES JUNIOR, 2016).

Atualmente, para o exercício da democracia no Brasil, existem diversos instrumentos que contribuem para o cidadão participar das decisões pertinentes ao governo, como o plebiscito, o voto, o referendo, dentre outros. Além disso, há diversas instituições, sejam elas em nível federal, estadual ou municipal, que se destinam tanto à fiscalização do cumprimento da democracia quanto ao desenvolvimento de ações para o seu fortalecimento.

2.1.1 Princípios eleitorais

O Direito Eleitoral é formado por diversos princípios que ajudam na resolução de conflitos na sua própria organização. Discutir a importância dos princípios a partir do Direito Eleitoral consiste em reconhecer seus valores dentro da norma jurídica e inserir novas discussões.

Os princípios, como tipo de normas jurídicas, são uma das fontes do Direito que possuem força vinculante fundamentais, que são ordenados e sistematizados acerca de uma determinada realidade, ao abranger um maior número de circunstâncias para solucionar conflitos nos quais pode extrair tanto direitos quanto deveres jurídicos. Dentre

os princípios que norteiam o Direito Eleitoral estão: soberania popular, republicano, sufrágio universal, legitimidade das eleições, moralidade para o exercício de mandato, probidade administrativa, igualdade ou isonomia, pluralismo político, liberdades de expressão e informação (GOMES, 2020).

Contudo, este estudo não pretende realizar uma discussão dos princípios mencionados anteriormente, mas discutir acerca dos princípios da igualdade de chances e defesa de minorias no tocante ao sistema “distritão”.

2.1.2 Princípio da igualdade de chances

Desde o período imperial aos tempos atuais, o Brasil é marcado por grande desigualdade quando um candidato venha a disputar uma eleição, pois os partidos políticos com mais recursos financeiros são mais conhecidos pela sociedade. Entretanto, para romper com diferenças existentes, há no Direito Eleitoral o princípio da igualdade de chances com o objetivo de sanar essas irregularidades que estão presentes durante as disputas eleitorais.

O princípio da igualdade de chances presente do Direito Eleitoral garante em todo o processo eleitoral a existência de tratamento de igualdade direcionado aos candidatos. Por meio deste princípio, os candidatos têm acesso ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha, conhecido popularmente como fundo eleitoral realiza propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV sem nenhuma discriminação, independente de ideologias partidárias. Além disso, veda ações oriundas dos meios de comunicações, das instituições públicas ou privadas na interferência das eleições em detrimento de um determinado candidato e partidos ou até mesmo venha causar algum prejuízo (SALGADO, 2010).

Contudo, o princípio da igualdade de chances, não ocorre com relação ao financiamento de campanhas. Devido aos altos custos envolvidos nelas, o partido ou candidato com maior aporte financeiro pode apresentar grande vantagem, pois consegue realizar campanha, obter mais votos, e, com isso, tem grande chance de ser eleito, criando um grande problema na disputa eleitoral (CUNHA; LIMA, 2012).

Uma disputa eleitoral equilibrada é característica do Estado Democrático, ao permitir que a manifestações de ideias aconteça sem interferências. Contudo, esse princípio pode ser violado com reformas eleitorais, seja no âmbito dos sistemas eleitorais ou até mesmo dos recursos financeiros, ao favorecer candidatos e partidos políticos, o que pode causar sérios problemas à democracia e às instituições.

2.1.3 Princípio da defesa de minorias

A Constituição Federal adota a premissa de que todos os cidadãos são iguais perante a lei. Dessa forma, para que a política desenvolvida pelo Estado como um todo esteja alinhada com esse pensamento, foi desenvolvido o princípio da participação e defesa das minorias não somente na discussão política, como também na composição da administração pública.

Levando em conta a existência de diversas ideologias e crenças espalhadas por todo o país, o princípio se firma no pluralismo político, composto por diferentes grupos sociais, a fim de dar voz e participação às diversidades que compõem nossa sociedade.

Essa representação pode ser efetivada através dos partidos políticos que, mesmo sendo pequenos, tem sua chance na tomada de decisão dentro de uma sociedade para o fortalecimento da democracia, visto que as deliberações ou projetos de lei que restringem a participação das minorias são inconstitucionais.

2.2 A importância dos partidos políticos no sistema eleitoral e para própria democracia

2.2.1 Partidos políticos

Os partidos políticos têm um papel importante dentro do processo eleitoral no Brasil, como se encontra previsto no art. 17 da Constituição Federal, ao definir as condições de elegibilidade vinculadas à filiação partidária.

Se faz importante destacar que esse estudo foi concluído antes da aprovação da federação partidária das eleições de 2022, isto é, a união de dois ou mais partidos com estatuto e programa comuns, não sendo esse o objeto de análise no presente estudo.

Para o aprofundamento com relação aos partidos políticos, será apresentado acerca de sua evolução histórica, seu conceito, sua natureza, sua norma jurídica, sua constituição e sua importância dentro no contexto da democracia no Brasil.

2.2.1.1 Breve evolução histórica

Voltar um olhar para a história apresenta um significado fundamental para a compreensão da atual organização dos partidos políticos no Brasil. Seu surgimento se inicia ainda no período imperial, passando por diversas transformações ao longo dos tempos.

Mediante os fenômenos sociais que vão acontecendo durante os anos, surge o chamado "paulatino", que dentro dos séculos XVII e XVIII adotou uma ideia de que os partidos políticos surgiram da junção de forças entre os indivíduos que concordaram em tentar melhorar o meio social em que viviam. São destacados também os fenômenos partidários como os *tories* (conservadores) e *whigs* (liberais), decorrente da Revolução Gloriosa, na Inglaterra, 1688; os federalistas e os republicanos nos Estados Unidos pós-independência; ou, os jacobinos e girondinos, oriundos da revolução francesa (ALVIM, 2016).

Durante o período imperial de D. Pedro I no Brasil não existiam partidos políticos, mas grupos que visavam apenas atender aos interesses do Imperador. Com o fechamento do parlamento pelo Imperador e a criação da Constituição de 1824, ao determinar as regras de quem poderia ser candidato e de quem poderia votar, desagradou a elite dominante, fazendo com que o Imperador abdicasse do trono e, com isso, abrindo caminhos para o surgimento dos primeiros partidos políticos. Contudo, os partidos surgidos depois da abdicação do Imperador visavam atender somente aos interesses dos ruralistas e urbanistas, explorando a escravidão e fomentando práticas para o aumento de riquezas das elites dominantes da época (MOTA, 2018).

Após o período Imperial, surge a Constituição da República. Nele surgiram vários partidos políticos, mas marcados por curtos períodos de suas atividades, com constantes disputas pelo poder com outros partidos, predomínio de ideologias liberais e com forte influência em sua localidade, causando várias consequências no desenvolvimento na política brasileira. Quase no final da década de 1930, surgiram no Brasil, partidos que visavam representação nacional, realizavam oposição ao governo e lutavam por melhorias para o país. Contudo, durante o período da chamada ditadura militar, houve suspensão de atuação de muitos partidos e estipularam a instituição do bipartidarismo, que atendiam somente os interesses do regime militar (MONTESCHIO, 2019).

Com fim da ditadura militar, o Brasil buscava retomar a democracia, ao estabelecer regras por meio do pluripartidarismo e ao permitir que os partidos políticos pudessem atuar em proveito do país, adquirindo relevância nacional consoante com interesse social.

2.2.1.2 Conceito e Natureza Jurídica

Sabe-se sobre os Partidos Políticos a definição de um agrupamento de indivíduos com ideologias iguais ou como uma entidade formada pela junção de pessoas, com o intuito de assegurar a democracia e efetivar através do exercício do poder político.

Historicamente, apenas uma pequena parcela das classes sociais mais favorecidas tinha direitos políticos, favorecendo o surgimento de agremiações políticas, bem como os votos para os candidatos a elas vinculados e financiamento de campanha. Logo, após o final da Segunda Guerra Mundial, as concepções mudaram e a visão para os partidos políticos se expandiu, sendo trazidos como elementos que fortalecem a democracia e ajudam a formar o quadro político de um determinado Estado.

Atualmente, os partidos políticos ocupam um significativo papel na democracia brasileira, quando configuram como uma condição firme para alcançar a elegibilidade. Por meio deles, proporciona-se à população a oportunidade de se expressar nas decisões políticas e, dessa forma, possibilita à sociedade uma participação mais efetiva nas decisões governamentais (VELLOSO; AGRA, 2020).

No Brasil, os partidos políticos são regulamentados pela Constituição Federal e pela Lei 9.096/1995, aos definirem os requisitos necessários acerca de suas organizações. Os partidos políticos são classificados como pessoas jurídicas de direito privado.

Por intermédio dos partidos, aqueles indivíduos que desejam ingressar uma vida política, devem se coligar ao partido que tenha ideologias parecidas com as suas e assim pleitear uma vaga e reflete também na população que tem uma participação significativa nas decisões.

2.2.1.3 Os partidos políticos na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, disciplina os partidos políticos em seu art. 17 que é livre a criação, a fusão, a incorporação e a extinção de partidos políticos e que devem ser resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Existem preceitos que devem ser seguidos, tal como caráter nacional, não receber recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros, o dever de prestar contas à Justiça Eleitoral e o funcionamento parlamentar de acordo com a lei. Possuem autonomia para definir a estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento, bem como, podem escolher os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, menos nas eleições proporcionais e seus estatutos precisam apresentar normas de disciplina e fidelidade partidária. Logo após a criação e o recebimento da personalidade jurídica, são registrados mediante os estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

2.2.1.4 A constituição dos partidos políticos

A democracia brasileira é recentemente constituída, mas estabeleceu regras pertinentes para que ocorra a constituição dos partidos políticos. Aquele que se encontra como representante do partido, necessariamente deve seguir todos os procedimentos previstos na Lei 9.096/1995.

Conforme o art. 7º da Lei 9.096/1995, quando o partido político adquire personalidade jurídica, deve registrar seu estatuto perante o Tribunal Superior Eleitoral. Além disso, no §1º do referido artigo, seu registro somente será aceito, quando o estatuto tem caráter nacional, ou seja, no período de dois anos que tenha apoio de eleitores não filiados, pelo menos 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos válidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles (BRASIL, 1995).

O partido político (também chamado de agremiação partidária), a partir do momento que encontra estabelecido sua constituição, as situações jurídicas que envolvem sua criação e seu funcionamento, passa a receber recursos financeiros oriundos do fundo partidário, assim como a obter acesso gratuito aos meios de comunicações, tais como o rádio e a televisão, dentre outras alternativas para os desempenhos de suas atividades (BARREIROS NETO, 2017).

Para que os partidos políticos possam receber o fundo partidário, recursos financeiros públicos repassada aos partidos, no art. 17, § 3º, CF, estabelece que, em eleições para a Câmara dos Deputados, ter alcançado, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas e terem elegido ou pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação (BRASIL, 1988).

A determinação de regras destinadas à constituição dos partidos políticos, não obstam acerca de sua autonomia, mas contribuem para uma organização dos direitos políticos, alinhados com regime democrático, visando assegurar a principal finalidade de sua constituição, que são referentes à representatividade e à defesa dos direitos fundamentais previsto na Constituição.

2.2.1.5 Importância dos partidos políticos

Apesar dos partidos políticos serem associações privadas, que são constituídos por pessoas, sua importância ultrapassa os interesses desses, visando alcançar o máximo possível a sociedade como o todo.

Na leitura do art. 1º da Lei 9.096/1995, apresenta a importância dos partidos políticos quando sua instituição tem como finalidade assegurar a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais na Constituição, alinhado com regime democrático (BRASIL, 1995).

Os partidos políticos possuem bastante relevância dentro da formação da vontade política no Brasil. Por meio dos partidos políticos, permite-se a mediação entre a sociedade e o Estado, quando se estabelecem diretrizes destinadas à organização das decisões do Estado, mas consoantes as exigências da sociedade (MENDES; BRANCO, 2020).

Para alguém concorrer a qualquer cargo eletivo, precisa se filiar em um partido político. Sem a devida filiação, não é possível concorrer ao pleito eleitoral. Por meio da filiação, existe um vínculo entre candidato e partidos políticos, ao permitir ao eleitor escolher dentre os candidatos durante o processo eleitoral quem irá representá-lo (VELLOSO; AGRA, 2020).

Os partidos políticos são importantes instituições que ajudam no desenvolvimento do regime democrático, não se restringem apenas ao processo eleitoral, devem seguir a Constituição para o desenvolvimento de suas ações para atender a coletividade.

2.3 Pluripartidarismo e a sua importância para a democracia

Como a democracia possibilita que as pessoas participem na organização do governo, pode surgir o pluripartidarismo, que consiste na representação de vários grupos sociais para a formação de partidos políticos.

O Pluripartidarismo, que se encontra vinculado ao pluralismo político, está previsto no art. 1º, da CF, e é uma característica vigente de Estados de regime democrático. Por meio do pluripartidarismo, permite-se a existência de vários partidos políticos que disputam o poder estatal, trabalhando livremente diferentes manifestações ideológicas-políticas, contribuindo para a ampliação da livre participação popular por meio de partidos políticos (REIS; SILVA, 2016).

As vantagens acerca do pluripartidarismo permitem a possibilidade de minorias participarem no parlamento através do sistema proporcional. Além disso, o fim da polarização pela disputa de poder entre dois partidos, assim como, o favorecimento ao

eleitor de uma diversidade de escolhas de qual partido se identifica durante o processo eleitoral (GUIMARÃES; GUIMARÃES, 2017).

3 SISTEMA ELEITORAIS E O SISTEMA “DISTRITÃO”

Entende-se como sistemas um conjunto de partes que se ligam e ajudam no funcionamento de determinada coisa. No Direito Eleitoral existem os Sistemas Eleitorais que visam à organização do processo eleitoral. As partes são os votos, que se transformam em manifestações de vontade dos eleitores. Isto é, o que é o sistema no Direito Eleitoral é a ligação que existe entre os votos e a forma como são acolhidos.

Dentro desse grande sistema, existem várias possibilidades de fortalecer a democracia e organizar toda a estrutura eleitoral de um Estado. Podendo ter várias formas de sistemas eleitorais, ficando a critério de cada nação escolher o que deseja inserir em seu ordenamento jurídico.

No Brasil, atualmente, há a mistura de dois sistemas: o Sistema Majoritário e o Sistema Proporcional, cabendo ainda espaço para um debate sobre o Sistema “distritão” e sua possível aplicação.

3.1 Sistema majoritário

O sistema Majoritário preza pela maioria dos votos para o candidato ser eleito.

É levado tal princípio para as eleições em quem concorre ao pleito os candidatos a Prefeito e Vice-Prefeito, Governadores e Vice-governadores e Presidente da República e Senadores (art. 28, caput, 29, II, 32, §2, 46 e 77, § 2 Constituição Federal).

Desse modo, é dividido em sistema majoritário simples e absoluto. No simples, somente é aplicado os seguintes casos: a eleição seja nos municípios com até 200.000 eleitores, nos termos dos arts. 83 do Código Eleitoral, 29, II, da CF/1988 e 3º da Lei nº 9.504/1997, e às eleições para o Senado, segundo o art. 46 da CF/1988 e também o art. 83 do Código Eleitoral. Portanto é eleito quem obtém a maioria dos votos.

O sistema majoritário absoluto, é aplicável nas eleições para Presidente e Vice-Presidente da República (arts. 77 da CF/1988 e 2º da Lei nº 9.504/1997), Governador e Vice-Governador (arts. 28 da CF/1988 e da Lei nº 9.504/1997) e para Prefeito e Vice-Prefeito, em relação municípios com mais de 200.000 eleitores (arts. 29, II, da CF/1988 e 3º, § 2º, da Lei nº .504/1997). Nessa ocasião, o candidato deverá somar mais da metade dos votos válidos, com isso a maioria é obtida pela metade dos votos válidos mais um.

Ainda pode se admitir, que a eleição seja realizada em dois turnos (um no primeiro domingo de outubro, o outro, no último domingo de outubro) descrita no arts. 1º, caput, e 2º, § 1º, da Lei nº 9.504/1997.

3.2 Sistema proporcional

Outra modalidade de votação dentro do sistema eleitoral no Brasil, consiste no sistema proporcional. Esse sistema apresenta diretrizes de eleição diferente, em relação ao sistema majoritário, quando estabelece regras destinadas para eleger os candidatos que disputam as vagas para os cargos de vereadores, de deputados estaduais e federais.

O sistema proporcional recebe este nome devido a existência de uma proporção entre os votos e a quantidade de vagas disponíveis em cada casa legislativa para serem ocupadas pelos partidos ou pelas coligações. Os votos individuais apenas serão levados em consideração em momento posterior e secundária de distribuição, estabelecendo uma lista de ordem a ser ocupada pelo candidato que tem maior quantidade de votos para aquele que apresenta menos votos, interna aos partidos ou coligações (MACHADO, 2018).

O sistema proporcional possibilita uma distribuição de vagas para diferentes partidos políticos para o Poder Legislativo, seja nas Câmaras de Vereadores, nas Assembleias Estaduais e na Câmara dos Deputados, tornando assim a disputa igualitária, ao resgatar a importância da representação quando permite as diversidades de ideologias para atender o máximo possível a sociedade, abrindo espaço para determinados movimentos sociais com objetivo de defender os direitos da minoria.

Como o voto é meio para alcançar o sufrágio, ele passa a apresentar uma duplicidade de função. Assim, o eleitor pode votar diretamente em um determinado candidato que concorre ao pleito pelo seu partido político, como também pode votar somente em uma determinada agremiação ou na legenda de acordo com sua livre escolha. Entretanto, quando eleitor escolhe a segunda modalidade de votação, o seu voto apenas terá a validade destinada exclusivamente àquela agremiação, não contabilizando para o candidato (GOMES, 2020).

Partindo desta premissa, o sistema proporcional não considera somente o número de votos atribuídos ao candidato, como é determinante no sistema majoritário, inserindo a possibilidade de votar na agremiação, resultando que o voto é um importante instrumento para fortalecer a versatilidade da democracia no Brasil.

Há questionamentos como um candidato eleito sistema proporcional ocupou uma vaga. A resposta consiste quando os votos são contabilizados pelo quociente eleitoral, conforme no art. 106, Código Eleitoral, ao determinar o quociente eleitoral quando divide o número de votos válidos apurados pelo número de vagas a serem preenchidas em cada circunscrição eleitoral, ao desconsiderar a fração igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior (BRASIL, 1965).

Consiste em dizer que a distribuição das cadeiras é feita entre os partidos políticos proporcionalmente à votação que obtiverem nas eleições. O entendimento desse sistema impõe que cada partido com representação na Casa Legislativa receba certo número de votos. Para que, assim, um candidato seja considerado eleito, é preciso que seu partido seja contemplado com um número mínimo de votos.

3.3 Sistema “distritão”

Como visto anteriormente, o Brasil adota exclusivamente dois modelos de sistemas eleitorais: o sistema majoritário, destinado aos cargos eletivos de Presidente, Governador, Prefeito e Senador; e o sistema proporcional, voltados aos cargos eletivos de vereador, deputado estadual e federal. Contudo, há movimentos reformistas com objetivo de substituir sistema proporcional pelo sistema distrital, também chamado de sistema “distritão”.

Nos últimos anos, foram apresentadas diversas propostas de Emenda Constitucionais destinadas para a implantação no sistema eleitoral, o sistema distrito, com a finalidade substituir o sistema proporcional. Pelas propostas apresentadas, o sistema proporcional seria destinado à eleição de candidatos para os cargos do poder legislativo, exceto para o senado, já que utiliza o sistema majoritário. Entretanto, todas as propostas de reformas sobre o sistema proporcional foram rejeitadas pelo Congresso Nacional.

O sistema “distritão”, oposto ao sistema proporcional, consiste que através do voto, aquele candidato que concorre à vaga no poder legislativo, somente assume a cadeira quando consegue obter mais votos em relação a outros candidatos. Além disso, exige que os estados sejam divididos por distritos, como em regiões eleitorais, e os eleitores votariam somente em candidatos inscritos no respectivo distrito (LÔBO, 2017).

Há forte discussão sobre o sistema “distritão”, pois é um tema longe de ser pacífico entre os especialistas quanto na própria classe política quando apresentam aspectos positivos e negativos de suas possíveis consequências caso ele seja implementado no Brasil.

Aqueles que são favoráveis ao sistema “distritão” afirmam que ele possibilita ao eleitor entender como um Vereador, Deputado Estadual e Deputado Federal ocupou a vaga à qual estava concorrendo. Além disso, por meio deste sistema, acredita-se na redução da quantidade excessiva de candidatos na disputa pelos cargos eletivos e que, desse modo, na eliminação dos denominados “os puxadores de votos”. Aqueles que são contrários ao sistema “distritão” garantem que ele favorece apenas os candidatos mais conhecidos da população, possibilitando a concentração de mandato apenas para alguns partidos políticos, e excluindo a minoria do processo eleitoral quanto político, favorecendo somente o candidato com mais recursos financeiros para custear sua campanha eleitoral (CASTRO; ABREU, 2016).

O sistema “distritão”, caso seja implantado no Brasil, pode configurar um retrocesso em relação às questões políticas, assim como, pode ir de encontro as garantias e os direitos fundamentais. A sua implantação pode excluir a liberdade de participação de outras pessoas nas eleições, criando um abismo, e deturpando a essência da representatividade dentro contexto dos partidos políticos. A finalidade de sistema eleitoral democrático encontra-se além das urnas, pois visa o reconhecimento das diferenças ideológicas e sociais existentes no Brasil, aprimorar novos instrumentos de participação durante o processo eleitoral para impulsionar o fortalecimento da democracia e ajudar a romper com barreiras engendradas nas estruturas institucionais ao longo dos séculos no Brasil.

4 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ELEITORAIS PELO SISTEMA “DISTRITÃO”

Os princípios democráticos estão presentes no Direito Eleitoral e possuem caráter normativo jurídico que devem ser seguidos; não podem ser deixados de lado quando houver qualquer proposta de reforma do sistema eleitoral no Brasil. Caso o sistema “distritão” seja implementado no Brasil, seus efeitos não estarão em conformidade com os princípios da igualdade de chances e do princípio da defesa de minorias, tendo em vista que aquele candidato com maior recurso financeiro e que no decorrer da campanha eleitoral pode ampliar larga vantagem em cima daquele que é menor, a partir do momento que é beneficiado pelo sistema “distritão”, não há participação de igualdade entre os candidatos, torna-se mais conhecido pela população, consegue obter mais votos e possivelmente pode ser eleito, fazendo uma eleição injusta.

A democracia atualmente em conformidade com os direitos fundamentais dever abrir cada vez mais espaços de participação para que a sociedade atue nas decisões políticas no Brasil. Quaisquer que sejam as propostas de reformas eleitorais, devem permitir a existência de discussões com objetivo de aprofundar suas verdadeiras

finalidades, ao permitir sanar quaisquer questionamentos e indagações que surgem perante a sociedade. Além disso, como o sistema eleitoral faz parte de Estados com democracias consolidadas, não pode o poder legislativo ser omissivo acerca de mudanças na norma eleitoral quando os princípios estão sendo violados para atender determinados grupos da elite política.

Assim, a democracia permite e prevê que se abra espaço para discussão sobre reforma do sistema eleitoral. Todos os protagonistas devem acompanhar as mudanças de propostas de reformas eleitorais, não apenas esperar o período do pleito eleitoral, pois as suas consequências atingem a todos.

Quando é realizada alguma alteração no Direito Eleitoral é necessário questionar quais as finalidades dessas mudanças. A principal justificativa levada em consideração de reforma do sistema eleitoral deve acompanhar as transformações da sociedade para incluir as minorias historicamente excluídas durante todo o processo eleitoral. Contudo, a alteração do sistema eleitoral que faça a exclusão ou favorecimento de algum candidato e partido político configura um verdadeiro retrocesso na finalidade da democracia.

Perante o exposto, todo ato que envolva causar algum efeito direto ou indireto à democracia deve estar alinhado aos princípios que regem o assunto em questão, para que não haja lesão aos preceitos constitucionais que cuidam da democracia de um Estado.

5 CONCLUSÃO

Para que ocorra qualquer reforma no sistema eleitoral no Brasil, sua alteração precisa estar em conformidade com a democracia, ao reconhecer a existência da diversidade na sociedade brasileira e, ao mesmo tempo, deve buscar aprimorar as normas eleitorais que estão em vigência para atender as necessidades da coletividade, não apenas de algumas categorias, mas de todos, visto que todos são iguais.

Apesar de terem ocorrido várias tentativas para a substituição dos sistemas eleitorais em vigor para incluir o sistema “distritão”, de iniciativa de alguns partidos políticos, o Congresso Nacional rejeitou-as porque sua finalidade vai de encontro aos princípios democráticos no Brasil por violar o princípio da igualdade de chance e o princípio da defesa da minoria ao restringir a participação de outros grupos sociais marginalizados ao longo da história que obtiveram suas lutas reconhecidas, e ao favorecer candidatos e partidos políticos com mais recursos financeiros e conhecidos, diminuiu a importância dos partidos políticos que durante o processo eleitoral, em razão da sua base ser o fortalecimento da

democracia pois através dele o processo eleitoral ocorre, causará sérias sequelas na democracia.

Dentre as dificuldades encontradas para o desenvolvimento deste estudo destaca-se a escassez de materiais, mesmo utilizando várias bases de dados. Espera-se que esta publicação contribua para a discussão e auxilie no desenvolver de futuras pesquisas para discussões perante à comunidade científica.

Contudo, qualquer reforma no sistema eleitoral necessita de um estudo aprofundado para com o público a que ela se destinará quanto aos possíveis efeitos causados na sociedade.

Uma sugestão para a discussão de reforma no sistema eleitoral é a implementação por meio da internet, nas escolas e dentre os locais a realização de um amplo debate, não se restringindo apenas as estruturas internas na classe política, uma vez que a juventude é o alicerce de uma sociedade em sua grande maioria e pelo índice de baixo interesse em retirar o título de eleitor, tal conversa é de suma importância.

Desta forma, para que uma reforma no sistema eleitoral alcance seu verdadeiro objetivo, é necessário que a sociedade tenha uma participação ativa, independente de classe social, gênero ou ideologia, pois quaisquer alterações dentro do sistema eleitoral atingem a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, F. A evolução histórica dos partidos políticos. **Revista eletrônica EJE**, ano 3, n. 6. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-3/a-evolucao-historica-dos-partidos-politicos>. Acesso em 12 jan. 2022.

BARREIROS NETO, J. **Direito eleitoral**: Coleção Revisão. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc111.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/I9096.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.** Dispõe sobre partidos políticos. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 03 jan. 2022.

CASTRO, L. A. D.; ABREU, J. M. Reforma do sistema eleitoral e político: construções de uma nova realidade política. *In*: NEVES, A. F. *et al* (org.). **Estudos Interdisciplinares em humanidades e letras.** São Paulo: Blucher, 2016. p. 135-151. ISBN 978-85-8039-166-4. Disponível em: <http://pdf.blucher.com.br/s3-sa-east-1.amazonaws.com/openaccess/9788580391664/completo.pdf#page=136>. Acesso em: 15 dez. 2021.

CUNHA, J. P.; LIMA, H. D. R. O financiamento público de campanhas eleitorais: a igualdade de chances e a melhoria da qualidade da representação política democrática. **Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, jan./dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/812/282>. Acesso em: 02 abr. 2022

DINIZ, A. P. F.; NEVES JUNIOR, J. F. **A democracia: breve histórico, conceito e tipos.** Jus. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50350/a-democracia-breve-historico-conceito-e-tipos>. Acesso em: 22 dez. 2021.

GOMES, J. J. **Direito eleitoral.** 16. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2020.

GUIMARÃES, A. M. C.; GUIMARÃES, A. S. Parlamentarismo e cláusula de barreira. **Rev. Dir. Inter. e Globalização Econômica**, v. 1, n. 1, jan-jun 2017, p. 1-13. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/view/32763/22621>. Acesso em 05 jan. 2022.

LÔBO, E. "Distritão" e dizimação das minorias políticas: o desserviço à democracia substancial. **Rev. Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 111-130, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/2543/pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

MACHADO, R. C. R. **Direito Eleitoral.** 2. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 27-58. ISBN: 978-85-970-1676-5.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2020.

MONTESCHIO, H. Evolução do sistema eleitoral e dos partidos políticos no Brasil. **Rev. Inter. do Direito, Faculdade de Direito de Valença**, Valença, v. 17, n. 1, p. 189-213, 2019. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/754/572>. Acesso em 30 dez. 2021.

MOTA, R. M. **O controle judicial da autonomia partidária**. Orientador: Sérgio Antonio Ferreira Victor. 2018. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2018. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2877/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_%20RAFAEL%20MOREIRA%20MOTA_MESTRADO%20EM%20DIREITO_2018.pdf. Acesso em: 29 dez. 2021.

REIS, M. A.; SILVA, L. S. P. Multipartidarismo: excesso de partidos políticos e questões relativas ao pluralismo partidário brasileiro. **Estudos Eleitorais**, v. 11, n. 3. Set/dez. 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3626>. Acesso em: 04 jan. 2022.

SALES, A. M. C. **Do regime jurídico partidário na democracia brasileira**. Orientador: Monica Herman Salem Caggiano. 2016. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/2877/5/Alessandra%20Mara%20Cornazzani%20>. Acesso em: 10 jan. 2022.

SALGADO, E. D. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. 2010. 356 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/22321/Tese_Eneida_Desiree_Salgado.pdf;sequence=1. Acesso em: 01 abr. 2022.

VELLOSO, C. M. D. S.; AGRA, W. D. M. **Elementos de direito eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SITUAÇÃO DO FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL: UMA PONDERAÇÃO JURÍDICA ACERCA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

MARISSA BOSCARDIN AMORIM:

Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).⁸⁸

DIOLINA RODRIGUES SANTIAGO SILVA⁸⁹
(orientadora)

RESUMO: O foco principal do presente trabalho, é o estudo da possibilidade do filho adotivo ser considerado sujeito passivo da qualificadora do homicídio funcional, prevista no artigo 121, § 2º, VII do Código Penal, sob dois eixos, o princípio da legalidade e o princípio da igualdade. Tendo como principal problemática, verificar se a utilização do termo consanguíneo, afasta o filho adotivo da qualificadora do homicídio funcional previsto no artigo 121, § 2, inciso VII do Código Penal. O trabalho, justifica-se, por tratar-se de tema emergente que suscita polêmica no seio social, requerendo, outrossim, uma avaliação interpretativa de forma a adequar-se aos interesses e avanços da sociedade.. A metodologia utilizada foi a metodologia do trabalho jurídico, sendo os dados obtidos por meio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método dedutivo. Diante disto, constatou-se a existência de duas opiniões fortes e opostas, onde uma visa proteger a tipicidade estrita e a exatidão, defendendo que os filhos adotivos não têm o direito de ocupar o papel de vítima e a outra visa proteger a igualdade de todos perante a lei, defendendo que o filho adotivo enquadra-se como vítima do homicídio funcional em respeito à Lei maior. Diante deste confronto, solução seria a declaração de inconstitucionalidade do § 2º, inciso VII do art. 121 do Código Penal. O intuito não é suprimir o adjetivo “consanguíneo”, mas sim, adicionar ao texto o filho adotivo, para que assim, o problema seja solucionado.

Palavras-chave: Filho Adotivo; Homicídio Funcional; Princípio da Legalidade; Princípio da Igualdade.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Homicídio Funcional; 2.1 Objeto jurídico tutelado; 2.2 Requisitos; 2.3 Agentes passivos; 3. Os dois focos de conflito no homicídio funcional: Princípio da Legalidade e Princípio da Igualdade; 3.1 Princípio da Legalidade; 3.2 Princípio da Igualdade; 4. Entendimentos doutrinários sobre a possibilidade do filho adotivo ser

⁸⁸ E-mail: bosmarissa466@gmail.com

⁸⁹ Mestre em Direito e Políticas Públicas. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: diolina.santiago@unest.edu.br

reconhecido ou não, como agente passivo do homicídio funcional; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é analisar questões jurídicas ligadas aos filhos adotivos, levando em consideração a qualificadora do artigo 121, § 2º, inciso VII, do Código Penal, perante a necessidade de interpretação do dispositivo legal, sobre dois eixos, o princípio da igualdade (onde todos são iguais perante a lei) e o princípio da legalidade (onde não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal).

Deste modo, tem-se por tema desta pesquisa a análise da situação do filho adotivo no homicídio funcional, resultando assim, no seguinte problema de pesquisa: A utilização do termo consanguíneo afasta o filho adotivo da qualificadora do homicídio funcional previsto no artigo 121, § 2, inciso VII do Código Penal?

Impende salientar que, incumbe ao Direito a tarefa constante de adequar-se às mudanças que ocorrem na sociedade demonstrando, dessa forma, a relevância do tema proposto, que traz no seu bojo a discussão jurídica acerca da possibilidade ou não do filho adotivo figurar como sujeito passivo do crime do homicídio funcional, elencado no artigo 121, parágrafo 2º, inciso VII do Código Penal. Sendo indispensável que essa discussão aconteça, haja vista tratar-se de tema emergente que suscita polêmica no seio social, requerendo, outrossim, uma avaliação interpretativa de forma a adequar-se aos interesses e avanços da sociedade.

Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral, que foi o de verificar se a palavra “Consanguíneo” afasta o filho adotivo da qualificadora do homicídio funcional, sobre o olhar do Direito Penal e Constitucional.

A trajetória para o desenvolvimento da presente pesquisa, norteou-se a partir de objetivos específicos, quais sejam: realizar um breve estudo a respeito do princípio da legalidade e o princípio da igualdade, elencando suas especificidades, bem como, esclarecendo suas definições, características, fundamentos e a relevância de ambos no ordenamento jurídico; verificar os entendimentos doutrinários sobre o tema em questão; verificar se o filho adotivo pode ser reconhecido, ou não, como agente passivo do homicídio funcional.

Para alcançar os objetivos a presente pesquisa faz uso da metodologia do trabalho jurídico que é “voltada as instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico” (BITTAR, 2015, p. 53). O método é o dedutivo que “corresponde a extração discursiva do conhecimento a

partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas” (BITTAR, 2015, p. 34) procedendo do geral para o particular, e a técnica é a exploratória bibliográfica.

Na tentativa de deslindar a temática proposta, dividiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo, busca-se compreender o homicídio funcional, analisando o objeto jurídico tutelado, seus requisitos, bem como, quem são os agentes passivos que se enquadram na qualificadora.

No segundo capítulo, será discutido a temática a respeito dos princípios da legalidade e da igualdade, a fim de estruturar o entendimento jurídico pertinente ao tema. Para tanto, referidos princípios serão analisados, tendo como base os entendimentos doutrinários a referente ao assunto.

O terceiro capítulo versa sobre a possibilidade do filho adotivo ser reconhecido ou não como agente passivo do homicídio funcional. Para isso, será realizado um levantamento por meio da revisão bibliográfica para apontar as principais posições encontradas na doutrina sobre o assunto.

Diante desses tópicos, o presente trabalho vislumbra de forma simples a qualificadora do homicídio funcional, apresentando entendimentos de renomados doutrinadores na área do Direito Penal, tais como, André Estefam, Fernando Capez, César Roberto Bitencourt, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Damásio de Jesus, entre outros, a fim de contribuir para o estudo desta temática no âmbito jurídico.

Por fim, ressalta-se que, o presente trabalho pretende não somente contribuir com a discussão que envolve os filhos adotivos na qualificadora do homicídio funcional, por entender que se trata de tema relevante à seara jurídica e também por compreender o Direito como uma ciência calcada em princípios que buscam constantemente adequar-se à dinâmica da vida social, que formula e reformula novos valores, arranjos e estruturas produzidas pelo ser humano.

2 HOMICÍDIO FUNCIONAL

O homicídio funcional foi inserido pela Lei n. 13.142/2015 no rol de condutas consideradas homicídio qualificado, com o intuito de fortalecer a repressão da violência contra os agentes responsáveis por atribuições de segurança pública e de segurança nacional.

A qualificadora do homicídio funcional está presente no artigo 121, §2º, VII do Código Penal:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...] Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...] VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

[...] Pena – reclusão, de doze a trinta anos. (BRASIL, [2021], não paginado).

No entendimento do doutrinador Jesus (2015, não paginado), o homicídio funcional pode ser compreendido como: “Matar autoridade ou policial no exercício da função ou em razão dela, ou seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau. O crime continua a ser homicídio, sendo, porém, qualificado pela nova circunstância”.

Além disso, cabe destacar que a Lei nº 13.142/2015, que entrou em vigor em 07 de julho de 2015, é reconhecida como não tendo efeito retroativo, por ser mais vinculante, recebendo a nomenclatura de lei *novatio in pejus*, ou seja, não pode ser aplicado a atos praticados antes da data especificada. (NEVES; MOREIRA, 2021).

No que se refere à natureza jurídica da qualificadora, a mesma é compreendida como “uma circunstância de natureza subjetiva (no exercício da função, em decorrência dela ou em razão dessa condição), não se relacionando com o meio ou modo de execução do fato, casos nos quais seria objetiva”. (JESUS, 2015, não paginado).

2.1 OBJETO JURÍDICO TUTELADO

Segundo ensina o doutrinador Jesus (2015), a qualificadora do homicídio funcional, consiste em punir aqueles que matarem as autoridades ou representantes do Estado no exercício de sua função ou em razão dela, inclusive cônjuges ou companheiros e pessoas consanguíneas até o terceiro grau.

Referida qualificadora é uma espécie de resposta criminal, que beneficia toda a sociedade, principalmente aqueles que estão na linha de frente, apoiando o combate à violência.

Sendo assim, a qualificadora do homicídio funcional inserida no § 2º, VII do art. 121 do Código Penal, ampara a função pública desempenhada por autoridades ou agente estatais, sendo assim, a função pública o bem jurídico protegido. (BITENCOURT, 2015).

2.2 REQUISITOS

Para que se admita a qualificadora do homicídio funcional, se faz necessário preencher dois requisitos importantes, “o nexos de causalidade existente entre o sujeito passivo e a consciência da conduta criminosa relacionada com a função”. (SOUZA; TAMURA, 2016, p. 4).

Assim, nos termos do art. 121, § 2º, VII do Código Penal, será hediondo o homicídio praticado:

Contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição. (BRASIL, [2021], não paginado).

Nota-se que, o legislador expandiu o alcance da qualificadora do homicídio funcional, para alcançar não apenas os integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, mas também o homicídio praticado contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau destes agentes. (BITENCOURT, 2015).

No entanto, o legislador dispôs que tais infrações a estes sujeitos passivos devem correr no “exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição”. (BRASIL, [2021], não paginado).

Nesse sentido, o doutrinador Capez explica que:

Para que o homicídio seja qualificado por esse inciso, são necessários dois requisitos cumulativos: a) a vítima precisa ser autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública; b) precisa estar no exercício da função ou ser morto em decorrência dela (CAPEZ, 2017, p.203).

[...] Como destaque final, é imprescindível que o criminoso saiba da função pública desempenhada e cometa o crime contra o agente que está em seu exercício ou em razão dela ou ainda que queira praticar

o delito contra o seu familiar em decorrência da atividade exercida. Caso contrário, se vier a matar um policial sem conhecer essa circunstância, não responderá criminalmente pela qualificadora do inciso VII. (CAPEZ, 2017, p.205).

O doutrinador Estefam (2021, p. 253) leciono no mesmo sentido, explanado que:

O fato deve ser cometido contra o sujeito passivo, estando ele no exercício da função (circunstância que deve ser do conhecimento do sujeito ativo; do contrário, dar-se-á, quanto à qualificadora, erro de tipo – art. 20, caput, do CP, excluindo sua incidência). Pode a conduta, ainda, ser cometida contra tais pessoas mesmo quando fora de serviço, desde que o comportamento se dê em decorrência da atividade por elas exercida.

Desta forma, o reconhecimento da hediondez aos agentes estatais e a seus familiares está diretamente relacionado ao exercício da função ou em razão dela, havendo assim, a necessidade de demonstrar a relação entre a morte e a função exercida, não sendo assim, automática a incidência da qualificadora. (SOUZA; TAMURA, 2016).

2.3 AGENTES PASSIVOS

Vale destacar inicialmente que os sujeitos ativos do homicídio funcional pode ser qualquer pessoa, independentemente de seus status. Visto que, “a condição ou situação da vítima e a motivação do sujeito passivo é o que qualifica o homicídio”. (BITENCOURT, 2015, não paginado).

Já no que se refere aos sujeitos passivos, somente pode figurar como vítima do crime os listados nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...] Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (BRASIL, [2022a], não paginado).

Referida qualificadora engloba também os membros da Força Nacional de Segurança Pública e os integrantes do sistema prisional, assim como os agentes de segurança viária listado no parágrafo 10º do artigo 144 da Constituição Federal de 1988.

Os familiares dos agentes de segurança, também se enquadram na qualificadora do homicídio funcional. De acordo com Capez (2017, p. 205) "Teremos a qualificadora se o homicídio for praticado contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o 3º grau das autoridades, agentes e integrantes dos órgãos de segurança pública".

No que se refere ao grau de parentesco, a Lei n.º 10.406 de 2002 em seu artigo 1.594 destaca como pertencentes a qualificadora os parentes consanguíneos até terceiro grau, sendo eles os "ascendentes (pais, avós, bisavós); descendentes (filhos, netos, bisnetos); e colaterais até o 3º grau (irmãos, tios e sobrinhos)". (SOUZA; TAMURA, 2016, p. 5).

Se faz importante ressaltar, que não estão incluídos na qualificado os parentes por afinidade como genros, noras, sogros, cunhados, padrasto, madrasta, enteado, enteada. (BITENCOURT, 2015).

Os servidores aposentados, também não poderão englobar o polo passivo do crime, visto que, com a aposentadoria deixam de ser autoridade. No entanto, haverá incidência da qualificadora no caso de morte de agente aposentado se o homicídio tiver sido praticado em razão da função que a vítima exercia anteriormente. Bitencourt (2015, não paginado), expõe essa situação ao listar que "[...] se mesmo após estar aposentado um policial é reconhecido e, por vingança de sua atuação funcional, é assassinado por alguém por vingança de determinado caso em que atuou, não há como deixar de aplicar essa qualificadora [...]".

No que diz respeito ao companheiro, para Capez (2017 p. 205), "A tutela engloba o cônjuge ou companheiro de relacionamentos heteroafetivos e homoafetivos".

No que se refere ao filho adotivo a uma divergência, se o mesmo pode ser considerado sujeito passivo, visto que, a inovação legal trazida pelo inciso VII, do artigo 121, do Código Penal determinou que apenas os parentes consanguíneos até o 3º grau seriam vítimas deste tipo de homicídio, restringindo a tutela aos parentes biológicos de autoridade ou de agente de segurança pública, levantando assim a questão doutrinária acerca da colisão entre os princípios constitucionais da legalidade e o da igualdade entre os filhos. (PRADO; SOUZA; SILVA, 2018).

3 OS DOIS FOCOS DE CONFLITO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL: PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Os princípios são de extremamente importantes no ordenamento jurídico, pois a partir deles os operadores do direito conseguem resolver diversos conflitos. Desta forma, por serem tão importantes, o presente trabalho abordara a divergência existente entredois deles, o princípio da legalidade e o princípio da igualdade.

Os referidos princípios ganham destaque, pela necessidade de analisar quem são os sujeitos passivos do crime de homicídio, desde que reconhecida a qualificadoprevista no § 2º, inciso VII, do artigo 121 do Código Penal, mais conhecida por homicídio funcional, tendo em vista que o legislador determinou que apenas os parentes consanguíneos até o 3º grau seriam vítimas deste tipo de homicídio, gerando assim, uma divergência se os filhos adotivos podem ou não ser considerados sujeitos passivos. (PEIXOTO; BARBOSA, 2019).

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, reconhecido também como "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", de que não há crime ou pena sem lei anterior que os defina, é um guia de leis e regulamentos de natureza penal. Em poucas palavras, pode-se dizer que o princípio em questão compreende-se no fato de que alguém só está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei. (NEVES; MOREIRA,2021).

O princípio da legalidade encontra-se exposto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 e também no artigo 1º do Código Penal, na respectiva ordem:

Artigo 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:

[...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, [2022a], não paginado).

Artigo. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, [2021], não paginado).

Nota-se que ambos os dispositivos, sustentam que não há crime sem lei anterior que o defina, bem como não há pena sem prévia cominação legal.

Nesses termos, preleciona Cezar Roberto Bitencourt:

Pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2021, p. 93).

O doutrinador Estefam (2022, p. 306) explana no mesmo sentido, citando que “o princípio da legalidade tem importância ímpar em matéria de segurança jurídica, pois salvaguarda os cidadãos contra punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta”. Estabelece também uma perfeita e abrangente correspondência entre a conduta do agente e a lei penal, com o objetivo de definir o caráter do delito e prever a punição correspondente.

Visto que, “o princípio da legalidade visa a fornecer segurança jurídica em matéria penal, ou seja, dar às pessoas a garantia de que não sofrerão punição criminal, a não ser que pratiquem um comportamento descrito previamente em lei, com pena antecipadamente cominada”. (ESTEFAM, 2022, p. 306).

Neste contexto, nota-se que é proibida a criação de leis ambíguas ou regras imprecisas, que dependam da interpretação de quem aplicará a sentença.

Além disso, Bitencourt (2017) aponta que o princípio da legalidade afeta diretamente o fato de o Estado e o Direito serem responsáveis por criar as normas incriminadoras, e por isso é preciso especificar o que viria a ser considerado como crime, garantindo assim, que nenhum indivíduo da sociedade venha ser submetido ao poder punitivo do Estado, a menos que seja baseado em lei formal por deliberação democrática que tenha sido acordada.

Há também problemas com o uso da analogia no direito penal, que é considerada inaceitável, segundo o princípio em análise, salvo em casos favoráveis ao acusado. (NOVELLI, 2014).

Para uma melhor elucidação, Barros (2011) relata que no Direito Penal a analogia pode ser dividida de duas formas, *in bonam partem* e *in malam partem*.

A analogia *in bonam partem* é aplicada quando a lei mais favorável prevê caso semelhante ao omitido. Sua aplicação no direito penal é permitida, exceto em casos que envolvam às leis excepcionais. (PRADO; SOUZA; SILVA, 2018).

Já a analogia *in malam partem* aplica-se a legislação similar ao caso concreto não regulamentado, lesando o réu. O uso dessa analogia é inaceitável no direito penal brasileiro, uma vez que a legislação vigente se orienta pelo princípio da legalidade. (PRADO; SOUZA; SILVA, 2018).

Nesse sentido, o doutrinador Greco (2015, p. 94) explica que:

Quando se inicia o estudo da analogia em Direito Penal, devemos partir da seguinte premissa: é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 155) a aplicação da analogia é ainda mais limitada, visto que:

Como regra geral, sempre que se trata de integrar a lei, a analogia está proscribida, independentemente do sentido que a ela for dado, ainda que, eventualmente possa admitir-se analogia *in bonam partem* para salvar a racionalidade do direito e, com ela, o princípio republicano de governo, que exige esta racionalidade. Com referência à analogia *in bonam partem*, cabe precisar que no caso de causas de justificação que, por remissão do direito penal a outros campos legislativos (em virtude do art. 23, III, do CP), sejam outros ramos do direito que devam precisar seus limites, é lícita a analogia se nestas legislações ela é admitida.

Além disso, costuma-se ressaltar na doutrina, a exemplo dos doutrinadores Mirabete e Fabbrini, que o princípio da legalidade impede o uso de analogias prejudiciais ao réu. Isso significa que o que o legislador não forneceu de forma taxativa, não pode ser gerado pelo intérprete a título de analogia. (MIRABETE; FABBRINI, 2015).

Desta forma, o legislador ao utilizar a expressão “consaguineo” na qualificadora do homicídio funcional, referiu-se apenas aos parentes biológicos dos agentes de segurança

pública, excluindo assim os filhos adotivos. Visto que, qualquer equivalência, ainda que baseada em dispositivo constitucional explícito, levaria ao uso do que a doutrina penal denomina *analogia in malam partem*, ou seja, a aplicação de um método integrativo, prejudicial à situação do réu, o que é vedado pelo princípio da legalidade. (ULISSES, 2019).

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está intimamente relacionado com o Estado Democrático de Direito. Referido princípio garante a todos os cidadãos o direito à igualdade de tratamento perante a lei e está consagrado no artigo 5º da Constituição Federal:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, [2022a], não paginado).

O princípio da igualdade preve uma igualdade entre os cidadãos de terem um tratamento isonômico perante a lei, ou seja, sem diferenciação. De acordo com esse princípio, são proibidas as distinções arbitrárias e desarrazoadas de acordo com os valores da Constituição Federal e sua finalidade é limitar a atuação de legisladores, intérpretes ou autoridades públicas e particulares. (NEVES; MOREIRA, 2021).

Uma das formas de igualdade está prevista no artigo 227, §6º da Constituição Federal, referido artigo trata da igualdade entre os filhos e veda qualquer distinção entre filho biológico e adotivo, vejamos o teor do art. 227, §6º: "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". (BRASIL, [2022a], não paginado).

A doutrina civilista reconheceu o artigo supracitado como princípio da igualdade entre os filhos, sendo esse princípio mencionado no Art. 1.596 do Código Civil onde expõe que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". (BRASIL, [2022b], não paginado).

De acordo com Neves e Moreira (2021, p. 14):

A antiga ideia de diferenciação tanto entre filho natural e filho adotivo foram banidas da legislação civil, como também as expressões filhos legítimos, filhos naturais, filhos adulterinos e filhos incestuosos. Diante disso, todas as filiações possuem os mesmos direitos, não importando se o filho é biológico ou não.

Nesse sentido, explanam Farias e Rosenvald (2017, p. 111):

A partir dessas ideias, vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal. Com isso, todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determinem tratamento discriminatório entre filhos terão deser repelidos do sistema jurídico.

De acordo com o doutrinador Ferreira Filho (2007, p. 27-29), o princípio da igualdade possui três características: “igualdade de todos perante o direito, a obrigatória uniformidade de tratamento dos casos iguais, e proibição de discriminações”. A igualdade perante o direito, significa que “todos são iguais perante a lei, pois antes de mais nada, o Direito é um só para todos homes, vedada a discriminação e os privilégios”. Por uniformidade de tratamento, queremos dizer que é imperativo que a lei trate de forma justa os casos iguais e os casos desiguais. E por último, temos a proibição de discriminações, a qual “implica que eventual diferenciação legislativa deve ser justificada”.

Desta forma, não deve haver distinção entre filhos biológicos ou adotivos, visto que, os direitos e deveres a eles inerantes, são iguais.

Conforme exposto, o princípio da igualdade iguala o filho adotivo ao filho biológico, e é nesse ponto que se questiona se há de fato, inobservância do legislador quanto a elaboração da qualificadora do homicídio funcional prevista no artigo 121, § 2º, inciso VII do Código Penal.

4 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A POSSIBILIDADE DO FILHO ADOTIVO SER RECONHECIDO OU NÃO, COMO AGENTE PASSIVO DO HOMICÍDIO FUNCIONAL

No que se refera a possibilidade do filho adotivo ser figurado como sujeito passivo do homicídio Funcional, Veloso e Souza (2017) explanam que existem duas correntes de pensamentos, a primeira não considera os filhos adotivos como sendo pertencentes a qualificadora do homicídio funcional, defendendo assim, o princípio da legalidade e a segunda que considera o filho adotivo como pertencente, defendendo o princípio da igualdade.

Para a primeira corrente de pensamento, devido à questão da legalidade e as limitações do tipo Penal, a qualificadora do homicídio funcional não se estende aos filhos advindos de adoção, devido atender ao critério restritivo da lei, a qual optou por configurar no polo passivo da referida qualificadora apenas os parentes consanguíneos. (VELOSO; SOUZA 2017).

Fortalecendo o entendimento de que é impossível categorizar um filho adotivo como vítima de homicídio funcional, o autor André (2015) entende que existem três tipos de parentesco no direito civil, a saber: parentesco consanguíneo ou parentesco natural (derivado de afinidades biológicas); parentesco por afinidade (decorrente de casamento ou união estável); parentesco civil (de origem diferente do biológico ou de afinidade).

Pelo exposto, parece-se que o filho adotivo faz parte de uma relação civil, e, portanto, não pode ser considerado sujeito passivo do homicídio qualificado nos termos do artigo VII, §2º, artigo 121, do Código Penal, podendo ser apenas vítima do homicídio simples ou de outra qualificadora, como por exemplo a do motivo torpe (OLIVEIRA, 2018).

Ainda explana André (2015) que, apenas o termo “parente” deveria ter sido utilizado para enquadrar o filho adotivo na qualificadora do homicídio funcional, bem como resalta a inconstitucionalidade do dispositivo legal em relação ao princípio da igualdade. No entanto, mesmo que seja constatada inconstitucionalidade, o dispositivo não pode ser alterado para o termo parentes ou acrescentar “parentesco civil”, uma vez que haveria analogia in malam partem, visto que, o princípio da legalidade seria mal interpretado, pois não consta explicitamente no código penal “parentesco civil”, e os juristas não podem usar a analogia in malam partem, como já mencionado.

Portanto, neste caso, o princípio da legalidade é mantido em relação ao princípio da igualdade, uma vez que o adotante não é abandonado pela lei, até porque o ato do sujeito agindo contra o adotado pode ser considerado como homicídio simples, ou homicídio qualificado em outro caso que não seja a qualificadora em questão. (OLIVEIRA, 2018).

O doutrinador Damásio Evangelista de Jesus (2015), se posiciona no mesmo sentido quando explana que o filho adotivo não é abrangido pela qualificadora do art. 121, § 2, inciso VII do Código penal. Corroborando com este posicionamento, o Professor Rogério Greco enfatiza que:

O art. 1.593 do CC diz que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Assim, temos que concluir, forçosamente, que não existe consanguinidade quando o filho for adotivo, mesmo que não possamos mais utilizar essa expressão discriminatória. Não há consanguinidade, ou seja, relação de sangue, que permita o reconhecimento de um tronco comum com relação ao filho adotivo. Dessa forma, infelizmente, se o homicídio for praticado contra o filho adotivo de um policial, em razão dessa condição, não poderemos aplicar a qualificadora do inc. VII do § 2.º do art. 121 do CP, tendo em vista que, caso assim fizéssemos,

estariamos utilizando a chamada analogia in malam partem. (GRECO, 2017, p. 6).

Ainda no que tange a primazia do princípio da legalidade, leciona Eduardo Luiz Santos Cabette que:

Se um sujeito mata o filho consanguíneo de um policial (parentesco biológico ou natural), é atingido pela norma sob comento. Mas, se mata o filho adotivo do mesmo policial (parentesco civil), não é alcançado. Não é possível consertar o equívoco legislativo mediante o recurso da analogia porque isso constituiria analogia 'in malam partem', vedada no âmbito criminal. Efetivamente houve um grande equívoco do legislador nesse ponto específico. A única consolação em meio a essa barbearagem legislativa é o fato de que a morte de um filho adotivo de um policial, por exemplo, em represália ou vingança pela atividade deste último, configurará tranquilamente o 'motivo torpe' e fará do homicídio um crime qualificado da mesma maneira, tendo em vista o mero simbolismo da norma que veio a lume com a Lei 13.142/15. (CABETTE, 2015, não paginado).

Portanto, devido a não permissão de extensão da norma penal, em respeito ao princípio da legalidade, apenas os parentes consanguíneos poderão ser considerados sujeitos passivos do crime do crime do homicídio funcional. (VELOSO; SOUZA, 2017).

Se posicionando de forma contrária, o doutrinador Francisco Dirceu Barros defende a possibilidade da aplicação da qualificadora do homicídio funcional ao filho adotivo e a supremacia da Constituição Federal, vejamos:

[...] se o mandamento constitucional preconiza que os filhos adotivos são equiparados aos consanguíneos, a ilação lógica é a de que quem mata, por motivo funcionais, filho adotivo de uma das pessoas elencadas no art. 121, §2.º, VII, do CP, comete homicídio funcional. Não estamos fazendo uso da analogia in malam partem, pois não existe lacuna a ser preenchida e a norma constitucional não permite fazer nenhuma discriminação (BARROS, 2015, não paginado).

Nesse sentido também, preleciona Victor Eduardo Rios Gonçalves, explanando que:

[...] É evidente que se aplica o aumento quando o crime for cometido, por exemplo, contra filho ou irmão adotivo, mesmo porque o art. 227, § 6º, da Carta Magna, proíbe tratamento discriminatório. Cuida-se,

evidentemente, de interpretação extensiva e não de analogia in malam partem (GONÇALVES, 2021, p.200).

Desta forma, se o mandamento constitucional recomenda que o filho adotado seja equiparado aos filhos consaguíneos, a conclusão lógica é que quem mata, por motivos funcionais, filho adotivo de uma das pessoas listadas. no 121, § 2º, VII, do Código Penal, comete sim homicídio funcional. (ROMANO, 2020).

Diante disto, a exclusão de uma relação resultante de uma adoção, constitui uma clara manifestação de violação da Lei Maior, que proibi qualquer tratamento discriminatório entre filhos naturais e filhos adotivos (art. 227, § 6º). Sendo assim, no entendimento de Estefam (2021, p. 255) "deve-se empregar interpretação conforme a Constituição, a fim de incluir na qualificadora o fato cometido contra filhos adotivos".

Por fim, Francisco Dirceu Barros (2015) entende que configura a hipótese qualificada quando se trata de filho adotivo, sob o argumento de que a norma constitucional não permite a diferenciação entre filhos consanguíneos e adotivos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa guiou-se a partir de um objetivo geral que foi o de verificar se a palavra "Consanguíneo" afasta o filho adotivo da qualificadora homicídio funcional, sobre o prisma do Direito Penal e Constitucional.

A trajetória percorrida para a conclusão da presente pesquisa, norteou-se a partir de objetivos específicos que definiram o caminho metodológico adequado para explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa. Para tal propósito, foi dado ênfase aos princípios da legalidade e da igualdade, dada a importância dos mesmos para a seara jurídica.

Os princípios acima elencados, destacam-se, por estarem voltados a questão do filho adotivo, justificando assim, a necessidade de averiguar se a pessoa supracitada pode figurar como sujeito passivo do crime da qualificadora do homicídio funcional.

Outro paradigma essencial para se chegar à conclusão deste trabalho, foi o de averiguar os principais entendimentos doutrinários a respeito da viabilidade do filho adotivo enquadrasse como sujeito passivo do homicídio funcional.

Pois bem, observou-se inicialmente que na Lei em vigor, existe um rol de pessoas específicas que se enquadram na qualificadora do homicídio funcional, figurando assim, como sujeito passivo do delito.

Verificou-se também, que a qualificadora do homicídio funcional, têm como bem jurídico tutelado a função pública desempenhada por autoridades ou agente estatais. Referida qualificadora visa punir mais severamente quem atacar pessoas listadas nos art. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, em virtude de sua função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau. Entretanto, omitiu do rol de proteção da qualificadora todos os parentes não biológicos dos agentes de segurança pública, inclusive os filhos adotivos.

Diante disto, a partir da pesquisa realizada, constatou-se a existencia duas correntes extremamente fortes e opostas, onde uma visa proteger a tipicidade estrita e a exatidão, deixando claro que os filhos adotivos não têm o direito de desempenhar o papel de vítima, pela óbvia legitimidade e a outra visa proteger a igualdade de todos perante a lei, defendendo que o filho adotivo deve ser considerado como vítima do homicídio funcional, uma vez que a Constituição Federal em seus art. 227, § 6º o equiparou ao filho legítimo, lhe atribuindo assim, os mesmos direitos.

Embora o posicionamento mais coerente com a lei seja de que o filho adotivo seja considerado sujeito passivo de homicídio funcional, temos a questão do Direito Penal não admitir analogia em malam partem, ou seja, não admite analogia para prejudicar o réu e se o tipo penal determina expressamente que somente alcançará o parente consanguíneo até 3º grau, infelizmente, por não ser o filho adotivo parente consanguíneo não poderá figurar como sujeito passivo, visto que, em relação ao princípio da igualdade, o princípio da legalidade se sobrepõe, pois não pode ser feita analogia in malam partem contra o sujeito ativo do crime.

Desta forma, diante deste confronto a solução seria a declaração de inconstitucionalidade do § 2º, inciso VII do art. 121 do Código Penal. O intuito não é suprimir o adjetivo "consanguíneo", mas sim, adicionar ao texto legal o filho adotivo, para que assim, o problema seja solucionado.

Além disso, até o momento, não há nenhum posicionamento dos tribunais Estaduais e Superiores, se os filhos adotivos devem ser considerados sujeitos passivos do homicídio funcional ou apenas vítimas de homicídio simples.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ, M. Comentários sobre a Lei 13.142/2015, que trata sobre a lesão corporal e o homicídio praticados contra integrantes dos órgãos de segurança pública ou seus familiares. **Dizer O Direito**, jul. 2015. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/07/comentarios-sobre-lei-131422015-que.html>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BARROS, F. D. Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei n.13.142/2015. **Rev. Jusbrasil**. 2015. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/213164130/os-agentes-passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13142-2015>. Acesso em: 13 de mar. 2022.

BARROS, F. A. M de. **Direito penal**: v.1 parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BITENCOURT, C. R. Qualificadora de homicídio contra policial não protege a pessoa, e sim a função. **Consultor Jurídico**, jul. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/cezar-bitencourt-homicidio-policial-protege-funcao-publica>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BITTAE, E. C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 27 fev. 2022.

CABETTE, E. L. S. Homicídio e lesões corporais de agentes de segurança pública e forças armadas: alterações da Lei 13.142/15. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 20, n. 4399, 18 jul. 2015. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40830/homicidio-e-lesoes-corporais-de-agentes-de-seguranca-publica-e-forcas-armadas-alteracoes-da-lei-13-142-15>. Acesso em: 27 fev. 2022.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial**: arts. 121 a 212. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/580835>. Acesso em: 28 fev. 2022.

ESTEFAM, A. **Direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/781253?title=Direito%20penal#references>. Acesso em: 23 mar. 2022.

ESTEFAM, A. **Direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/781253?title=Direito%20penal#references>. Acesso em: 23 mar. 2022.

FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2017.

FERREIRA FILHO, M. G. **Estado de Direito e Constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GONÇALVES, V. E. R. **Curso de direito penal - parte especial - arts 121 a 183**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/781253?title=Direito%20penal#references>. Acesso em: 23 mar. 2022.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte geral v.1**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, R. Discussões sobre a Lei 13.142, de 06.07.2015. **Revista dos Tribunais**. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.962.14.PDF. Acesso em: 13 mar. 2022.

JESUS, D. E. Homicídio Funcional: primeiras ideias. **Carta Forense**, ago. 2015.

MASSON, C. **Direito Penal Esquemático: Parte especial**. v. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

MIRABETE, J. F; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP**. 31 ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, H. C. S; MOREIRA, A. B de. Análise da Constitucionalidade do Artigo 121, §2º, VII do Código Penal: Expressão Parentes Consanguíneos e a Situação do Filho Adotivo no Homicídio Funcional. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Patos de Minas/Mg., v. 16, n. 2, p. 121-140, dez. 2021. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/1216/pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

NOVELLI, R. F. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados/MS, v.16, n. 31, jan./jun., 2014.

OLIVEIRA, E. C de. Análise Crítica da Aplicabilidade Efetiva da Qualificadora do Homicídio Funcional em Relação ao Filho Adotivo ante as Consequências Jurídicas do Termo Gramatical "Parente Consanguíneo". **Revista Eletrônica Multidisciplinar – UNIFACEAR**. 2018. ISSN 2316-2317. Disponível em: [https://revista.facear.edu.br/artigo/download/\\$/analise-critica-da-aplicabilidade-efetiva-da-qualificadora-do-homicidio-funcional-em-relacao-ao-filho-adotivo-ante-as-consequencias-juridicas-do-termo-gramatical-parente-consanguineo](https://revista.facear.edu.br/artigo/download/$/analise-critica-da-aplicabilidade-efetiva-da-qualificadora-do-homicidio-funcional-em-relacao-ao-filho-adotivo-ante-as-consequencias-juridicas-do-termo-gramatical-parente-consanguineo). Acesso em: 23 mar. 2022.

PEIXOTO, A. R. M. S. de; BARBOSA, I. A. de. A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional: um estudo da divergência entre o princípio da legalidade e o princípio da igualdade.

Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6176, 29 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73573>. Acesso em: 26 out. 2021.

PRADO, T. F.; SOUZA, A. R. G de; SILVA, I. O de. A Interpretação Analógica Contra o Réu no Crime de Homicídio Funcional. **Revista do Curso de Direito Brazcubas**, dez. 2018. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/download/568/652/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

ROMANO, R. T. Homicídio Funcional. **Revista Jusbrasil**. 2020. Disponível em: <https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/760040542/o-homicidio-funcional>. Acesso em: 23 mar. 2022.

SOUZA, M. M. C; TAMURA, S. M. **Homicídio Praticado Contra Autoridades ou Agentes Estatais**. Várzea Grande/MG, 2016. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/229/285>. Acesso em: 28 fev. 2022.

ULISSES, T. L. **Homicídio de filho não-biológico de agente de segurança pública: uma análise jurídica**. 2019, 39 f. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ensino Superior do Seridó, Caicó, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/42651>. Acesso em: 28 fev. 2022.

VELOSO, S. C. D. L.; SOUZA, P. O. A. Lei nº 13.142/2015: Aplicabilidade e omissões legislativas. **Jus Navigandi**, fev. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56048/lei-n-13-142-15-aplicabilidade-e-as-omissoeslegislativas>. Acesso em: 28 fev. 2022.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1 parte geral. 8. ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PARA A SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES DE FURTO

STEFANY PEREIRA DOS SANTOS:
Acadêmica do curso de Direito na
Universidade UNIRG. Gurupi/TO⁹⁰.

MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA⁹¹

(orientador)

RESUMO: Existe no ramo do Direito o princípio da insignificância que traduz a pouca repercussão social e jurídica de determinado crime. Esse princípio tenciona distanciar a tipicidade material, causando a não-punição da conduta, motivado pelo fato de que a sua penalização não ser necessária. Frente a isso, esse estudo teve o objetivo de discorrer sobre o princípio da insignificância, apresentando o seu conceito e sua legalização (ou não) no Direito brasileiro. Para além dessa temática, discutiu-se a aplicabilidade desse princípio nos crimes de furto. Buscou-se entender os posicionamentos dos Tribunais Superiores a respeito dessa possibilidade. Sendo um artigo de revisão de literatura, baseou-se a sua formalização em bases de pesquisa Google Acadêmico e Scielo. Os critérios de inclusão foram estudos relacionados ao tema proposto, publicados entre os anos de 2016 a 2021 na língua portuguesa. Nos resultados encontrados, por não se encontrar legislada na norma jurídica brasileira, o princípio da insignificância é respaldado pela doutrina jurídica e pela jurisprudência. Pelos Tribunais Superiores, apesar de haver posicionamentos diversos, é pacífico o entendimento de que não se aplica o presente princípio ao crime de furto quando verificado no caso concreto se: os bens furtados excede ao parâmetro de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, critério adotado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para mensurar a lesão ao bem jurídico tutelado; se o réu é reincidente específico em crime de furto; se o acusado é criminoso habitual e por não ser a conduta insignificante.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Furto. Direito Penal. Tribunais Superiores.

ABSTRACT: There is in the field of Law the principle of insignificance that translates the little social and legal repercussion of a certain crime. This principle intends to distance the material typicality, causing the non-punishment of the conduct, motivated by the fact that its penalty is not necessary. In view of this, this study aimed to discuss the principle of insignificance, presenting its concept and its legalization (or not) in Brazilian Law. In

90 E-mail: stefanysantos9823@gmail.com

91 Advogado e docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UnirG. E-mail: marcoantonio@unirg.edu.br.

addition to this theme, the applicability of this principle to crimes of theft was discussed. We sought to understand the positions of the Higher Courts regarding this possibility. Being a literature review article, its formalization was based on Google Scholar and Scielo search bases. The inclusion criteria were studies related to the proposed theme, published between the years 2016 to 2021 in Portuguese. In the results found, as it is not legislated in the Brazilian legal norm, the principle of insignificance is supported by legal doctrine and jurisprudence. By the Superior Courts, despite having different positions, the understanding that the present principle does not apply to the crime of theft when verified in the specific case if: the stolen goods exceeds the parameter of 10% of the minimum wage in force at the time of the facts, criterion adopted by the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) to measure the damage to the protected legal interest; if the defendant is a specific repeat offender in the crime of theft; whether the accused is a habitual criminal and the conduct is not insignificant.

Keywords: Principle of Insignificance. Theft. Criminal Law. Superior Courts.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio da Insignificância: aspectos gerais. 3. Aplicabilidade do Princípio da Insignificância no Direito Brasileiro. 4. O Princípio da Insignificância relacionado ao crime de furto. 4.1 O entendimento dos Tribunais Superiores. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade, há determinadas ações - consideradas delitos - que devido a sua ínfima consequência acaba por receber uma penalidade compatível à sua gravidade, ou seja, também ínfima. É nesse cenário que adentra o denominado princípio da insignificância, que de modo geral é aquele que busca não criminalizar condutas que possuem efeitos mínimos para a vítima, para a sociedade e para o Estado (ALMEIDA, 2017).

De modo mais específico, Fagundes (2019) explica que o princípio da insignificância está ligado aos crimes que não repercutem de maneira ofensiva à sociedade e ao Estado. É um princípio que busca afastar a tipicidade material, causando a não-punição da conduta, devido ao fato que o bem jurídico tutelado não foi lesionado de forma tal que justifique a sua penalização.

Na concepção do renomado autor Ivan Luiz da Silva (2012) esse princípio tem natureza constitucional penal, que é implícito inerente ao Estado Democrático de Direito. Trata-se de um mecanismo de controle quantitativo-qualitativo das lesões aos bens jurídico-penais e de um instrumento de interpretação restritiva do Direito Penal.

A sua natureza jurídica é de Direito Penal. Mas tem-se aplicado o princípio em estudo em outras áreas, como nos delitos tributários, nos crimes ambientais (onde a

conduta resulte em baixo impacto negativo no meio ambiente) e nos crimes patrimoniais. Dessa forma, o princípio da insignificância representa uma causa de excludente da tipicidade material.

A justificativa para a escolha desse tema é pelo fato de que esse princípio ainda não se encontrar normatizado no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que a doutrina e a jurisprudência tenham que aplicá-lo (ou não) a depender de cada caso concreto.

Isso dá uma amplitude sobre essa temática, que tenciona buscar uma maior rapidez nos julgados, vide o atolamento de processos existentes, sendo muitos deles de valor jurídico e processual ínfimo. O que motiva a discussão desse tema é a sua aplicação.

Como esse princípio está ligado a várias áreas do Direito, para fins dessa pesquisa, buscou-se limitar essa temática relacionando-a ao crime de furto. Com isso, objetivou nesse estudo discutir a possibilidade de aplicabilidade ou não do princípio da insignificância nos crimes de furto.

Portanto, no decorrer dessa pesquisa procura-se responder as seguintes indagações: o que configura o princípio da insignificância? e qual o entendimento jurisprudencial para a aplicação do princípio da insignificância no crime de furto?

Conforme já citado anteriormente, esse princípio não está legislado na norma jurídica brasileira, sendo respaldado pela doutrina jurídica e pela jurisprudência, por meio de julgados tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal admite a sua aplicação, desde que respeitada as suas condicionantes.

De todo modo, é nítido observar que a aplicação desse princípio não se encontra unânime nem na doutrina jurídica e nem nos Tribunais. Isso mostra a importância em se discutir esse tema, haja vista que no Brasil, existem mais crimes de menor potencial ofensivo do que os realmente graves.

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de fevereiro a abril de 2022.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar no tema proposto por esse estudo é preciso discorrer a respeito do que seja o Princípio da Insignificância. Assim, nesse tópico serão apresentados os seus aspectos históricos e conceituais.

O Princípio da Insignificância tem a sua origem nos textos jurídicos romanos. Pode ser encontrada ainda na Idade Média sendo eventualmente usada na forma *minimis non curat praetor*. Essa forma pode ser traduzida como o fato jurídico onde um magistrado tem de desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis (RIBEIRO, 2017).

Com base na lei romana, “não é função do *praetor* cuidar dos delitos bagatelares, pois só deve ocupar-se das lesões significantes, as quais são capazes de comprometer a paz e a ordem da sociedade” (RIBEIRO, 2017, p. 01).

Resgatado pelo regimento jurídico alemão em 1964, ainda na tradução do termo latim supracitado, o princípio da insignificância também pode ser traduzido da seguinte forma: o pretor não deve se responsabilizar por coisas pequenas. Com isso, o Direito Penal também não deve ‘perder tempo’ com condutas que não resultem em danos realmente graves em detrimento de condutas que de fato trazem como resultado o desequilíbrio nas relações jurídicas em sociedade (SANTIAGO, 2018).

Cabe destacar ainda que esse princípio só adentrou no ordenamento jurídico alemão por meio de Claus Roxin. Como relata o professor Sanguiné (2002 *apud* RIBEIRO 2017, p. 01) “o recente aspecto histórico do Princípio da Insignificância é inafastavelmente, devido a Claus Roxin, que, no ano de 1964, o formulou como base de validade geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina mínima *non curat praetor*”.

Nota-se que desde o seu surgimento, o princípio em estudo traz em seu bojo o entendimento de que se devem priorizar casos que realmente irão impactar a sociedade ou que vá exigir uma atenção maior do Direito. Os delitos considerados irrelevantes devem imediatamente ser esquecidos ou rapidamente desprezados.

Justamente por essa compreensão é que o Princípio da Insignificância tem como base o Direito Penal. Inclusive é no Direito Penal que esse princípio reside. Desse modo, o Direito Penal não deve se preocupar com condutas incapazes de lesar o bem jurídico (FAGUNDES, 2019).

Assim, pode-se conceituar esse princípio, também denominado de princípio da bagatela, como aquele que possui o objetivo de eliminar ou afastar a tipicidade penal. Nas palavras de Seraphim (2017, p. 02) “isto significa que o ato praticado não é

considerado como crime e, por isso, a aplicação desse princípio culmina na absolvição do réu e não somente na diminuição e substituição da pena”.

É chamado de princípio da insignificância, na opinião de Pádua (2019, p. 23) “aquele que trata de ações tipificadas como crime, mas cujo efeito concreto é completamente irrelevante e não causa qualquer lesão à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima”.

A suas prerrogativas dá base para os julgadores em todas as instâncias para que não se detenham na dedicação de incriminar condutas de pouca ou nenhuma expressão econômica ou social (NETO, 2020).

3. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Para a realização da aplicabilidade do princípio da insignificância é preciso ter como base dois aspectos: a tipicidade formal e a tipicidade material. A tipicidade formal é “a conformidade exata entre o fato praticado e os elementos que constam de um tipo penal” (SERAPHIM, 2017, p. 03).

A tipicidade material está direcionada ao agravo social e real da conduta, ou seja, busca entender quais consequências a conduta delituosa possui no âmbito social. É nessa tipicidade que se encontra o princípio em análise (RODRIGUES, 2019).

Para a configuração da tipicidade material, “é necessário que o ato praticado tenha sido capaz de cometer uma lesão, expor terceiros a risco ou provocar lesões significantes ao bem jurídico tutelado” (SERAPHIM, 2017, p. 03).

Este princípio possui ligação direta com a atuação do Estado, que nesse caso deve ser mínima. Em outras palavras, parte-se do “princípio o Estado deve interferir minimamente nas questões de direitos dos indivíduos, para que com isso a atuação do Estado não resulte desproporcional frente a uma ação incapaz de gerar lesão ou ameaça de prejuízo ao bem jurídico tutelado” (FAGUNDES, 2019, p. 27).

No entendimento de Neto (2020, p. 14) “o princípio da insignificância pode ser entendido como uma forma que o Direito Penal encontrou em recuperar o ligamento de seus valores à qualidade dos fatos que objetiva, de maneira abstrata ou concreta, reprimir”.

Como entendem Eisele; Cruz (2021, p. 36), “nos casos de ínfimo abalo ao bem jurídico, a substância do injusto é tão pequenina que não subsiste nenhum porquê à aplicação de pena, de modo que a mínima sanção penal seria patentemente desproporcional à real significância material do episódio”.

O princípio da Insignificância visa não punir aqueles delitos cuja consequência social e até mesmo jurídica não seja impactante, não cause um dano maior. É o princípio que busca dar uma maior celeridade aos processos penais, não atolando o Judiciário com litígios onde a causa e a consequência sejam ínfimas.

Nesse sentido, Pádua (2019, p. 22) explica que quando não há lesão ao bem jurídico tutelado, deve-se aplicar o princípio da insignificância, pois isto ajudará a “desafogar o Judiciário, uma vez que a análise do fato será feita diretamente em seu nascedouro”.

Tendo como fundamento os princípios constitucionais e penais da adequação social, da legalidade, da proporcionalidade e o da razoabilidade, verifica-se que o princípio da insignificância caminha lado a lado com estes. Cabe frisar contudo, que o princípio da adequação social “absorve total aprovação da sociedade, enquanto no princípio da insignificância a conduta delitiva é tolerada devido a sua ínfima lesividade” (PÁDUA, 2019, p. 23).

Desse modo, compreende-se que nos casos onde as ofensas são mínimas, não se justifica a entrada do direito punitivo, já que tornaria este guardião de fatos de ínfima importância.

Com tais considerações esplanadas, é preciso esclarecer quando uma conduta resulta em insignificante ou não. Como esse princípio é todo moldado pela doutrina penalista e pela jurisprudência, é relevante destacar que ambas trazem em seu bojo alguns requisitos para que o aplicador do direito possa adotar o princípio da insignificância de determinada conduta.

Esses requisitos são: a ofensividade da conduta ser ínfima; a falta de periculosidade social da ação; o comportamento delituoso seja considerado de baixa reprovabilidade e a pouca expressividade da lesão jurídica (NETO, 2020).

Com esses requisitos acima elencados, cabe frisar que a sua aplicação é determinada a cada caso concreto, onde o Magistrado deve ter o bom senso ao analisar o caso. É necessário analisar se o reconhecimento do princípio da insignificância deve ser feito unicamente pelo nível ínfimo da lesão sofrida, isto é, pelo desvalor do resultado (NETO, 2020).

Em outras palavras, “juntamente com o nível da lesão, devem ser analisadas se as circunstâncias judiciais, como a culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias, etc., são favoráveis” (FAGUNDES, 2019, p. 28).

A jurisprudência abaixo traz como exemplo, os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. FURTO. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**. NÃO APLICAÇÃO. MULTIRREINCIDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. **A aplicação do princípio da insignificância só é possível quando há a satisfação concomitante dos seguintes pressupostos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.** 2. A 3ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP n. 221.999/RS, fixou a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a **aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, o aplicador do direito verificar que a medida é socialmente recomendável.** 2. 1. A apelante ostenta diversas condenações transitadas em julgado por crimes contra o patrimônio. A reiteração revela, de forma concreta, a contumácia delitiva da agente, razão pela qual não há que se falar em reduzido grau de reprovabilidade do comportamento. 3. Apesar de a pena ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a multirreincidência específica da ré justifica a imposição de regime inicial semiaberto. 4. Recurso conhecido e desprovido. (07164771820198070003 - (0716477-18.2019.8.07.0003 - Res. 65 CNJ). 1º Turma Criminal. Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO. Data de Julgamento: 10/03/2022. Publicado no PJe: 04/04/2022) (grifo do autor)

Com base na jurisprudência acima, reafirma-se novamente que deve prevalecer o bom senso do magistrado para que situações concretas não se tornem verdadeiras aberrações no mundo jurídico. Para evitar isso, basta verificar os pressupostos de aplicabilidade do presente princípio já pacificados na jurisprudência pátria para que não se tenha injustiças e desproporções.

Insta salientar que o princípio em destaque não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme explicam Fontes; Moraes (2016, p. 02) "a bagatela própria não encontra previsão no Código Penal Brasileiro, sendo considerada uma causa suprallegal de exclusão da tipicidade".

No entanto, essa situação tende a mudar. Ainda em tramitação, existe o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que trata sobre a Reforma do Código Penal Brasileiro que traz em seu texto de forma expressa, a aplicação do princípio da insignificância.

Sobre essa possibilidade de formalização normativa, Almeida (2017, p. 10) acentua que mesmo sendo um avanço no “âmbito das garantias fundamentais, o referido texto deverá ser cuidadosamente redigido para que não limite e restrinja demasiadamente a possibilidade de sua aplicação”.

Há ainda na doutrina jurídica brasileira quem entenda que existe a previsão expressa da insignificância no Código Penal Militar nos seus artigos 209 § 6º e 240 § 1º. Há também a menção em um eventual processo penal, diante da constatação da ocorrência de um fato criminoso e insignificante, restará ao juiz absolver o réu por não constituir o fato infração penal nos moldes do artigo 386 III do Código de Processo Penal (ALMEIDA, 2017).

Como já mencionado, o princípio da insignificância até esse momento não possui uma previsão legal na legislação brasileira. Porém, ela é aplicada através da jurisprudência que a tem admitido em determinados casos, desde que preenchidos os seus requisitos, também já citados anteriormente.

Mesmo que em algumas situações não há aplicação do princípio da insignificância, como por exemplo, nos casos de apropriação indébita previdenciária, no estelionato envolvendo Fundo de Garantia (FGTS), nos crimes militares, aos delitos previstos na Lei de Drogas, tais como o tráfico, o uso ou outros tipos penais previstos nesta norma, no crime de moeda falsa, dentre outros, é afirmativo concluir que é grande o número de situações em que se aplica tal princípio.

Um ponto a ser considerado para a não aplicação do princípio da insignificância é o valor sentimental da vítima sobre o objeto. Nesse sentido, entende-se que a análise da extensão do dano causado ao ofendido é imprescindível para aquilatar o cabimento do princípio da insignificância.

Por conta disso, tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) são pacíficos no entendimento de que “o valor sentimental do bem exclui a aplicação do princípio da insignificância, ainda que o objeto furtado não apresente relevante aspecto econômico” (RODRIGUES, 2019, p. 36).

Desta feita, é fato que o princípio analisado por esse estudo se encontra plenamente aplicado na jurisprudência brasileira. Ocorre que, nem todos os casos esse princípio é aplicado. Sobre essa questão, apresenta-se a seguir a discussão sobre a aplicabilidade ou não deste princípio no crime de furto.

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA RELACIONADO AO CRIME DE FURTO

Antes de adentrar na discussão central desse estudo, é preciso estabelecer o que seja o crime de furto. Esse crime se encontra normatizado no art. 155 do Código Penal no Título II, ligados aos crimes em desfavor do patrimônio. Representa a subtração para si (ou

para terceiro) de coisa alheia móvel, resultante do dolo e especial forma de agir (BRASIL, 1940).

O renomado doutrinador Bittencourt (2016) explica que o verbo núcleo 'subtrair' significa "tirar, retirar, surruiar, tirar às escondidas". Adverte que não é a simples retirada da coisa do lugar no qual se encontrava, posto que é necessário, posteriormente, seja ela sujeita ao poder de disposição do agente que detém a finalidade precípua de assenhorar-se do objeto para si ou para terceiro, com *animus* definitivo.

Nesse contexto, percebe-se que o objeto do furto somente pode ser coisa móvel, alheia e economicamente apreciável, excluindo-se, por conseguinte, aquelas que não pertencem a ninguém (*res nullius*); abandonadas, malgrado pertencente a alguém em outrora (*res derelicta*) e coisas de uso comum (*res commune omnium*), as quais são destituídas de ocupação em sua totalidade, como por exemplo o ar, a luz do sol, o calor etc. (BITTENCOURT, 2016).

Os bens jurídicos penalmente tutelados na espécie delitiva *sub examen* são a posse e a propriedade de coisa móvel. No que tange à posse, Mattos (2017) defende que o objeto imediato do crime de furto consiste justamente na proteção à posse, e, posteriormente, à propriedade. Apesar desse entendimento, dentro da análise do crime de furto há correntes doutrinárias divergentes quanto ao momento de consumação. Para exemplificar o entendimento de cada corrente, apresenta-se:

A *Contrectatio* é a teoria que defende que a consumação configura-se pelo simples contato entre o agente e *res furtiva*. O mero toque já ensejaria a subsunção ao tipo formal.

A *Apprehensio* delineia que consuma-se o furto no momento em que a coisa subtraída transfigura-se para o poder do sujeito ativo, mesmo que por breve espaço de tempo e que o agente seja desde logo perseguido pela polícia ou pela vítima.

A *Ablatio*, a seu turno, consigna que repercute a consumação quando a coisa, além de apreendida, é transportada para diferentes lugares.

A *Ilatio*, por fim, assevera que a consumação somente se efetua quando a res é levada ao local desejado pelo agente com o condão de tê-la a salvo.

(MATTOS, 2017, p. 63)

Em que pese essas correntes, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) já vem entendendo pacificamente que o momento consumativo do

furto configura-se com a posse do objeto subtraído, mesmo que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição do agente, dispensando-se a posse mansa e pacífica ou desvigiada (CAVALCANTE, 2017).

Nesse sentido, tem-se como base a teoria da *Apprehensio*, em que firmou a seguinte tese: “Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição do agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada”.⁹²

No que tange a tentativa, esta se formaliza quando o processo executório do delito restar impossibilitado de prosseguir por circunstâncias alheias à vontade do agente. Assim, há impedimento de sua consumação na hipótese do agente, por exemplo, subtrair produtos em um supermercado e ser obstado de sair do estabelecimento pelos seguranças (MATTOS, 2017).

De modo geral, o crime de furto pode ser compreendido como aquele em que há uma subtração de um bem (coisa) do patrimônio de um terceiro. O sujeito ativo possui o *animus furandi* de manter consigo ou de terceiro a posse mansa e pacífica da *res furtiva*. Com essa definição sintética, pode-se retirar a impressão que o crime de furto não causa uma lesão significativa à vítima, uma vez que não gera lesão a sua integridade física. É um crime que repercute apenas no âmbito patrimonial (NETO, 2020).

Por essa razão, tem-se entendido que o crime de furto pode devidamente ser enquadrado no princípio da insignificância, haja vista que ele não traduz um prejuízo substancial à vítima. O prejuízo financeiro, nesses casos, pode ser facilmente recuperado ou restituído à vítima, via processo judicial. Apesar disso, há entendimento fortes e numerosos que entendem que esse crime traz prejuízos além do patrimonial à vítima e também para a sociedade, o que afasta a aplicabilidade do princípio em destaque (EISELE; CRUZ, 2021).

Para melhor entendimento sobre essa situação, apresenta-se no tópico seguinte os posicionamentos jurisprudenciais das Cortes Superiores que debatem esse tema.

4.1 DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Na área penal, o princípio em tela pode ser encontrado principalmente em crimes de furto. Nesse caso, esse princípio não deve ter como base somente o valor da *res furtiva*

⁹² STJ. 3ª Seção. REsp 1.524.450-RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 14/10/2015 (recurso repetitivo) Disponível no Informativo n. 572, STJ. Alguns precedentes que deram origem à tese fixada: STJ. 6ª Turma. HC 220.084/MT, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, julgado em 04/12/2014; STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1346113/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/4/2014; STF. 1ª Turma. HC 114329, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 1/10/2013.

(coisa subtraída). Devem-se analisar todas as circunstâncias do fato e o real impacto da conduta do agente na sociedade, para somente assim decidir sobre o seu enquadramento (RODRIGUES, 2019).

Como acentua Pádua (2019, p. 05) “o simples fato de o furto ser qualificado não impede a aplicação do princípio da insignificância, podendo este ser afastado de acordo com as peculiaridades do caso concreto”.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça não vem aplicando esse princípio no crime de furto, principalmente quando se verifica o valor dos bens subtraídos (a propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem utilizado o limite de 10% (dez por cento) do salário mínimo como indicativo de inexpressividade da lesão jurídica provocada pela conduta), a especial reprovabilidade da conduta do agente, e principalmente quanto à possível reincidência do criminoso. Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CRIME PRATICADO MEDIANTE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E DURANTE O REPOUSO NOTURNO. VALOR DOS BENS SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO. REDUÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). JUSTIFICATIVA IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS POR MULTA. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. **A aplicabilidade do princípio da insignificância deve observar as peculiaridades do caso concreto**, de forma a aferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta, para que seja identificada a necessidade ou não de operar o direito penal como resposta estatal. 2. Diante do caráter fragmentário do direito penal moderno, segundo o qual se devem tutelar apenas os bens jurídicos de maior relevo, somente justificam a efetiva movimentação da máquina estatal os casos que implicam lesões de significativa gravidade. É certo, porém, que o pequeno valor da vantagem patrimonial ilícita não se traduz, automaticamente, no reconhecimento do crime de bagatela. 3. **Na espécie, as circunstâncias extraídas dos autos -imputação de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e praticado durante o repouso noturno, bem como a subtração de bens com valor total superior à 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos - evidenciam a especial reprovabilidade da conduta do Agente e, assim, justificam o não reconhecimento da insignificância penal.**

4. O valor dos produtos subtraídos, a incidência da qualificadora de rompimento de obstáculo e a condição pessoal do Agravante fundamentam, de forma idônea, a escolha pela redução da pena em 1/3 (um terço) diante da incidência da forma privilegiada descrita no art. 155, § 2.º, do Código Penal. 5. A substituição da pena privativa de liberdade por uma sanção restritiva de direitos e multa não se mostra socialmente recomendável quando o preceito secundário do tipo penal cumula a multa penal com a pena privativa de liberdade. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 607957/SC, Sexta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, j. 14/12/2021, publ. no DJe 17/12/2021) (grifo do autor)

Em outro julgado da mesma Corte, cabe mencionar:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. **FURTO QUALIFICADO**. ABUSO DE CONFIANÇA. ART. 155, § 4º, II, DO CP. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**. INEXISTÊNCIA DOS POSTULADOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, QUE POSSUI MAIOR OFENSIVIDADE E REPROVABILIDADE.PRECEDENTES. 1. **A jurisprudência desta Corte Superior adverte que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade nos casos de crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, tendo em vista que tal circunstância denota maior ofensividade e reprovabilidade da conduta**. Precedentes. 2. Além disso, na hipótese, não houve indicação do valor dos bens furtados, não sendo possível verificar se eram ou não de valor ínfimo, requisito indispensável para a aferição da expressividade ou não da lesão jurídica provocada e, conseqüentemente, para aplicação do princípio da bagatela (AgRg no HC n. 517.144/ES, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 14/5/2021). 3. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no AREsp 1940372/TO, Sexta Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 07/12/2021, publ. no DJe 13/03/2021).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem adotado medidas diversas a respeito desse tema. A priori, a Corte Máxima brasileira já julgou favorável a aplicação do princípio da insignificância diante da situação onde o acusado rompeu obstáculo após a subtração e com o fito de evadir-se do local. Veja-se:

A 2ª Turma concedeu habeas corpus para aplicar o **postulado da insignificância** em favor de condenado pela prática do crime de furto qualificado mediante ruptura de barreira (CP: “Art. 155 -

Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: ... § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa”), a fim de cassar sua condenação. Na espécie, o paciente pulara muro, subtraía 1 carrinho de mão e 2 portais de madeira (avaliados em R\$ 180,00) e, para se evadir do local, arrombara cadeado. Decorrido algum tempo, quando ainda transitava na rua, a polícia militar fora acionada e lograra êxito na apreensão dele e na devolução dos bens furtados à vítima. Inicialmente, consignou-se que não houvera rompimento de obstáculo para adentrar o local do crime, mas apenas para sair deste, o que não denotaria tamanha gravidade da conduta. Na sequência, salientaram-se a primariedade do paciente e a ambiência de amorismo para a consecução do delito. Assim, concluiu-se que a prática perpetrada não seria materialmente típica, **porquanto presentes as diretivas para incidência do princípio colimado:** a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 109363/MG, rel. Min. Ayres Britto, 11.10.2011. (HC-109363) 2ª Turma, noticiado no Informativo 644). (grifo do autor)

De igual entendimento cabe citar a presente jurisprudência:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO. **VALOR DO BEM SUBTRAÍDO INFERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS.** RÉU REINCENTE ESPECÍFICO E RESPONDE OUTRAS AÇÕES PENAIAS POR DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.** INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] O furto foi praticado no dia 1º/2/2018, quando o salário mínimo estava fixado em R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais). Nesse contexto, seguindo a orientação jurisprudencial desta Corte, **o valor do bem subtraído, avaliado em R\$ 62,00 (sessenta e dois reais), é considerado ínfimo, por não alcançar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos.** [...] o furto é um crime de resultado e não de mera conduta e que o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, mas sim, condutas significativamente perigosas, lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um direito penal do autor e não do fato. [...] **Na linha da orientação jurisprudencial do STF, esta Corte Superior tem**

admitido a incidência do princípio da insignificância ao reincidente, à míngua de fundamentação sobre a especial reprovabilidade da conduta. Todavia, observa-se que o paciente é reincidente específico e responde a outras ações penais pela prática de delitos contra o patrimônio, o que demonstra o elevado grau de reprovabilidade de sua conduta, sendo inaplicável o princípio da insignificância.[...] (STJ, 5ª Turma, HC 491.970/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 26/02/2019, publicado em 08/03/2019).

Nos casos acima, ficou claro que há a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância nos casos de furto. Todavia, o próprio STF já evidenciou as suas condicionantes para que essa aplicabilidade seja efetiva. A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. **FURTO E TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.** INVIABILIDADE. NOTÍCIA DA PRÁTICA DE VÁRIOS OUTROS DELITOS PELO PACIENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. **2. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.** 3. O grande número de anotações criminais na folha de antecedentes do Paciente e a notícia de que ele teria praticado novos furtos, após ter-lhe sido concedida liberdade provisória nos autos da imputação ora analisados, evidenciam comportamento reprovável. **4. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida.** **5. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas**

para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal. 6. Ordem denegada.” (STF - HC102088/RS, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, Publicação DJe 21-05-2010) (grifo do autor)

O que a presente ministra do STF evidenciou no julgado supracitado é de que o furto, por menor que seja a sua penalidade ou efeitos sociais, não pode ser ligado automaticamente a um crime insignificante. É preciso analisar cada caso concreto e avaliar sistematicamente os danos causados ao patrimônio da vítima e suas consequências sociais (MATTOS, 2017).

Desse modo, o criminoso contumaz que apresentar comportamento reprovável, não pode ficar imune ao direito penal e sua conduta deve ser considerada materialmente típica. Caso contrário, abre-se brecha para que o criminoso possa continuar praticando o mesmo delito e fazendo novas vítimas. No corpo da decisão, a Ministra ilustra o seguinte exemplo:

Imagine-se a pessoa que furta de bancas de jornal situadas em locais diversos, todos os dias, um cartão telefônico no valor de R\$20,00, de maneira que os delitos subsequentes não sejam havidos como continuação do primeiro. Um único crime, quando analisado sozinho, poderia configurar a bagatela, porém, no final de um mês, essa pessoa teria furtado aproximadamente R\$600,00, quantia superior à do salário-mínimo vigente e com a qual muitos trabalhadores honestos sobrevivem (STF - HC102088/RS, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, Publicação DJe 21-05-2010).

Com base nos entendimentos jurisprudenciais, o que fica claro constatar é que tanto o STJ quanto o STF tem adotado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos casos de furtos. No entanto, para que isso ocorra é necessário que os seus pressupostos sejam respeitados. Caso contrário, não há de se falar em aplicar esse princípio no caso aqui analisado.

Como bem menciona Fagundes (2019) para a aplicação do princípio da insignificância, não pode servir de parâmetro, de forma exclusiva e isolada, o valor da *res furtiva*. O grau de ofensividade da conduta frente ao bem jurídico tutelado, o desvalor social da ação e a intensidade da culpabilidade do agente devem ser apreciados.

Neto (2020) acrescenta que a simples alegação de que não houve prejuízo relevante para a vítima em nada altera a condenação. Se assim fosse, os furtos tentados e aqueles consumados, mas com recuperação dos bens subtraídos, seriam considerados penalmente atípicos em decorrência do princípio da insignificância.

Desse modo, para melhor parâmetro sobre quando aplicar ou não o presente princípio nos casos de furto, além de observar os efeitos que esse crime gera na vítima e na sociedade, é imperioso analisar se o valor do bem furtado supera 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Além disso, deve-se observar a reincidência do acusado, que, por si só, já impede a aplicação do referido princípio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste estudo restaram estabelecidas algumas ponderações a respeito do princípio da insignificância. O primeiro ponto a ser analisado é que a sua origem é do Direito Romano, tendo Claus Roxin o seu precursor. O segundo ponto é a sua conceituação, que se remete aos crimes que não possuem resultados importantes, ou seja, são crimes que não envolvem nenhum perigo direto à integridade física ou material de alguém.

O terceiro ponto é que a sua natureza jurídica é de Direito Penal, ainda que seja possível encontrá-lo em outras áreas. Para fins desse estudo, focou-se nos crimes patrimoniais. Dessa forma, o princípio da insignificância representa uma causa de excludente da tipicidade material.

Por não ter uma tipificação legal, o princípio da insignificância é estudado e aplicado na doutrina jurídica e na jurisprudência. Nesse campo, a sua aplicabilidade não é pacífica, tendo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal se posicionando de maneira diversa.

In casu, aplica-se o princípio da insignificância (mesmo não positivado) para que os casos onde se encontra os crimes penais cuja consequência jurídica e social seja ínfima, não resultem em excesso de norma, devendo ser aplicado a lei na mesma medida que seu resultado.

Todavia, nos casos do crime de furto, o que ficou claro observar é de que é preciso olhar atentamente as condicionantes para a possível aplicação (ou não) do princípio da insignificância. Nesse caso é necessário analisar se os bens furtados excede ao parâmetro de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, critério adotado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para mensurar a lesão ao bem jurídico tutelado; se o réu é reincidente específico em crime de furto; se o acusado é criminoso habitual e por não ser a conduta insignificante, a medida pretendida é socialmente desaconselhável.

Com esse fundamento adotado pelas Cortes brasileiras, esse estudo caminha no entendimento de que aplicar o princípio da bagatela no caso onde os pressupostos acima elencados são encontrados, fomentaria o sentimento de insegurança e de impotência da vítima diante do ataque a seu patrimônio, não se podendo confundir juízo de censura penal com condescendência estatal, a ponto de incentivar-se os furtos de pequena monta, deixando ao desamparo grande parte da sociedade. Logo, inegável a elevada ofensividade da conduta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Bruno Fernandes C. de. **A aplicação do Princípio da Insignificância pelo delegado de polícia**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57106/a-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-pelo-delegado-de-policia/2>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 12. ed. rev e atual. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto**. 2º ed., rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2017.

EISELE, Andreas; CRUZ, Rogério Schietti. **Insignificância Penal**. 1º ed. Editora: Juspodivm, 2021.

FAGUNDES, Rafael. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1º ed. Editora: Revan, 2019.

FONTES, Eduardo; MORAES, Geovane. *Temas controversos de Direito Penal*. Recife: Armador, 2016.

MATTOS, Bruno Ferreira. **Aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de furto e seus tipos derivados no Direito Penal Brasileiro**. Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

NETO, Napoleão Bernades. **Teoria E Prática Do Princípio Da Insignificância**. 2ª Ed. Editora: Lumen Juris, 2020.

PÁDUA, Gabriel Senra e. **Do Significado da Insignificância**. 1º ed. Editora: Impetus, 2019.

RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. **Aplicação do princípio da insignificância**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_caderno=3. Acesso em: 21 fev. 2022.

RODRIGUES, Ronald Pinheiro. **Formulação Histórica Do Princípio Da Insignificância e a Reincidência Como Obstáculo ao seu Reconhecimento Pelos Tribunais Brasileiros**. 1º ed. Editora: Lumen Juris, 2019.

SANTIAGO, Emerson. **Princípio da Insignificância**. 2018. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/principio-da-insignificancia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

SERAPHIM, Carlos Eduardo. **Princípio da Insignificância**. 2017. Disponível em: <https://examedaoab.jusbrasil.com.br/artigos/413443647/principiodainsignificancia>. Acesso em: 23 mar. 2022.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2º ed. rev. atualizada. Editora: Juruá, 2012.

A FRAGILIDADE DA CONDENAÇÃO EM CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL BASEADA SOMENTE NA PALAVRA DA VÍTIMA

JOSÉ NETO BOTELHO MILHOMEM:
Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG⁹³.

FÁBIO ARAÚJO SILVA⁹⁴

(orientador)

RESUMO: O presente artigo discorreu sobre a possibilidade da condenação baseada apenas na palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. O problema principal do estudo é: pode o acusado em sede de crime praticado contra a dignidade sexual ser condenado exclusivamente em razão da palavra da vítima?. Desse modo, foram abordadas as matérias de direito penal, processo penal e constitucional. A técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica. Foram utilizados livros, artigos e jurisprudências neste estudo. Concluiu-se que, sim, é possível a condenação do acusado baseada na palavra da vítima, desde que esteja em consonância com as demais provas, uma vez que esta palavra possui grande relevância no processo penal.

Palavras-chave: Provas criminais. Crimes sexuais. Fragilidade da condenação. Palavra da vítima.

ABSTRACT: This article discussed the possibility of conviction based only on the victim's word in crimes against sexual dignity. The main problem of the study is: can the accused in the context of a crime committed against sexual dignity be condemned exclusively on the basis of the victim's word?. In this way, matters of criminal law, criminal and constitutional procedure were addressed. The research technique used was bibliographic. Books, articles and jurisprudence were used in this study. It was concluded that, yes, it is possible to condemn the accused based on the victim's word, as long as it is in line with the other evidence, since this word has great relevance in the criminal process.

Keywords: Criminal evidence. Sex crimes. Fragility of condemnation. Victim's word.

Sumário: 1. Introdução. 2. **Dos crimes contra a dignidade sexual.** 3. A valoração da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. 4. **Síndrome da mulher de Potifar.**

93 E-mail: jnetomilhomem1999@gmail.com

94 Advogado e Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: xxxxx@hotmail.com.

5. **Do livre convencimento do juiz.** 6. **Meios de prova.** 6.1 **Da acareação.** 6.2 **Da prova pericial.** 6.3 Da prova documental. 7. Entendimento dos Tribunais quando não há outro meio de prova senão a palavra da vítima. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, sobreveio inovações, alterações e revogações, sobretudo no tocante aos crimes contra a dignidade sexual.

O artigo 213 do CP dispõe que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, configura o crime de estupro.

Nota-se que a conduta de “constranger alguém” não se limitou apenas aos homens, se estendendo também às mulheres. Ademais, a prática de atos libidinosos diferentes da conjunção carnal, que antes definia o crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal), fora revogado.

Desse modo, basta o agente (homem ou mulher) mediante violência ou grave ameaça, seja qual for o sexo, constranger outrem para a prática do ato libidinoso, incorrerá no crime de estupro.

Em relação ao estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, o que se busca proteger é a dignidade da pessoa humana, uma vez que proíbe a prática de relação sexual ou atos libidinosos com menor de 14(quatorze) anos, ou com alguém que não tenha o necessário discernimento para o ato.

Quanto ao crime de violação sexual mediante fraude, previsto no art. 215, do Código Penal, a principal diferença entre o estupro é que a vítima acaba aceitando ter uma relação sexual com o agente, embora sua vontade esteja viciada por uma fraude ou qualquer outro artifício que não a faça perceber o erro.

Há ainda os crimes de importunação sexual e assédio sexual. No primeiro, veda expressamente a prática daquele que visa satisfazer a própria lascívia ou de outrem por meio de ato libidinoso, sem a sua anuência. Já no segundo, o agente, prevalecendo-se da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, constrange o subordinado para obter vantagem ou favorecimento sexual.

Desse modo, é inserida carga valorativa pessoal do depoimento da vítima, que na maior parte das vezes se trata de única prova no processo.

Partindo dessa premissa que se atribui grande destaque na palavra da vítima no processo penal, referente às declarações prestadas sobre crimes praticados contra a dignidade sexual.

Entretanto, há diversos riscos em condenar o agente com base apenas na palavra da vítima, que podem ser inestimáveis e irreparáveis.

2. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Greco (2017) leciona que a lei defende o direito à liberdade de qualquer pessoa sobre seu próprio corpo. Assim, o estupro alcança a liberdade sexual, atacando a dignidade da pessoa e causando desrespeito ao seu direito.

Nos termos do art. 213, do Código Penal, ocorre o crime de estupro quando o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Desse modo, é imprescindível haver o constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça no intuito de praticar relações sexuais para a configuração do crime, pois na ausência destes núcleos o fato é atípico, tendo em vista que o ato é consentido de forma presumida. Quanto ao 'outro ato libidinoso', "estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, mas que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente" (GRECO, 2017, p. 1.126).

Quanto ao crime de estupro de vulnerável, este é caracterizado quando há conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14(quatorze) anos, ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Vejamos:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Capez (2018) ensina que a conjunção carnal, trata-se da penetração completa ou incompleta do pênis na vagina; quanto ao ato libidinoso, são outras formas que levam a efetivação do ato sexual, não sendo a conjunção carnal, porém visando satisfazer a lascívia do agente.

Bittencourt (2012) ressalta que há a desnecessidade de a vítima prolongar a resistência até seu desfalecimento, contudo, exige que realmente não haja a vontade de efetivar o ato sexual e que resista de forma pura.

O autor menciona ainda que o delito de estupro apenas é possível na modalidade dolosa, não existindo previsão na modalidade culposa. É indispensável a presença de dois elementos, ou seja, a consciência e a vontade de praticar o ato.

Em síntese, somente é cabível a tentativa quando o agente iniciou a execução do delito, mas que não se consumou por circunstâncias alheias do agente. "Assim, para a ocorrência da tentativa, basta que o agente tenha ameaçado gravemente a vítima com o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal ou a atos libidinosos" (BITENCOURT, 2012, p. 120).

No entanto, Capez (2018) entende que, caso o agente desista voluntariamente, este responderá pelos atos já praticados.

Vale ressaltar por oportuno que o crime de estupro é hediondo, conforme redação expressa do art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/90:

Art. 1º: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

Nesse sentido o crime de estupro recebe tratamento mais rigoroso, uma vez que a hediondez resulta da gravidade que o crime proporciona em desfavor da liberdade sexual da vítima.

Ademais, há outras modalidades de crimes contra a dignidade sexual, senão vejamos:

Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Assédio sexual

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de

superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Como se vê, dentre os principais crimes contra a dignidade sexual estão: estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude, assédio sexual e importunação sexual.

3. A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Em que pese o especial valor probatório conferido à palavra das vítimas nos crimes cometidos contra a dignidade sexual, há muitas vezes ausência de vestígios que levam à materialidade ou à autoria do delito.

Contudo, a legislação vigente assegura que para o indivíduo ser condenado, é imprescindível a ocorrência de toda a investigação referente aos fatos, fazendo com que os indícios de materialidade e autoria sejam comprovados:

Evidentemente, para que o sujeito ativo que praticou crimes contra a dignidade sexual seja condenado, é indispensável a comprovação da autoria e materialidade do delito, para que assim o magistrado possa avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando-se o direito ao caso concreto (GRECO FILHO, 2013, p. 228).

A perversidade destes crimes é inigualável e por tais razões devem ser averiguados rigorosamente. Caso o magistrado decida julgar pela condenação, todas as dúvidas levantadas no processo devem ser sanadas, ante a irreversibilidade dos danos no caso de falsa imputação.

Tendo em vista que nos crimes sexuais geralmente não há vestígios, devido ao perecimento das provas com o passar do tempo, bem como os aspectos físicos dos indivíduos, é indispensável que a palavra da vítima esteja em sintonia com as demais provas constantes dos autos, para que seja alcançada a veracidade e coerência.

É possível a ausência de verdade na palavra da vítima, acarretando na lastimável condenação de pessoa inocente, uma vez que geralmente os crimes de natureza sexual são cometidos clandestinamente, dificultando a percepção da vítima acerca do reconhecimento do acusado.

Nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, inciso LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse sentido, o dano causado ao inocente é irreparável, uma vez que é condenado de forma injusta, visto como um praticante dos mais repugnantes delitos, de modo que este indivíduo sempre será reputado como abusador sexual.

Portanto, são indispensáveis as garantias constitucionais do acusado para que não sofra injustiças. Desse modo, para averiguar a credibilidade da palavra do ofendido na esfera penal, especialmente nos crimes sexuais, surge a teoria da Síndrome da Mulher de Potifar.

4. SÍNDROME DA MULHER DE POTIFAR

A síndrome da mulher de Potifar retrata a imagem de uma mulher que, após ser rejeitada por algum indivíduo, com o propósito de punir a pessoa que a rejeitou, efetua denúncia caluniosa, conforme se vê em Gênesis, capítulo 39, da Bíblia Sagrada, a qual descreve a história de José, filho de Jacó.

A história relata acerca do personagem José, muito querido por seu pai Jacó, que desperta inveja entre seus demais irmãos, que acabam o vendendo para escravos israelitas. Após isso, é revendido a um grupo egípcio de nome Potifar. José, conhecido por ser um homem bastante religioso, em pouco tempo conquistou a confiança de Potifar, e passou a gerenciar seu patrimônio.

Entretanto, José passou a ser admirado pela esposa de Potifar, que insistia em manter relação extraconjugal com ele. Após as recusas de José, a mulher sentiu-se rejeitada e procurou se vingar. Para isso, imputou a José o crime de tentativa de estupro. Assim, José foi colocado com os outros detentos.

Conforme se vê, por meio deste fato bíblico surgiu na esfera penal a teoria da Síndrome da Mulher de Potifar, que possibilita ao agente que tenha uma melhor e cautelosa análise sobre seu caso concreto, quando há risco de condenação baseada exclusivamente na palavra da vítima.

Nesse sentido leciona Rogério Greco:

Mediante a chamada síndrome da mulher de Potifar, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a verossimilhança de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente. A

falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório (GRECO, 2011, p. 482).

Observa-se que o objetivo deste amparo não é isentar o agente do crime, porém mostrar que há casos em que a vítima, movida por rejeição, desprezo ou ciúmes, pode criar um fato definido como crime para prejudicar o indivíduo que não aceitou satisfazer seus desejos sexuais.

Greco (2013) assevera ainda que “a falta de credibilidade da vítima, poderá, portanto, conduzir a absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório”.

A tutela em questão não visa retirar a relevância do valor probatório da palavra da vítima nos crimes que envolvem a dignidade sexual, mas não condenar o agente por ato que não praticou, sendo imprescindível a análise do conjunto probatório com a devida cautela.

5. DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Em sede de processo penal, há maior liberdade por parte do juiz ao proferir suas decisões, uma vez que formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Vale ressaltar por oportuno que o juiz deve obedecer alguns preceitos constitucionais, que estão previstos no art. 93, inciso IX, da CF/88:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais

a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Desse modo, em que pese o juiz possuir a liberdade de formar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas em instrução judicial, é imprescindível observar os requisitos expressos do art. 93, inciso IX, da CF/88.

. MEIOS DE PROVA

As provas estão previstas no Código de Processo Penal, contudo, vigora no ordenamento jurídico o princípio da liberdade probatória, uma vez que não sendo vedado por lei, é admitido qualquer meio.

São previstos como meios probatórios: interrogatório, confissão, inquirição de testemunhas, exame de corpo de delito, tomada ou declarações do ofendido, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos, bem como os indícios e a busca e apreensão.

6.1 DA ACAREAÇÃO

A acareação trata-se de um procedimento no qual o objetivo é apurar a verdade real, através do confronto entre partes, testemunhas ou outros participantes de processo, que prestaram informações prévias divergentes.

Desse modo, tendo em vista que a palavra da vítima não é absoluta, poderá ser confrontada pelo acusado ou pelas testemunhas por meio da acareação.

Tal procedimento está disciplinado no art. 229 do Código Penal. Vejamos:

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Portanto, caso os depoimentos forem divergentes entre o acusado e a vítima em pontos relevantes do processo, qualquer das partes poderá requerer a acareação, bem como ser determinada de ofício pelo juiz.

6.2 DA PROVA PERICIAL

O art. 158, do Código de Processo Penal, dispõe que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

No entanto, em sua ausência, poderá ser suprido por meio de prova testemunhal, conforme redação expressa do art. 167, do Código de Processo Penal:

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Como se vê, a prova por meio de laudo pericial se perde quando inviável sua realização. Todavia, esta alegação não poderá ser utilizada como fato caracterizador de ausência de materialidade, motivo pelo qual prevalece a palavra da vítima, bem como os depoimentos testemunhais como prova.

6.3 DA PROVA DOCUMENTAL

As provas documentais estão previstas nos artigos 231 a 238 do Código Penal, as quais evidenciam por meio de documentos a veracidade dos fatos:

Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará,

independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade.

Art. 236. Os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade.

Art. 237. As públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença da autoridade.

Art. 238. Os documentos originais, juntos a processo findo, quando não exista motivo relevante que justifique a sua conservação nos autos, poderão, mediante requerimento, e ouvido o Ministério Público, ser entregues à parte que os produziu, ficando traslado nos autos.

Portanto, a prova documental se trata de uma das mais confiáveis em sede de processo penal, tendo em vista que é mais fiel, contudo, é possível ser refutada em juízo.

7. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS QUANDO NÃO HÁ OUTRO MEIO DE PROVA SENÃO A PALAVRA DA VÍTIMA

Após a Lei n. 12.015/09 entrar em vigor, trouxe consigo significativas alterações, fazendo com que os crimes sexuais possam ser exercidos de várias formas e meios.

É cediço que a jurisprudência admite a condenação do acusado por meio da palavra da vítima, devendo, portanto, estar em conformidade com as demais provas constantes dos autos, inclusive sendo necessário haver ausência de indícios que possam levar a uma injusta imputação.

Percebe-se que o nobre magistrado deve analisar de forma criteriosa a personalidade da vítima e também as declarações do acusado, para que seja possível um julgamento justo.

Mirabete (2011, p.1.343/1.344) levando em consideração a jurisprudência do TJSP, cita:

Embora verdadeiro o argumento de que a palavra da vítima, em crimes sexuais, tem relevância especial, não deve, contudo, ser recebida sem reservas, quando outros elementos probatórios se

apresentam em conflitos com suas declarações. Assim, existindo dúvida, ainda que ínfima, no espírito do julgador, deve, naturalmente, ser resolvida em favor do acusado, pelo que merece provimento seu apelo, para absolvê-lo por falta de provas).

Desse modo, caso as provas colhidas forem duvidosas, ou seja, divergentes ou incoerentes, devem ser inadmissíveis, sendo de rigor a absolvição do agente, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o acusado, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...) VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA ISOLADA. PODER PROBANTE INSUFICIENTE - AUSÊNCIA DE PROVAS SÓLIDAS E IRREFUTÁVEIS DE AUTORIA. DÚVIDA MAIS DO QUE RAZOÁVEL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. 1. Nos crimes de estupro a palavra da vítima possui especial relevância desde que esteja harmônica com as demais provas dos autos, o que não ocorre na espécie. 2. Cabe ao Ministério Público, como parte e acusação, trazer para o processo judicial as provas necessárias e aptas para afastar, além de qualquer dúvida razoável, a inocência do acusado, fazendo-se emergir do conjunto probatório a sua indiscutível culpa; assim, não se desincumbindo desse ônus processual, impossível se torna a condenação. 3. A inexistência de prova incontestada de autoria impõe severa dúvida no espírito do julgador, impedindo a edição de um decreto condenatório, em razão da aplicação do princípio processual do "in dubio pro reo". Precedentes. 4. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJ-TO - APR: 00013546320198272719, Relator: ADOLFO AMARO MENDES, Data de Julgamento: 13/04/2021, TURMAS DAS CAMARAS CRIMINAIS, Data de Publicação: 2021-04-27T00:00:00).

Portanto, a palavra da vítima, em crimes de natureza sexual, se trata de excelente meio de prova, mas por si só, não é suficiente para autorizar a condenação do acusado, quando incoerente com as demais provas do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho concluiu que nos crimes contra a dignidade sexual é possível a condenação do acusado baseada na palavra da vítima, porquanto os delitos desta natureza são praticados na clandestinidade, dificultando a presença de testemunhas.

Foi possível perceber que a palavra da vítima possui grande valor no processo penal. Contudo, nem sempre o depoimento está pautado na veracidade, tendo em vista que esta imputação pode ser motivada com intuito de prejudicar o acusado.

Nessa perspectiva, esse estudo trouxe uma breve reflexão teórica de que é imprescindível que a palavra da vítima seja colhida de forma minuciosa, devendo estar firme, coerente e harmônica com as demais provas produzidas, para não ocorrer injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial – volume 2**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial 4: Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual até dos Crimes Contra a Fé Pública**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**. Código de Processo Penal. 03 out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial – volume 3**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA SILVA, Monica K. Livinali. **O valor probatório da palavra da vítima no crime de estupro**. 2020.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEFAM, Andréia. **Crimes Sexuais**: Comentários à Lei 12.015/90. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALVÃO, David da Silva. **O valor da palavra da vítima como única prova para condenação do acusado nos crimes contra dignidade sexual**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 set 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55244/o-valor-da-palavra-da-vitima-como-nica-prova-para-condenao-do-acusado-nos-crimes-contradignidade-sexual>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial, Volume III. 9ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

GRECO, R. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PEREIRA, Allan. **Falsa acusação de estupro ou síndrome da mulher de Potifar**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://allandasilvapereira.jusbrasil.com.br/artigos/491661183/falsa-acusacao-de-estupro-ou-sindrome-da-mulher-de-potifar>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

RANGEL, Marcio de Jesus Rocha. **Falsa acusação de estupro ou síndrome da mulher de Potifar**. Migalhas, ISSN 1983-392X, 23 janeiro.2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252272,61044Falsa+acusacao+de+estupro+ou+sindrome+da+mulher+de+Potifar>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

SPERANDIO, Vittoria Bruschi. **O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual**. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://vbsperandio.jusbrasil.com.br/artigos/446462884/o-valor-probatorio-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-contraa-dignidade-sexual>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

THOMAS, Ana Gladis. **A palavra da vítima em crimes sexuais como instrumento isolado de prova e o risco da condenação injusta**. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-palavra-da-vitima-em-crimes-sexuais-como-instrumento-isolado-de-prova-e-o-risco-da-condenacao-injusta>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

A PARTICIPAÇÃO DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS NA PREFEITURA MUNICIPAL DE PALMAS - TO

MURILO PORTUGUES PAULINO GALHARDO:

Auditor Fiscal na Prefeitura Municipal de Palmas. Bancário por 4 anos pelo Bradesco. Contador na VALEC por 2 anos. Formado em contabilidade pela UFT. Pós-Graduado em Gestão Pública. Formando em Direito pela FASEC.

EDY CÉSAR DOS PASSOS JUNIOR

(orientador)

RESUMO: A realidade econômica tem sido desafiadora no nosso país e também na cidade de Palmas – TO, o que gerou o surgimento do Microempreendedor Individual (MEI) como pontapé inicial do empreendedorismo. Alavancado pela diminuição na perspectiva de contratações, o crescimento desse ramo tende a ser inevitável. São profissionais autônomos que usam de um talento para desenvolver uma atividade com foco na obtenção de lucro. Com isso, fica evidente a necessidade de entender o processo de contratações públicas para que os MEIs possam concorrer também e participar nas licitações. Portanto a pesquisa busca contribuir e demonstrar essa situação para que haja mais incentivos dos órgãos públicos e interesse dos privados para a participação dos MEIs nos processos licitatórios. Através de dados coletados diretamente da prefeitura municipal de Palmas, será possível realizar a comparação e demonstração de crescimento e do potencial de ampliação desse nicho de mercado.

Palavras-chave: Empreendedor; Licitação; Microempreendedor individual.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Cidade de Palmas e a Prefeitura Municipal; 3. O Microempreendedor Individual e o Processo Licitatório; 4. Comparação da Participação do MEI no Processo Licitatório no Município de Palmas/TO de 2018 a 2021; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A administração pública como um todo vive um novo momento, muitas situações estão sendo repensadas para agilizar e aprimorar os serviços prestados à população. O modelo burocrático que durou muitos anos e que tinha a função de coibir casos de corrupção e a garantia de uma hierarquização excessiva dos cargos públicos, já não é mais tão natural no serviço público, com isso, o novo modelo gerencial ganha espaço e adeptos, pois tem a proposta de gerenciar as instituições públicas de modo similar a

administração privada, ele também enfatiza a eficiência administrativa e se baseia no ajuste estrutural.

Sobre o modelo gerencial, que começou a despontar na década de 1970, e que tinha apelo por mudanças estruturais na administração pública veio promover a substituição do modelo orientado para o controle das atividades-meios das organizações burocráticas. Enquanto no modelo burocrático, há “três características principais: a formalidade, a impessoalidade e o profissionalismo” exercidos de forma rigorosa. O modelo gerencial enfatiza que a administração gerencial vincula a sua atuação ao interesse da coletividade, sob enfoque do cliente-cidadão, ou cidadão usuário. Assim, na administração gerencial, o foco deixa de ser a própria administração pública para tornar-se a satisfação do cidadão.

Nessa perspectiva de gestão, baseada na flexibilização possível dentro da lei, é preciso entender como os microempreendedores individuais (MEIs), que é um empreendedor que tem um negócio e conduz sua empresa sozinho pode participar do processo de concorrência no setor público, visto que muitos dos MEIs são locais e com isso a economia dos municípios seria aquecida. A lei incentiva a sua participação e ressalta que não pode haver discriminação ou situações que limitem a participação do microempreendedor.

Nesse diapasão, a pesquisa busca responder “Qual foi a participação do MEI em processos licitatórios no município de Palmas/TO nos anos de 2018 a 2021?”. Para tanto, irá analisar e avaliar a participação dos microempreendedores individuais nas licitações do Município de Palmas/TO, comparando a participação do MEI no processo licitatório do município de Palmas/TO durante esse período, demonstrando a proporção de participação tanto em quantitativo quanto em valores monetários.

Assim, a pesquisa que será realizada pode ser classificada de natureza aplicada pois tem a intenção de aumentar o conhecimento sobre o assunto, o método utilizado será o indutivo, porque havendo uma intenção de estimular a participação do MEI no processo licitatório é preciso trazer novos conhecimentos sobre o assunto, a abordagem realizada será a descritiva para buscar um panorama da situação do MEI no município da Palmas/TO e buscando chegar a respostas sobre o comportamento dos microempreendedores individuais. A pesquisa será a quantitativa documental pois toda a análise será feita através de dados e relatórios fornecidos pela prefeitura municipal de Palmas. E ao final utilizado a análise e interpretação dos dados da pesquisa.

A administração pública tem papel fundamental no incentivo da participação dos MEIs nos processos licitatórios. O município de Palmas -TO tem cadastrado, em 31/12/2021, o total de 28.101 MEIs.⁹⁵

Por fim, esse trabalho será dividido em três capítulos: o primeiro, a apresentação da cidade de Palmas – TO e sua Prefeitura Municipal, o segundo, uma explanação concisa sobre MEI e o processo licitatório, por fim, o terceiro capítulo demonstrará o comparativo da participação dos MEIs no processo licitatório no município de Palmas – TO nos anos de 2018 a 2021.

2. A CIDADE DE PALMAS E A PREFEITURA MUNICIPAL

A cidade de Palmas, capital do estado do Tocantins, foi fundada em 20 de maio de 1989 sendo a última cidade do século XX completamente planejada. Participante da região norte do país, a cidade de Palmas fica bem ao centro do estado do Tocantins. Com uma população estimada em 313.349 habitantes⁹⁶ se caracteriza também por ter a melhor qualidade de vida entre as capitais e municípios do norte brasileiro.

Administrada atualmente pela prefeita Cinthia Alves Caetano Ribeiro, conhecida como a primeira prefeita reeleita da história do município e a única mulher escolhida nas eleições de 2020 para comandar uma capital brasileira, a prefeitura municipal possui em seu quadro 7.225 servidores⁹⁷ ativos com vínculo efetivo remunerados por recursos pagos pelo poder público.

O órgão municipal gastou em 2018 o total de R\$ 963.425.470,68 com pagamento de fornecedores saltando em 2021 para o total de R\$ 1.278.993.959,37, representando uma alta de 32.75% de gastos acumulada nos três anos subsequentes. Desses valores, apenas R\$ 628.426,99 gastos em 2018 foram exclusivamente pagos a empresas classificadas como MEI, sendo em 2021, o total de R\$ 1.716.711,49 representando um crescimento na destinação do recurso em 173.17%, superando o crescimento da totalidade dos gastos e demonstrando um verdadeiro aumento na participação dos MEI nas contratações municipal.

3. O MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL E O PROCESSO LICITATÓRIO

95 Total de Empresas Optantes no Sistema de Recolhimento em Valores Fixos Mensais de Tributos do Simples Nacional. (SIMEI) por município da Unidade Federativa/TO. Fonte:

<http://www22.receita.fazenda.gov.br/inscricaoimei/private/pages/relatorios/relatorioMunicipio.jsf>

96 Wikipedia, fonte: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Palmas#Geografia>

97 Portal Prefeitura municipal de Palmas, Portal da Transparência, fonte:

<http://prodata.palmas.to.gov.br:8080/sig/app.html#/transparencia/transparencia-folha-pagamento/>

O Microempreendedor Individual (MEI) é o profissional que busca empreender e começar um pequeno negócio, sendo necessário entender o conceito do negócio segundo (AIDAR, 2007, p. 49), “saber quem deve ser atendido pelo negócio, o tipo de pessoas que buscarão usufruir do serviço prestado, público-alvo, também quais as funções do produto ou serviço (atendeu o desejo do cliente) e ainda como serão atendidas suas necessidades”. Logo, o microempreendedor tem que ter bem definido quem são os clientes; qual a utilidade do produto e como atingir as necessidades do cliente, assim, terá mais chances de sucesso com o empreender.

O MEI é o pequeno empresário individual que atende as condições pré-definidas na Lei Complementar 123/06, em resumo, que tenha faturamento limitado a R\$ 81.000,00 por ano; que não participe como sócio, administrador ou titular de outra empresa; que contrate no máximo um empregado; que exerça uma das atividades econômicas previstas no Anexo XI, da Resolução CGSN nº 140, de 2018, o qual relaciona todas as atividades permitidas.

Ao se formalizar, o MEI passa a ter cobertura previdenciária para si e seus dependentes além de um regime de tributação único, sendo em 2022 para atividades de comércio e indústria, o valor mensal de R\$ 61,60, para prestadores de serviço, o valor mensal de R\$ 65,60 e se for exercer ambas as atividades (comércio e serviço), pagará o valor mensal de R\$ 66,60. Valores esses destinados ao pagamento de INSS, ICMS e ISS.

A licitação é um procedimento administrativo que segue à risca o que prevê o edital. O processo licitatório prevê que todos que tenham condições de participar possa fazê-lo. Nesse raciocínio (MELLO, 1980, p. 1) define que a licitação é “o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”.

O processo licitatório deve ser democrático e abrangente, qualquer interessado que tenha condições de apresentar a proposta mais vantajosa e cumprir as exigências contratuais, pode participar. Assim preceitua o art. 37, XXI da CF:

“CF, art. 37, XXI: “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 2021).”

Ademais a necessidade de licitação para contratação com o poder público, o art. 3º, § 14, da Lei 8.666/93, assegura o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte:

“Lei 8.666/93, art. 3º, § 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.”

Para tanto, é possível citar como benefício desse tratamento diferenciado a concorrência justa através da seleção por categorias. Assim, o MEI não precisa se preocupar em concorrer com as grandes empresas e perder suas chances e investimento de tempo. Na prática, isso quer dizer que a licitação acontecerá a partir da categorização das empresas, com um processo seletivo específico: a microempresa concorrerá com outra microempresa.

Outro benefício bem notório é a contratação de bens e serviços divisíveis, como uma das coisas que define as compras dos órgãos públicos são os grandes volumes de bens ou serviços, existe a cota de 25% destinada às micro e pequenas empresas. Isso quer dizer que se um hospital precisa de seringas, a licitação correrá a partir da contratação de bens e serviços divisíveis. O hospital precisa de 20.000 seringas. A micro ou pequena empresa fornecerá 5.000 seringas (25% da cota total) desde que essa quantidade não ultrapasse o valor de R\$81.000,00 reais. O restante da demanda será disputado por outro processo de licitação entre empresas que ocupam outra categoria.

Ainda existe a questão do empate fictício, no caso de a licitação pelas seringas ser disputada entre uma microempresa e uma empresa de pequeno porte, há chances de que a segunda (de pequeno porte) tenha mais capacidade de oferecer um produto de custo mais baixo. Para que isso não crie condições desiguais de concorrência, a lei também prevê o empate fictício. Isso quer dizer que se a proposta da microempresa tiver um valor entre 5 e 10% mais caro que a empresa de pequeno porte, ela será notificada. Ainda que na prática o menor preço fosse vencer, cria-se um empate fictício que, através da notificação, funciona como uma oportunidade para a microempresa definir se consegue ou não abaixar seu preço para ganhar a licitação.

Cabe ainda mencionar a questão da regularidade fiscal e a preferência das contratações locais, onde, no primeiro caso, as microempresas têm a possibilidade de concorrer com irregularidades fiscais, o que não é possível para as outras categorias. Se vencida a licitação, o responsável tem cinco dias para regularizar a fiscalização, mas não fica impedido de concorrer por esse motivo. Na outra questão, tem a possibilidade de prioridade por contratações locais, que buscam estimular as economias locais. Mesmo que

a licitação não seja de escopo regional, na hora da contratação, mesmo que valor da empresa local seja até 10% mais caro, a prioridade pode ser dela.

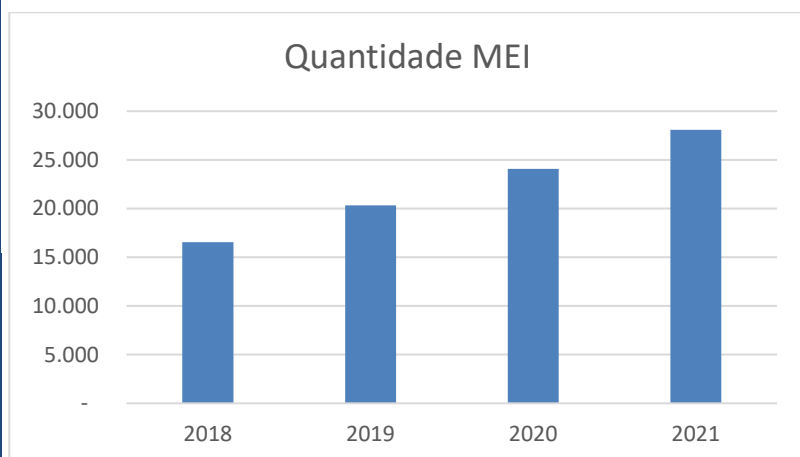
4. COMPARAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO MEI NO PROCESSO LICITATÓRIO NO MUNICÍPIO DE PALMAS/TO DE 2018 A 2021

Para ter um bom desempenho e boa inclusão no mercado é preciso antes projetar sua empresa ou microempresa no cenário econômico. Conhecer bem a empresa vale para todos, tanto para grandes empreendedores como pequenos empreendedores. Podemos apontar algumas características inerentes aos empreendedores:

1. o empreendedor é o que toma a iniciativa para criar algo novo e de valor para o próprio empreendedor e para os clientes;
2. o empreendedor tem de despender o seu tempo e esforço para realizar o empreendimento e garantir o seu sucesso;
3. o empreendedor recolhe as recompensas sob a forma financeira, de independência, reconhecimento social e de realização pessoal;
4. o empreendedor assume os riscos de insucesso do empreendimento, quer sejam riscos financeiros, sociais ou psicológicos/emocionais. (FERREIRA, SANTOS, SERRA, 2010, p. 25).

Essas características ilustram o perfil que o empreendedor deve assumir, sempre atento e disposto a achar soluções para diversas situações do dia a dia, visto que ele é o dono e muitas vezes o único funcionário do seu empreendimento.

Nesse diapasão, é possível notar um crescimento efetivo nessa linha de empreendedores, no final de 2018, no município de Palmas – TO, totalizaram 16.536 empresas cadastradas como MEI, na mesma data de 2019, esse número evoluiu em mais de 22%, o que resultou em 20.319 inscrições. Levando em consideração que o período de 2020 fora embargado pela pandemia do Coronavírus, o crescimento dos MEI, ainda assim, foi desenfreado somando um aumento de mais de 18% em comparação ao ano anterior, resultando em 24.077 empresas em 31/12/2020, já em 31/12/2021, constata-se uma evolução acima de 16%, se tratando de 28.101 empresas cadastradas como MEI.



Nesse contexto, a Prefeitura Municipal de Palmas realizou **36.423** contratações no ano de 2018 dentre prestadores de serviços e comércios, sendo desse total apenas **90** MEIs participantes dessa fatia. Com o crescimento constante, tanto dos gastos quanto da participação dos MEIs, no final de 2021 já somavam **42.800** contratações, sendo **345** efetivadas por Microempreendedor individual, o que representa menos de **1%** das contratações totais.

Ano	Não MEI	MEI	Total	Percentual MEI
2018	36.333	90	36.423	0,25%
2019	40.473	245	40.718	0,60%
2020	43.361	277	43.638	0,64%
2021	42.455	345	42.800	0,81%
Total	162.622	957	163.579	0,59%

Em se tratando de valores, as distorções nas contratações são ainda maiores, os valores destinados a empresas enquadradas como MEI representam apenas **0,1%** dos valores totais pagos:

Ano	Não MEI	MEI	Total	Percentual MEI

2018	R\$962.797.043,69	R\$628.426,99	R\$963.425.470,68	0,07%
2019	R\$1.030.880.759,43	R\$1.335.939,16	R\$1.032.216.698,59	0,13%
2020	R\$1.168.787.318,00	R\$1.439.628,44	R\$1.170.226.946,44	0,12%
2021	R\$1.277.277.247,88	R\$1.716.711,49	R\$1.278.993.959,37	0,13%
Total	R\$4.439.742.369,00	R\$5.120.706,08	R\$4.444.863.075,08	0,12%

É possível, ainda, fazer uma comparação entre a quantidade de contratações com MEIs e a quantidade de MEIs cadastradas no município de Palmas – TO, o que demonstra também uma participação pífia frente ao universo potencial.

Ano	Qtd MEI	Contratações MEI	Percentual
2018	16.536	90	0,544%
2019	20.319	245	1,206%
2020	24.077	277	1,150%
2021	28.101	345	1,228%

Apesar de evidente a pouca participação do MEI nas contratações municipais ainda foi possível fazer um comparativo relacionado à retenção tributária dos pagamentos realizados nos moldes do art. 158, caput e inciso I, da CRFB/88, a qual assim dispõe:

“CF, art. 158, I, “Art. 158. Pertencem aos Municípios: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;. (BRASIL, 2021).”

Do total de 4,4 Bilhões gastos pelo município, R\$ 785 Milhões foram retidos nos termos constitucionais, dessa fatia, apenas R\$ 6 mil foram produtos do MEI acumulado nos 4 anos da pesquisa.

Ano	Valor Retido	Valor Retido MEI
2018	R\$ 168.616.847,53	R\$ 2.473,76
2019	R\$ 188.419.892,62	R\$ 3.072,81
2020	R\$ 199.937.987,84	R\$ 473,20
2021	R\$ 228.484.617,84	R\$ 0,00
Total	R\$ 785.459.345,83	R\$ 6.019,77

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo de verificar a participação do MEI em processos licitatórios no município de Palmas/TO nos anos de 2018 a 2021. Para tanto os dados foram coletados por meio de solicitação direta através de ofício protocolado diretamente na Prefeitura Municipal.

No âmbito deste estudo foi possível verificar uma participação irrisória dos Microempreendedores Individuais nos processos licitatórios na prefeitura de Palmas/TO. De um total de 163.579 contratações, apenas 957 foram referentes aos MEIs no período de análise (2018 a 2021), em termos percentuais, apenas 0,59%.

No que se refere aos valores, de 4,4 bilhões pagos pela Prefeitura, apenas 5,1 milhões foram destinados aos MEIs, o que representa um percentual ainda mais pífio, apenas 0,12% dessa conta bilionária refletiu em prestações de serviços pelos MEIs no período analisado.

Apesar de que através do MEI o governo tem conseguido tirar muitos trabalhadores do setor informal, o microempreendedor tem tido mais dificuldade na participação das licitações municipais, mesmo com destaque de vantagens e benefícios proporcionados pela lei ainda continuam com uma proporção mínima nas contratações no setor público.

Verificou-se que os Microempreendedores Individuais possuem um grande espaço de crescimento, apesar de ainda se depararem com uma série de desafios que devem ser superados para abocanhar uma parcela maior no setor público e processos licitatórios, principalmente no que se refere à parcela de gastos realizadas pela Prefeitura Municipal de Palmas - TO.

Observa-se que dentre os benefícios proporcionados aos MEI's, destacaram-se como os principais motivadores para participarem dos processos licitatórios a concorrência justa através da seleção por categorias, a contratação de bens e serviços divisíveis, o maior prazo para regularidade fiscal e, ainda, a questão do empate fictício.

A partir das contribuições dessa pesquisa sugere-se que outros trabalhos sejam realizados, no sentido de implementar o conhecimento sobre a participação do MEI e verificar eventuais formas de aumento de inclusão dessa modalidade de empreendedor na cidade de Palmas – TO.

6. REFERÊNCIAS

AIDAR, Marcelo Marino. **Empreendedorismo**. São Paulo. Cengage Learning, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 mar. 2022.

BRASIL. **Portal do Empreendedor**. Disponível em: <<http://www22.receita.fazenda.gov.br/inscricaoemei/private/pages/relatorios/relatorioMunicipio.jsf>>. Acesso em 16 mar. 2022.

BRASIL. **Compras Br**. Quais São os Benefícios da Licitação Para Microempresas? Disponível em: <<https://comprasbr.com.br/beneficios-da-licitacao-para-microempresas/>>. Acesso em 16 mar. 2022.

DIAS, Waldiney José Magalhães. **A Participação de Microempreendedores Individuais em Processos Licitatórios no Município da Lapa PR**. Curitiba – PR, 2020.

Picchiai, D.; Carneiro, M., "Dificuldades encontradas pelas Micro e Pequenas Empresas na Participação de Licitações", **Sistemas & Gestão, Vol. 14, N. 1, pp. 108-116**, 2019. Disponível em: <<http://www.revistasg.uff.br/index.php/sg/article/view/1491>> Acesso em 02 abr 2022.

SANTOS, João Carvalho, SERRA, Fernando A. Ribeiro, FERREIRA, Manuel Portugal. **Ser Empreendedor. Pensar, criar e moldar a nova empresa**. São Paulo, SP. Saraiva, 2010.

SILVA, Rodrigo Rangel da. **O Micro Empreendedor Individual MEI – Uma Abordagem Sobre a Efetividade das Vantagens, Benefícios e Desafios Gerados ao Novo Empreendedor.** Cacoal – RO, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 215, 1981.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun1993, republicado em 6 jul 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 16 mar. 2022.

_____. Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez 2006, republicado em 31 jan 2009, republicado em 31 jan 2012 e republicado em 6 mar 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

A INEFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA Nº 11.340/2006

KARINE MARTINS MONTEIRO:
Acadêmica do décimo período de Direito,
pela Universidade de Gurupi – TO UnirG.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES⁹⁸

(orientador)

RESUMO: A violência atribuída às mulheres é histórica, originada de um sistema de dominação, subordinação que determina o papel de cada gênero na sociedade, a partir de representações e comportamentos há muito baseados em discursos essencialistas. Como consequência, esse modelo social introduz violações de direitos e impõe às mulheres um estado de inferioridade em relação aos homens, que se manifesta principalmente por meio de diferentes tipos de violência, desde a conquista física e sexual até a realização da morte, o assassinato de mulheres. Diante de tamanha violência a lei Maria da penha nº 11.340/06, traz a garantia de direitos e defesas sobre as mulheres em situação de violência. O presente artigo tem como objeto de estudo analisar a ineficácia das medidas de proteção de emergência nelas contidas.. Para tanto, observa-se primeiro o início da violência doméstica contra a mulher, a luta das mulheres por maiores direitos e a ascensão da Lei Maria da Penha. À metodologia utilizada bibliográfica e doutrinada, como também o método dedutivo. Analisa-se então que esta lei esgotou uma série de medidas de proteção à mulher, e que essas medidas não protegem as vítimas na prática e fragilizam o objetivo de formulação dessas medidas.

Palavras-chave: Mulher; Violência Doméstica e Familiar; Medidas protetivas.

ABSTRACT: The violence attributed to women is historical, originating from a system of domination, subordination that determines the role of each gender in society, based on representations and behaviors that have long been based on essentialist discourses. As a consequence, this social model introduces violations of rights and imposes on women a state of inferiority in relation to men, which is manifested mainly through different types of violence, from physical and sexual conquest to the realization of death, the murder of women. In the face of such violence, the Maria da Penha law nº 11.340/06 guarantees the rights and defenses of women in situations of violence. The present article has as its object of study to analyze the ineffectiveness of the emergency protection measures contained therein. To this end, the beginning of domestic violence against women, the struggle of

98 Orientador: Especialista em Direito Tributário e Direito Público pela Universidade do Tocantins (UNITINS). Professor da Universidade de Gurupi – TO UnirG.

women for greater rights and the ascendancy of the Maria Law from Penha. The methodology used is bibliographical and indoctrinated, as well as the deductive method. It is then analyzed that this law exhausted a series of measures to protect women, and that these measures do not protect victims in practice and weaken the objective of formulating these measures.

Keywords: Woman: Domestic and Family Violence; Protective measures.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo analisar o sistema falho, que se trata da ineficácia da medida protetiva que a Lei Maria da Penha oferece à mulher. Este trabalho analisa a Lei nº 11.340/2006, batizada com o nome glorioso de Maria da Penha, e analisa a ineficiência das medidas de proteção emergencial adotadas pela lei ao longo de seus 15 anos de existência.

Devido a necessidade de mostrar os fatos da lei, que estão inter-relacionados, fornece mecanismos para proteger adequadamente as vítimas brasileiras, e as medidas protetivas nos artigos 22, 23 e 24 da lei para ajudar mulheres em situação de violência, e qual a extensão dessas medidas.

Apura-se que a violência doméstica está presente em variadas classes sociais, faixas etárias e também em diferentes grupos da sociedade, originando danos irreparáveis para as vítimas, seus familiares e conseqüentemente para a sociedade será abordado assunto sobre a real eficácia ou ineficácia das medidas protetivas de urgência na lei Maria da Penha.

Em certa medida, produz resultados efetivos, mas também mostra que a ineficácia das medidas de proteção está relacionada à forma como a sociedade, a justiça e as vítimas veem os fatores agressores e agem.

À metodologia utilizada bibliográfica foi efetuada em doutrina, legislação e material publicado na internet, como também o método dedutivo. É intuito do presente artigo ampliar referências bibliográficas sobre o tema e servir como base de dados, para estudos e pesquisas, este tem como finalidade discorrer que a medida é utilizada como base para a análise de diversos inquéritos sobre violência doméstica.

1 VIOLÊNCIA E SEUS PRINCÍPIOS

A palavra violência vem tanto do latim violentia, que significa abuso de força, como de violare, cujo sentido é o de transgredir o respeito devido a uma pessoa. Marcondes Filho (2001).

Para Cavalcanti 2007, a violência pode ser definida como:

Um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror.

Para Minayo 1994, a agressão é um complexo e dinâmico fenômeno biopsicossocial e seu espaço de criação e desenvolvimento é a vida em sociedade.

Barretto 2014, indica que uma das mais importantes características dos direitos humanos é a historicidade, que significa que são "frutos do processo histórico; resultam de uma longa caminhada histórica, marcada por muitas por lutas, sofrimento e violação da dignidade humana.

A autoridade exercida pelas mulheres, segundo OSÓRIO 2012:

Foi uma consequência natural da vida nômade desses povos, pois os homens desconheciam as técnicas para cultivar a terra e saíam em busca de alimento, ficando as mulheres nos acampamentos com os filhos, onde estes cresciam, praticamente, sob a sua influência (OSÓRIO, 2002).

A família tradicional onde, o pai manda e a mãe obedece, era uma realidade desde o nascimento, e como as impressões que recebemos no primeiro ano de vida são indelévels, pois permanecem não só no inconsciente mais profundo como ficam impressas até no próprio corpo, a criança tende a 'naturalizá-las'. E fica para sempre no fundo do inconsciente de homens e mulheres a aceitação de uma sociedade autoritária, coercitiva, desigual e, portanto, injusta (Muraro, 1992, p.193-194).

2 DIREITO DAS MULHERES E SUAS LUTAS

Identifica-se que a luta das mulheres pela conquista de direitos e igualdade mesmo com algumas políticas públicas não alcançamos um nível aceitável pela população feminina, sendo que milhares de mulheres continuam sendo discriminadas e os altos paradigmas demonstram que a violência praticada contra mulheres é horripilante (AZEVEDO; GUERRA, 2009).

A violência contra a mulher, foi construída a partir de um modelo colonizador que aqui se instalou do ponto de vista histórico brasileiro, também é legatária de uma cultura com raízes em uma sociedade escravista, construída a partir de um modelo colonizador que aqui se instalou (MARCONDES FILHO, 2001).

Para Faleiros (2009, p. 63), a agressão contra a mulher constitui uma violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois impede que:

A democracia, vez que esta não existe sob o fundamento de violência cometida contra a pessoa, bem como sustenta o entrave oriundo dessa violação à realização de direitos sociais, não devendo ser tratada, portanto, como delito de menor potencial ofensivo.

2.3 Origem da Lei Maria da Penha

A lei em estudo é um tema muito comum na atualidade, amplamente discutido em todas as classes da sociedade. Porém observa – se que houve uma evidente necessidade.

A partir das necessidades concretas sentidas por mulheres de carne e osso atendidas por organizações feministas, o feminismo brasileiro propõe então uma legislação que trata a violência doméstica como um fenômeno complexo e com uma abordagem integral, intersetorial e interdisciplinar (CAMPOS, 2011, 2016).

2.4 A Lei Maria da Penha Nº11.340/2006

Para garantir o direito à integridade física das mulheres, Maria da Penha Maia Fernandes por vinte anos lutou por movimentos de defesa dos direitos das mulheres que, após muitos debates e lutas a lei 11.340/06 foi sancionada pelo presidente da república, sendo apelidada de Lei Maria da Penha.

A origem da Lei nº 11.340/06 se deu em razão de eventos de violência doméstica que ocorriam com Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica bioquímica, que sofreu as mais variadas intimidações e agressões durante o seu casamento. (BRASIL, 2004).

Hermann 2008 considera que a Lei Maria Da Penha 11.340/2006:

Progrediu no ordenamento jurídico brasileiro, foram constatados vários modos de violência, além da violência física, reconheceu a realidade de violências cujos traumas e consequências não são visíveis a olho nu. Progrediu também ao valorizar ainda mais a vítima de violência e criar mecanismos e instâncias jurídicas eficazes para a sua proteção. Progrediu ao julgar a lesão corporal leve realizada no ambiente familiar e doméstico em desfavor da mulher, como um crime de natureza ofensiva maior, que não admite penas alternativas (HERMANN, 2008).

Sobre o designo do nome da Lei Maria da Penha, Cunha, 2009 relata:

A Lei n.º 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, recebeu essa nomenclatura em virtude do ocorrido com a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes. No dia 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, Maria da Penha, enquanto dormia, foi alvo de um tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista Marco Antônio Heredia, o qual atingiu sua coluna, destruindo a terceira e quarta vértebras, acarretando em sua paraplegia. A violência, contudo, não parou por aí. Após retornar do hospital voltou a se tornar vítima do marido: no momento em que tomava banho, recebeu uma descarga elétrica que, conforme o narrado pelo autor da agressão, não seria capaz de produzir lesão alguma à sua, até então, esposa.

A referida lei em seu artigo 1º expõe sua intenção, qual seja coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. BIANCHINI 2013, afirma também que esse objetivo encontra amparo no dispositivo constitucional previsto no artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, na convenção sobre o banimento de todas as formas de agressão contra a mulher, na convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

A Lei 11.340/2006 esboça como seus objetivos a repressão da violência doméstica e familiar, GUIMARÃES; MOREIRA, 2011, pronuncia que por intermédio de adoção de uma política criminal que agrava a consequência jurídicopenal em desfavor do agressor, a atenção à mulher vítima desse tipo de agressão, como também toda assistência necessária sendo dois objetivos articulados entre os entes federativos, bem como com atos governamentais, seja pela habilitação de polícias especializadas e capacitação de seus agentes, seja por campanhas educativas, os autores ainda iniciam que é necessário desenvolver tudo propendendo à proteção da mulher, e que as ações policiais precisa estar voltada voltada à sua amparo, assistência e proteção da mulher e dos filhos sob sua dependência, bem como à aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na referida Lei.

Segundo Gonçalves e Lima 2006, a emergência da Lei 11.340, em 2006:

A “Lei Maria da Penha” -, em 2006, propiciou a criação de diversas estratégias: modificou a modalidade da pena, a competência para julgamento e a natureza jurídica da ação penal nos crimes de lesão corporal, caracterizados como violência doméstica. A pena de 1 ano

passou para 3, sendo a criação dos juizados criminais uma medida da maior importância dentro dessa Lei, inclusive simbólica.

2.5 Medidas Disponíveis

Na Lei (BRASIL, 2006) existe a classificação em 3 categorias: a) medidas criadas para o agressor; b) medidas criadas para vítima; c) medidas para a vítima em caráter patrimonial.

2.6 Medidas criadas para o agressor

Ainda de acordo com (BRASIL, 2006), as medidas criadas para o agressor são citadas no artigo 22 da Lei 11.340/2006:

1. Afastamento do agressor do domicílio ou local em que acontece a convivência com a vítima;
2. Proibição de chegar perto da vítima, assim como sua casa ou trabalho;
3. Apreensão da arma de fogo;
4. Proibir a tentativa de contato com a vítima ou pessoas próximas a ela;
5. Pagamento de pensão alimentícia;
6. Suspensão/Restrição das visitas aos filhos.

2.7 Medidas instituídas para apoio à vítima em caráter pessoal e caráter patrimonial

As medidas dirigidas a vítima em caráter pessoal e de caráter patrimonial, se encontram nos artigos 23 e 24 da Lei 11.340/ (BRASIL, 2006), porém, o rol é taxativo, ficando o juiz capacitado para adotar outras medidas que compreender indispensável.

Embora a igualdade entre os sexos esteja ressaltada enfaticamente na Constituição Federal, DIAS 2007 entende ser secular a discriminação que coloca a mulher em posição de inferioridade e subordinação ao homem, ele entende também que a desconformidade tanto física quanto social entre o gênero feminino e masculino, não pode ser olvidada.

O homem culpa continuamente a mulher pelas agressões, Dias 2007, enfatiza que o agressor alega que a vítima sempre que começa:

O homem agressor tenta justificar seu descontrole na conduta dela, suas existências constantes de dinheiro, seu desleixo com a casa e os filhos. Alega que foi a vítima que começou, pois não faz nada certo,

não faz o que ele manda. “Ela acaba reconhecendo que em parte é sua culpa e assim o perdoa.” (DIAS, 2007, pag. 19).

O autor ainda coloca sobre o ciclo da violência: A evolução da medicina, com a descoberta de métodos contraceptivos, bem como as lutas emancipatórias promovidas pelo movimento feminista levaram a redefinição do modelo ideal de família.

A mulher, ao se integrar no mercado de trabalho, saiu do lar, impondo ao homem a necessidade de assumir responsabilidades dentro de casa. Essa mudança acabou provocando o afastamento do parâmetro preestabelecido, terreno fértil para conflitos. (DIAS, 2007)

No ano anterior à promulgação da Lei Maria da Penha, o Data Senado aplica, a cada dois anos, pesquisa telefônica sobre o tema violência doméstica contra a mulher, a partir desses dados realizou – se uma análise comparativa entre os resultados obtidos na última edição dessa pesquisa, realizada em 2017, e aqueles relativos às edições anteriores, constatou – se que o problema da violência doméstica e familiar contra mulheres no Brasil está passando por transformações, que merecem ser investigadas de forma mais profunda, com mais seriedade.

2.8 A Ineficácia da Lei Maria da Penha e as falhas na sua aplicabilidade

Promover o conhecimento e o respeito pelo direito das mulheres de viver uma vida livre de agressões é preciso acontecer mudanças nos padrões sociais e culturais do estilo de vida de homens e mulheres e ocorrer políticas e programas efetivos, educacionais destinados a eliminar esses problemas.

Fomentar a educação e capacitação do pessoal na administração da justiça, policial e demais funcionários encarregados da aplicação da lei assim como o pessoal encarregado das políticas de prevenção, sanção e eliminação da violência contra a mulher. Aplicar os serviços especializados apropriados para o atendimento necessário à mulher, por meio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação para toda família. Fomentar e apoiar programas de educação [...] Oferecer à mulher acesso a programas eficazes de reabilitação e capacitação que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social. CUNHA, 2008.

Souza 2008 entende que:

“O combate à violência contra a mulher depende fundamentalmente, de amplas medidas sociais e profundas mudanças estruturais da sociedade (sobretudo extrapenais). Como afirmamos a nova lei acena que já é um bom começo. Esperamos que o Poder Público e a

própria sociedade concretizem as almejadas mudanças necessárias para que possamos edificar uma sociedade mais justa para todos, independentemente do gênero.

Desta forma, o caráter simbólico das novas medidas penais da lei 11.340/06 não terá sido em vão, e sim terá incentivado ideologicamente medidas efetivas para solucionarmos o grave problema de discriminação contra a mulher". (SOUZA, 2008, p. 62)

Diante da análise da Lei Maria da Penha, observa-se que existem critérios estabelecidos para a proteção efetivamente, porém quando ela é desconsiderada o agressor passa a agir com mais intensidade em suas ações chegando a matar.

ALVES 2017 menciona os artigos e suas limitações de finais de semana e as respectivas penas, este é um momento de muita cautela.

No artigo 43, inciso VI, é a limitação de fim de semana. Consiste seu cumprimento obrigar o réu, finais de semana, por 5 horas diárias, ficar recluso em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (CP, art. 48). Na constância deste período é facultado pela legislação pertinente que sejam ministrados palestras e cursos ou atribuídas atividades educativas. (CP, art. 48, parágrafo único; LEP, art. 152).

Limitação de fim de semana Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Após a aplicação da pena determinando a limitação dos finais de semana, a Lei Maria da Penha faculta ao juiz o poder de determinar que o réu compareça a programas de reeducação e recuperação, sendo que se for determinado pelo juiz, o cumprimento da medida é obrigatória. É facultado ao juiz também determinar o cumprimento de outras medidas ao réu, como a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, além da interdição temporária de direitos e perda de bens e valores. (CP, art. 43, II, IV, V e VI)

Penas restritivas de direitos Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (...) II - perda de bens e valores; (...) IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de

direitos; VI - limitação de fim de semana. Essas medidas são tomadas com o objetivo de o agressor se conscientizar que não deve praticar tais atos de violência, uma vez que não são donos das mulheres, e acabar com o crime que muita das vezes é cometido de forma contínua por vários anos

Penas restritivas de direitos Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (...) II - perda de bens e valores; (...) IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana. Essas medidas são tomadas com o objetivo de o agressor se conscientizar que não deve praticar tais atos de violência, uma vez que não são donos das mulheres, e acabar com o crime que muita das vezes é cometido de forma contínua por vários anos

ALVES 2017.

A medida protetiva visa o objetivo de proteger a vítima, restringindo seu agressor. No cotidiano da mulher, isso não ocorre tantas vezes, tendo em vista que a mulher é vulnerável e acaba tendo o papel de refém do seu agressor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que existe ineficácia da medida protetiva que a Lei Maria da Penha oferece à mulher, diante de Lei existente, porém não insistente.

Estimular a capacitação dos servidores que promovem a administração da justiça, dos policiais também são medidas que visam acabar com o problema. Fomentar o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos.

Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, incluindo a construção de programas de educação formal e não formal apropriado a todo nível do processo educativo.

Políticas públicas efetivas e manifestadas para a desconstrução da culpa, da responsabilidade que a vítima é imbuída a aceitar. Da proteção quando a vítima consegue ir à delegacia, pois a mesma sabe que a situação pode complicar. Do distanciamento, dos finais de semana tortuosos.

Um passo relevante, a Lei existe, mas ainda não está de acordo com a proteção necessitada, alarida e clamada pelas milhares de Marias no nosso Brasil.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, M.; CUNHA, A. L.; CALAF, P. P. **Revelando tramas, descobrindo segredo violência e convivência nas escolas**. Brasília: RITLA, SEEDF, 2009.
- AZEVEDO, M. A.; GERRA, V. N. A. **Vitimação e Vitimização: questões conceituais**.in: Azevedo e Guerra (orgs.)(1989)Crianças Vitimizadas: a síndrome do pequeno
- BARBOSA, T. K. F. G. **As Medidas protetivas de urgência: uma análise preliminar. Mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos**. Brasília, DF: Amagis, 2016. p. 93-109
- BARRETTO, R. **Direitos humanos**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- BRASIL. **Câmara dos Deputados. Projeto de Lei (CD) Nº 4559/2004. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: Acesso em: 09 mar. 2022.
- BRASIL. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher. Relatório Final**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 19 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei 11.340/2006, de 7 de Agosto de 2006**. Brasília. Disponível:
- CAMPOS, C. H.; FIORESI, D. B.; BONORINO, E. B.; GIESTAS, D.; COSTA, J. M. H.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Frias. **Violência Doméstica**. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- CUNHA, R. S; PINTO, R. B. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei11. 340/2006), comentada artigo por artigo**. 2.ed.rev.atual. eampl., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2008.
- DATASENADO. (2018). **Aprofundar o olhar sobre o Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília. Disponível em:<https://novembro> de 2021.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra mulher**. 1 ed. São Paulo/SP. Revista dos Tribunais, 2007. 160 p.

GONÇALVES, A. P. S.; LIMA, F. R. de. **A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: . Acesso em: 11 abr. 2022

GUIMARÃES, I. S; MOREIRA, R. A. **Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal. 2** ed. Juruá Editora. Curitiba, 2011.

HERMANN, L. M. (2008). **Maria da Penha: Lei com nome de mulher.** Campinas: Editora Servanda. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 de abril de 2022.

LAVIGNE, R. M. R. Caso Fonaje: **o ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – Fonaje no processo de elaboração da Lei Maria da Penha.** In: CAMPOS, C. H. (Org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.63- 92

MARCONDES F. C. **Violência fundadora e violência reativa na cultura brasileira.** São Paulo Perspectiva, ISSN 0102-8839 versão impresa. São Paulo, v.15 n.2, abr./jun. 2001. Disponível em www.scielo.br. Acesso em: 07 abr. 2022.

MARTINS, I. S; FRANKLIN, N. I. C. **Lei Maria da penha: avanços legislativos e as principais problemáticas que dificultam sua aplicação.** Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Iara%20de%20Souza%20Martins.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2022.

MINAYO, M. C. de. **Violência social sob a perspectiva da saúde pública.** Cadernos de Saúde Pública Print ISSN 0102 – 311X. Cad. Saúde Pública vol.10 suppl.1 Rio de Janeiro 1994. Disponível em: www.scholar.google.com.br. Acesso em: 18 de abril de 2022.

MURARO, R. M. (1992). **A mulher no terceiro milênio: Uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro.** Rio de Janeiro: Editora Rosas dos Tempos.

OSÓRIO, L. C. **Casais e família: uma visão contemporânea.** Porto Alegre: ArtMed, 2002.

PODER. São Paulo: Iglu Editora, p.25-47. 2009.

SOUZA, B. P. **Violência Doméstica – Lei “Maria da Penha”: solução ou Mais uma medida paliativa?** Presidente Prudente, SP, 2008. 62 f.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA VULNERABILIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE

ANA LAURA GAMA LIMA:
Acadêmica do curso de Direito da
Unidade de Ensino Superior do Sul
do Maranhão –
UNISULMA/IESMA⁹⁹

DEISY SANGLARD DE SOUSA¹⁰⁰

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo científico possui o objetivo de analisar o erro médico na esfera da responsabilidade civil, diante do contexto da vulnerabilidade médica no exercício profissional. Observa-se que os médicos estão cada vez mais expostos a situações que podem resultar em ações judiciais e ser ou não responsabilizados por seus atos, tendo em vista o seu compromisso em resguardar a saúde alheia. Em virtude disso, surge a seguinte problemática: qual os critérios utilizados para apontar a responsabilidade civil dos médicos mediante erro? A proposta empregada para tanto, possui natureza qualitativa e revisão bibliográfica, visto que o trabalho foi fundamentado suplementarmente mediante consultas a livros, artigos de revistas especializadas e publicadas na internet, além do exame necessário da legislação pertinente. Assim, ao longo do desenvolvimento deste estudo, firmou-se o entendimento de que a responsabilidade do médico restará configurada somente se comprovado o agir negligente, imprudente ou imperito no desempenho de sua atividade profissional. Eventuais responsabilidades que venham a cair sobre o profissional se mostram injustas e desumanas, uma vez que existem situações em que o médico, mesmo se tratando da vida, não terá concorrido para o fato danoso causado ao paciente. Portanto, revela-se fundamental que as normas protetivas à pessoa do consumidor sejam aplicadas, levando em consideração as particularidades de cada caso concreto e em concordância com os valores constitucionais.

Palavras-Chave: Erro médico. Responsabilidade Civil. Vulnerabilidade médica. Subjetividade. Imprevisibilidade.

Abstract: This scientific article aims to analyze medical error in the sphere of civil liability, in the context of medical vulnerability in professional practice. It is observed that doctors

⁹⁹ Acadêmica do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA/IESMA. E-mail: ana_lauragama@hotmail.com

¹⁰⁰ Professora orientadora. Advogada, Mestre em educação – PPGFOPRED - UFMA. Professora universitária especialista em Direito Público e Ciências penais pela Unisul.

are increasingly exposed to situations that can result in lawsuits and be held responsible or not for their actions, in view of their commitment to protecting the health of others. As a result, the following problem arises: what is the precept used to point out physicians' civil liability for errors? To answer it, the objective is to analyze this theme, in order to verify the vulnerability of health professionals. The proposal used for this purpose has a qualitative and bibliographic nature, since the work was supplemented by consulting books, articles from specialized magazines and published on the internet, in addition to the necessary examination of the relevant legislation. Thus, throughout the development of the work, the understanding was established that the physician's responsibility will remain configured only if the negligent, reckless or imperfect act in the performance of his professional activity is proven. Any responsibilities that may fall on the professional are shown to be unfair and inhumane, since there are situations in which the doctor, even when dealing with life, will not have contributed to the harmful fact caused to the patient. Therefore, it is essential that the protective rules for the consumer are applied, taking into account the particularities of each specific case and in accordance with constitutional values.

Keywords: Medical error. Civil responsibility. Medical vulnerability. Subjectivity. Unpredictability.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo possui o objetivo de analisar o erro médico na esfera da responsabilidade civil, diante do contexto da vulnerabilidade médica no exercício profissional. Nesse sentido, as mudanças sociais, as relações usuais que estão inseridas dentro do convívio médico-paciente, por meio do progresso científico e o avanço da medicina, corroboram com a possibilidade do médico incorrer em erro, gerando uma demanda de ações indenizatórias em virtude do principal bem jurídico tutelado no ordenamento brasileiro: a vida humana.

Vê-se, dessa forma, que os médicos estão cada vez mais expostos a situações que podem resultar em ações judiciais, e ser ou não responsabilizado por seus atos, tendo em vista o seu compromisso em resguardar a saúde alheia. Por essa razão, evidencia-se um movimento expressivo de demandas judiciais impetradas por pacientes contra os médicos no Brasil, as quais também envolvem os hospitais e o próprio Estado.

Nesse sentido, surge a seguinte problemática: qual o preceito utilizado para apontar a responsabilidade civil dos médicos, mediante erro? Vale dizer ainda que alguns autores e estudiosos notam a escassez da abordagem de tal assunto, considerando que as obras escritas existentes não tiveram tanto enfoque na relação jurídica, mas médica. Denota-se, portanto, que a discussão no país em relação à vulnerabilidade do médico e a sua responsabilidade na esfera civil em caso de erro, ainda é inexpressiva.

Portanto, objetiva-se analisar a temática do erro médico para fins de responsabilidade civil, com o intuito de verificar a vulnerabilidade dos profissionais de saúde, por não se tratar de uma ciência exata, razão pelo qual este deve ser responsabilizado de acordo com os seus verdadeiros atos. Assim, ressalta-se que o paciente não é o único capaz de se encontrar em situação de vulnerabilidade, visto que há obstáculos que a aleatoriedade e abstração inerentes ao organismo humano são capazes. Ou seja, a vulnerabilidade dos médicos, também merece ser revisada, uma vez que, não há legislação que especifique tal ato.

A discussão em questão torna-se pertinente, como forma de trazer uma notoriedade maior para tal temática, buscando-se agregar ainda mais a esse debate que tem crescido significativamente, em virtude do movimento excessivo de demandas judiciais sobre o assunto. Por consequência disso e apreço pela temática que envolve a Medicina, é que se justifica o interesse na busca por aprofundar-se nesse tema.

Para tanto, a proposta empregada para desenvolver este estudo possui natureza qualitativa, a qual descreve uma relação entre o objetivo e os resultados que não podem ser interpretadas por meio de números (FERNANDES, 2018). Nesse raciocínio, a problemática do erro médico para fins de responsabilidade civil, trata-se de uma ciência subjetiva em que os atos do médico se tornam temerosos no exercício de sua profissão, motivo pelo qual torna-se imprescindível uma análise sobre tal temática, a fim de estabelecer conceitos conclusivos.

Ainda, no que se refere ao levantamento de dados da pesquisa, esclarecemos que o trabalho foi fundamentado suplementarmente mediante consultas a livros, artigos de revistas especializadas e publicadas na internet e jornais, além do exame necessário da legislação pertinente. Desse modo, destaca-se a pesquisa bibliográfica, a qual possui a finalidade de obter resultados baseados em materiais já publicados, como em livros, periódicos, fotos, documentos, cartas etc. (FONTELLES, 2017).

Ademais, faz-se necessário compreender, inicialmente, as noções introdutórias acerca do instituto da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, para que em seguida, seja possível discutir os aspectos específicos da responsabilidade civil médica, bem como, analisar a vulnerabilidade dos profissionais da saúde em casos concretos à luz do entendimento jurisprudencial pátrio.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Observa-se que em nome da própria sobrevivência, o homem necessita viver em sociedade por tratar-se de um ser social. Desde tempos remotos, a criação de laços sociais com a finalidade de melhorar a condição de vida é uma característica inerente à natureza

humana. Evidencia-se que essa necessidade persiste até os dias atuais, razão pelo qual a discussão de direitos e obrigações que decorrem destas relações, torna-se imprescindível, uma vez que, a convivência humana pode ser, muitas vezes, conflituosa, o que resulta inevitavelmente na ocorrência de danos.

Dessa forma, compreende-se que o direito reprime quaisquer contrariedades que intervenham no ordenamento jurídico, devendo ser responsabilizado civilmente todo indivíduo que infringe um dever jurídico prévio, seja essa obrigação contratual, dos princípios que fundamentam o Direito ou em virtude da lei. A partir do momento em que há o rompimento do equilíbrio jurídico-econômico pré-existente entre as partes, surge desta relação jurídica o dever de reparar, com o propósito de recuperar o estado original do negócio contratual (*in integrum*).

Nesse sentido, na hipótese de duas pessoas celebrarem um negócio em que uma possui a obrigação de prestar um determinado serviço mediante remuneração, nasce desta relação, direitos e obrigações entre ambas as partes. Deixando uma das partes de honrar o seu dever, surge a obrigatoriedade de assumir a responsabilidade dos prejuízos decorrentes do seu inadimplemento. Sob outra perspectiva, se um indivíduo contraria uma obrigação imposta por lei, este será responsabilizado civilmente por seus atos, a fim de reparar o prejuízo causado a quem veio a lesar (GAGLIANO; FILHO 2019).

Tal reparação não se confunde com sanção criminal, a qual decorre da imputabilidade criminal e produz a aplicação de pena prevista em lei, na medida em que a responsabilidade civil se limita ao infortúnio a ser apurado. Em síntese, afirma-se que a reparação civil é um dever indenizatório que todo indivíduo possui, quando este causar prejuízo a outrem em decorrência de umnexo causal, seja por meio de ação ou omissão, com o objetivo de retornar a situação ao status *quo ante* (TARTUCE, 2017).

O instituto da responsabilidade civil fundamenta-se no artigo 186 do Código Civil de 2002 e pode surgir tanto em face de um descumprimento obrigacional, como pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou ainda, por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida (TARTUCE, 2017). Vale dizer, portanto, que sua natureza se classifica em dois preceitos doutrinários: contratual e extracontratual, sendo, portanto, fonte de obrigações que podem gerar dano material ou extramaterial a ser reparado.

Na responsabilidade contratual, o dever indenizatório origina-se a partir da violação de um dever previsto contratualmente. Desse modo, o artigo 1.056 do Código Civil estabelece que: "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos" (BRASIL, 2002). Verifica-se, dessa forma, que as obrigações oriundas do contrato devem ser devidamente cumpridas pelas

partes. Caso contrário, extingue-se a relação contratual e conseqüentemente, surge o dever do contratante inadimplente em reparar os prejuízos causados a outrem.

No que se refere a responsabilidade extracontratual, temos que a responsabilidade não se relaciona com a pré-existência de um dever contratual, nem com uma conduta culposa que violou uma obrigação advinda desta relação. E sim de um comportamento reprovado socialmente, conforme o disposto no artigo 186 do Código civil, que assim prevê: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" (BRASIL, 2002).

Em matéria de prova, tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, a vítima deve comprovar todos os elementos existentes da responsabilidade civil para que seja reconhecido seu direito à indenização. Dentre eles, destacam-se a conduta (ação ou omissão), nexos de causalidade e dano, as quais demonstram-se indispensáveis para serem discutidas, conforme a exposição a seguir.

2.1 Pressupostos do dever de indenizar

A responsabilidade civil configura-se por meio dos seus elementos, os quais denominam-se pela doutrina, como pressupostos do dever de indenizar, requisitos primordiais para que este instituto tenha existência e eficácia jurídica. Dentre eles, destacam-se a conduta ou ato humano, nexos de causalidade e dano. Nesse caso, o agente do dano deverá indenizar a vítima sem a necessidade de comprovar a sua culpa (responsabilidade civil objetiva).

Assim, cumpre esclarecer que não há entendimento uníssono quanto à classificação da culpa, por ser considerada um elemento acidental. Diante disso, cabe observar o seguinte entendimento:

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões "ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência", a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 70).

Vale destacar que a culpa caracteriza somente a responsabilidade civil subjetiva, a qual se concretiza por meio da hipótese em que o agente causador do dano age de forma culposa ou dolosamente. Esta concepção tradicional difere-se da teoria do risco, a qual se relaciona com a responsabilidade civil objetiva, em que a ação praticada pelo agente (seja

culposa ou dolosa), não é requisito necessário para a existência do dever de indenizar. Dessa forma, esta obrigação, surge independentemente do comportamento do agente que praticou o dano.

De acordo com esta teoria, a partir do momento em que há a possibilidade do indivíduo causar dano para terceiros por meio do exercício de sua atividade, surge a obrigação de reparar este dano, mesmo que o seu comportamento seja isento de culpa. Assim, comprovado a causalidade entre a relação de risco da atividade exercida pelo agente e o dano contra a vítima, nasce o dever indenizatório pelo agente causador do dano. Realizadas tais considerações, analisar-se-á o primeiro elemento do dever de indenizar, no que diz respeito a conduta humana.

A conduta ou ato humano refere-se à ação comissiva ou omissiva, ilícita ou lícita, voluntária e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, 2021, p. 196). A ação será comissiva quando o ato praticado não deveria ser efetivado e será omissivo quando a obrigação deixa de ser cumprida. Em sequência, o ato poderá ser considerado lícito ou ilícito e ainda, voluntário, controlável pela vontade.

A voluntariedade refere-se ao discernimento do agente causador do dano em relação ao ato praticado, que pode ocorrer tanto subjetivamente como objetivamente, visto que, ambas hipóteses são possibilidades do agente agir conforme a sua livre capacidade e autodeterminação. A imputabilidade, por sua vez, relaciona-se ao autor do dano, em que se atribui a responsabilidade com base em alguma ação praticada por este indivíduo (VENOSA, 2021). Assim, a sanidade mental e a maturidade são pressupostos da imputabilidade. Resta-se demonstrada, dessa forma, a conduta como requisito caracterizador da responsabilidade civil.

Em continuidade, o segundo pressuposto a ser estudado trata-se do nexo de causalidade, liame responsável por unir o dano e a conduta que o provocou. Compreende-se que o dever indenizatório só existe a partir da relação entre a conduta praticada e o dano causado à vítima em virtude de uma omissão culposa. Nesse sentido, somente o dano e um suposto ofensor não caracteriza a responsabilidade civil, faz-se necessário que haja um motivo pelo qual o dano foi realizado.

O nexo causal, refere-se, portanto, à definição de algo que “não é jurídico; que decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 52). Verifica-se, dessa maneira, a importância de comprovar a existência de um dano efetivo, que pode ter sido ocasionado pelo agente por voluntariedade, negligência ou imprudência.

Destaca-se ainda, o dano, elemento que abrange diversas modalidades para serem discutidas. Em virtude disso, inclina-se a sua pertinência quanto à perspectiva médica, o qual configura-se como ponto de partida para esta temática, uma vez que este pressuposto é responsável por gerar o dever de indenizar. Sem dano, não há o que se discutir acerca da responsabilidade civil. Conforme a doutrina majoritária, os danos médicos podem ser classificados como estéticos, patrimoniais e morais.

À *priori*, o dano estético remete-se à toda ofensa causada à funcionalidade habitual do corpo humano, sob a perspectiva fisiológica e/ou anatômica, como as doenças, a invalidez temporária ou permanente e a morte. Esta definição não abrange os danos morais, mentais ou materiais, embora possam ocorrer em conjunto com os danos físicos ao indivíduo, ou em consequência destes. Em razão disso, esta modalidade de dano é um dos que assumem maior discussão, uma vez que um pequeno erro é capaz de causar consequências irreversíveis à um paciente.

O dano patrimonial, em geral, decorre da despesa médica causada por outros tipos de danos existentes, inclusive o estético, o qual abrange exames, tratamentos, lucros cessantes, medicamentos, entre outros. Na situação em que o paciente vem à óbito, considera-se a possibilidade dos familiares serem indenizados pelos gastos hospitalares em face das tentativas de reverter o erro médico causado.

Os danos morais, por sua vez, relacionam-se aos sentimentos de dor, tristeza e angústia causada à vítima em decorrência do dano ocasionado, que podem, muitas vezes, ser devastadores. Dessa forma, esta modalidade ampara os direitos fundamentais do indivíduo, que envolvem a sua integridade moral e honra. Admite-se plenamente a possibilidade do dano moral ser indenizado, visto que, há previsão constitucional acerca da reparação civil do dano moral constatado no artigo 5º, incisos V e X, de modo a evidenciar:

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: (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) (BRASIL, 1988).

À vista disso, temos o caso em que o dano moral foi reconhecido jurisprudencialmente a partir do exame de sangue apresentado positivamente para o vírus da AIDS, sendo que o resultado na verdade, era incorreto, visto que o paciente não possuía tal enfermidade. Este fato fora constatado tardiamente, razão pelo qual houve grande padecimento por parte do paciente enquanto a dúvida perdurava-se, gerando o direito indenizatório (BRASIL, 2012).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO E A VULNERABILIDADE DO PROFISSIONAL DA SAÚDE

A responsabilidade civil por erro médico é uma das hipóteses do instituto da responsabilidade civil estabelecida tanto de forma contratual como extracontratual. Indeniza-se a vítima que por meio do tratamento médico sofra um dano e comprove a culpa do profissional de saúde. Trata-se, dessa forma, da responsabilidade civil subjetiva em que a culpa é considerada como pressuposto do dever de indenizar para que seja caracterizada a obrigação de reparar civilmente.

Dessa forma, reitera-se que o profissional de saúde possui o dever de reparar um prejuízo causado a alguém em decorrência do seu exercício profissional, pelo meio que comprove sua conduta e culpa. A reparação ocorrerá mediante indenização patrimonial, em que o valor será calculado com base na análise dos danos causados ao paciente. O elemento culpa será verificado em sentido amplo, com a ausência da vontade ou pretensão do agente em praticar o dano à vítima, mas que em razão de negligência, imprudência ou imperícia cometa o ato danoso ou ainda uma conduta omissiva.

Assim, pode-se afirmar que a culpa *stricto sensu* deriva-se da falta de zelo e cuidado do profissional que sem a intenção de cometer um erro, pratica um ato ilícito. No mesmo sentido, caracteriza-se a negligência, quando o profissional age com falta de cuidado e atenção ou deixa de praticar um ato ou não fornece o serviço médico necessário ao paciente, causando-lhe um dano.

Configura-se, desse modo, por meio da omissão, inércia, indolência e passividade do profissional, que deixa de observar seus deveres e obrigações no exercício de sua profissão, descumprindo o que preceitua os princípios éticos que norteiam a Medicina (GAGLIANO; FILHO, 2019).

A imperícia, por sua vez, caracteriza-se pelo despreparo profissional, a falta de conhecimento e experiência prática para exercer a profissão médica. A ausência de conhecimento técnico da Medicina pode resultar nas hipóteses em que o médico cirurgião, por exemplo, corte, equivocadamente, veias, nervos e músculos sem a possibilidade de serem suturados novamente (PEDROSA, 2014).

Assim também ocorre no caso em que o médico obstetra em um parto cesariano, corta a bexiga ou outro órgão da mulher puérpera, causando danos irreversíveis a saúde dos pacientes. Portanto, considera-se imperito, todo profissional que não possui a experiência, capacidade e conhecimento necessários para exercer a sua profissão.

Por fim, a imprudência, refere-se a falta de cautela, moderação ou precaução por parte do profissional. Ao agir perigosamente, o médico estará assumindo a possibilidade de causar danos ao paciente, tipificando, dessa maneira, a culpa comissiva. Desse modo, é imprudente o médico anestesista que decide realizar duas cirurgias simultaneamente, ou ainda, o obstetra que realiza o parto sem as ferramentas necessárias para esse procedimento médico.

Diferencia-se da imperícia na hipótese em que um médico cirurgião realiza uma operação sem esterilizar os instrumentos cirúrgicos necessários, pela falta de conhecimento dos riscos de infecção, sendo considerado, dessa forma, como imperito. Caso tenha conhecimento e mesmo assim escolha realizar a operação, será considerado imprudente (CAVALIERI FILHO, 2021). Depreende-se, portanto, que a responsabilidade civil médica possui três pressupostos: a conduta culposa do agente (que pode ocorrer por meio da negligência, imperícia ou imprudência do profissional), o dano e a causalidade entre dano e o tipo da conduta praticada.

3.1 A vulnerabilidade do profissional da saúde em casos concretos

Sabe-se que a atividade médica possui características de complexidade, imprevisibilidade e subjetividade, razão pelo qual não se pode deixar de observar que, apesar do paciente ser considerado um consumidor e, portanto, o polo vulnerável da relação estabelecida com o profissional da saúde, dadas as peculiaridades de cada caso, os médicos também podem apresentar a condição de vulnerabilidade frente à algumas situações específicas.

Nesse sentido, tendo em vista que por via de regra atribui-se ao paciente a exigência de demonstrar a culpa do profissional para fazer jus ao direito ressarcitório, e ainda que, na maior parte dos casos, essa incumbência seja árdua, faz-se necessário considerar da mesma forma, a impossibilidade do médico obter sucesso em todos os tratamentos que desenvolve, isso porque, mesmo diante de quadros patológicos idênticos, o organismo humano se revela distinto em cada um de nós.

Assim, ainda que um mesmo tratamento seja empregado a pessoas que apresentem os mesmos sintomas, isso não é garantia de que ambas responderão de maneira idêntica e positiva – esse fato, não raro, é difícil de ser compreendido pelo paciente que restou prejudicado, motivo pelo qual o número de ações indenizatórias contra médicos aumenta a cada ano de forma espantosa.

Diante disso, dado o contexto de subjetividade que envolve o organismo humano e suas diferentes reações, se faz relevante, ao presente estudo, a análise concreta de um caso no qual se possa verificar a questão ora suscitada, de modo a tornar a referida problemática mais factível. Veja-se, então, a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA DE LAQUEADURA DE TROMPAS. GRAVIDEZ POSTERIOR. ERRO MÉDICO. NÃO CONFIGURADO. NÃO COMPROVAÇÃO. ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. 1 - A responsabilidade civil do médico é subjetiva e possui como pressupostos o ato ilícito, a ocorrência do dano, o nexo de causalidade e a culpa. 2 - **Não restando comprovado ter o médico agido com culpa, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, não se há de falar em dever de indenizar.** 3 - **Na realização da cirurgia de laqueadura de trompas, considerando se tratar de obrigação de meio e não de resultado, a gravidez posterior não configura erro médico.** 4 - Demonstrado nos autos a inoccorrência de erro médico, resta afastada a presença de qualquer tipo de omissão, negligência, imprudência ou imperícia que pudesse justificar a imposição do dever de indenizar. **APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.**

(TJ-GO - 01922567020188090051, Relator: Des(a). JEOVA SARDINHA DE MORAES, Data de Julgamento: 03/08/2020, Goiânia - 24ª Vara Cível e Arbitragem, Data de Publicação: DJ de 03/08/2020) (GOIÁS, 2020).

Na situação apresentada, a autora da presente ação atribuiu a gravidez indesejada após uma cirurgia de laqueadura de trompas como erro médico. Alega ainda, não ter sido advertida sobre os riscos de reversibilidade do método contraceptivo e a possibilidade de uma nova gestação. Ao sentenciar, a juíza singular julgou improcedente os pedidos iniciais, ao argumento de que não foi comprovado dolo, culpa ou qualquer ato ilícito capaz de ensejar reparação por parte da ré.

Insatisfeita com a referida prestação jurisdicional a parte autora interpôs recurso apelatório, aduzindo que a médica apelada, deixou de orientá-la quanto à impossibilidade de insucesso no procedimento de laqueadura; e que a julgadora monocrática não levou em consideração a necessidade de inversão do ônus da prova, vez que a autora figura na parte hipossuficiente e vulnerável da relação. No entanto, seguiu sem apresentar quaisquer fatos comprobatórios capaz de demonstrar que a médica agiu com culpa, isto é, negligência, imperícia e imprudência ou ainda, ato ilícito.

Partindo da situação ocorrida no caso trazido, evidencia-se que os médicos são expostos constantemente a barreiras irrefutáveis - as diferentes reações e características próprias de cada organismo - impossibilitando que os infortúnios decorrentes da subjetividade que as características fisiológicas de cada ser humano apresentam sejam considerados má prática médica.

Compreende-se que a cirurgia de laqueaduras de trompas trata-se de uma obrigação de meio em que caberá ao paciente, demonstrar que o médico não agiu com a diligência esperada, visto que o mero insucesso do resultado não é rotulado como inadimplemento, sendo necessária a prova da culpa para ter direito a reparação, o qual não se revelou oportuno no caso apresentado.

Dessa forma, responsabilizar o médico a obrigação de resultado na referida situação, e por consequência a culpa presumida, não condiz com a proteção inserida na Constituição Federal acerca da dignidade da pessoa humana, visto que as chances do profissional da saúde em se retratar perante a lide se tornariam praticamente nulas. Depreende-se, portanto, que:

Entender que a obrigação do médico como resultado em regra geral, é julgá-lo como Deus. Responsabilizar um médico pelas reações orgânicas de um corpo humano é extremar sua responsabilidade, ignorando a falibilidade da própria medicina e do próprio profissional que pode contar exclusivamente com seu conhecimento técnico. Sendo, ainda, uma afronta ao próprio diploma do CDC, que determina que a responsabilidade do profissional liberal será apurada mediante verificação de culpa (BERNARDES, 2015).

Nesse viés, a interpretação dos referidos dispositivos legais deve se fundamentar em conformidade com os princípios constitucionais, com a eticidade e boa-fé apresentados pelo Código Civil de 2002. Assim, ainda de acordo com a autora supracitada, pela álea da atividade médica não é justo e nem ético atribuir ao médico a presunção de culpa, visto que este deve ser responsável pelo que depender dele exclusivamente e não pelas respostas do organismo do paciente ou pelas limitações naturais da medicina (BERNARDES, 2015).

Em outro caso a ser analisado, observa-se a cirurgia de emergência, situação imprevisível que sujeita o médico a desempenhar sua função da melhor forma que lhe será permitida de acordo com a urgência e as condições do local de atendimento do momento. É o caso de uma intervenção médica, correta tecnicamente, quando necessária no momento em que ocorreu e o paciente não estava em condições de manifestar seu consentimento.

Eis a transcrição de uma emenda no qual, durante uma cirurgia de urgência, os médicos viram a necessidade de retirar o rim esquerdo do paciente, sem consentimento do mesmo ou de algum representante:

DANOS MORAIS - Inocorrência - Erro médico - **Provas, suficiente a demonstrar que o autor foi submetido a cirurgia de emergência com intervenção adequada ao caso concreto** - Rim esquerdo do paciente que se encontrava comprometido, que justificou sua retirada - Alegação de que não foi informado que da intervenção cirúrgica, resultou, inclusive, da retirada de seu rim esquerdo, não traduz nexos causais a amparar a pretensão indenizatória formulada - Dor moral não configurada - Desatendida a regra do artigo 333,1, do CPC - Procedência da ação - Inadmissibilidade - Sentença mantida - Recurso improvido. CPC.

(TJ-SP – AC: 994.04.078821-0, Relator: Salles Rossi, Data de julgamento: 14/04/2010, 8ª Câmara de direito Privado, data de publicação: 22/04/2010) (SÃO PAULO, 2010).

No caso supracitado, devido um traumatismo decorrente de queda, o paciente teria sido internado. No correr da cirurgia, a equipe médica identificou intenso sangramento proveniente do rim esquerdo que tentou salvar mediante suturas, porém a única medida cabível mostrou ser a retirada do rim. O paciente veio a pleitear demanda indenizatória por não ter consentido com determinado procedimento, ainda que a retirada do órgão tenha sido efetuada com sucesso e em prol de sua saúde.

Em transcrição de parte do voto condutor:

(...) A lamentável necessidade da cirurgia, culminando com a retirada de seu rim esquerdo, não pode ser imputada como erro, tendo sido realizados todos os procedimentos que estavam ao alcance do quadro clínico do apelante. Em que pese à resistência oposta pelos autores, ficou cabalmente demonstrado, que o evento só ocorreu porque o apelante apresentou histórico de traumatismo por queda [...]. **Assim, a retirada do rim esquerdo não se mostrou equivocada, mas ao contrário, necessária. [...] Destarte, as provas, são uníssonas a demonstrar que o autor foi submetido a cirurgia de emergência com intervenção adequada ao caso concreto.** (grifou-se) (SÃO PAULO, 2010).

Como observado nas razões do Magistrado, apesar de não ter havido consentimento informado, não há como detectar erro médico em situações como houve

no caso supracitado, uma vez que existem situações de emergência que requerem que medidas igualmente urgentes sejam tomadas pelos profissionais de saúde, as quais, muitas vezes, a demora pode representar danos irreversíveis à vida do paciente.

O erro de diagnóstico demonstra-se outro fator importante nesse contexto. Como já considerado, a ciência não possui todas as respostas necessárias à cura da enfermidade que acomete o paciente ou, ainda, um diagnóstico infalível. Dito isso, em se tratando de diagnósticos, o médico somente será responsabilizado em situações nas quais restaria caracterizado seu agir culposos - atuar com displicência, pressa ou sem cuidados, exames e informações necessários. Cabe analisar como a responsabilidade dos médicos envolvidos em tais casos vêm sendo apreciada pela jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO E NEGLIGÊNCIA MÉDICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. PLEITO OBJETIVANDO A REFORMA DA SENTENÇA COM A CONSEQUENTE CONDENAÇÃO DA PARTE DEMANDADA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] A requerente defende a ocorrência de erro no resultado dos exames realizados no laboratório demandado, bem como, sustenta a negligência do médico que lhe prestou atendimento. Alega que a conduta da parte requerida retardou o diagnóstico de sua doença (câncer no colo uterino), agravando o seu estado de saúde. **A perícia médica judicial atestou a ausência de imprudência e/ou negligência na conduta adotada pela parte demandada. Culpa não configurada. Outrossim, a falha da prestação de serviço do laboratório não foi demonstrada. A responsabilidade do médico e do laboratório não foram reconhecidas.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJ-SC – AC: 00105257720118240045 Palhoça 0010525-77.2011.8.24.0045, Relator: Denise Volpato, Data de julgamento: 28/08/2018, Sexta Câmara de Direito Civil) (SANTA CATARINA, 2018).

O caso apresentado trata-se de ação indenizatória em razão de erro de diagnóstico e negligência médica, que teriam impedido a descoberta da enfermidade da autora e o consequente início de tratamento, agravando seu estado clínico. Sentenciado o feito, o Magistrado de primeiro grau verificou a ausência de irregularidade nos atendimentos, exames e diagnósticos prestados pela parte requerida à autora, julgando improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Em suas razões recursais, a autora defende a culpa da parte demandada pelo diagnóstico tardio da sua doença (câncer no colo do útero), e o consequente retardamento do tratamento da sua enfermidade, asseverando ter a conduta da parte requerida agravado o seu estado de saúde. Fundamenta sua pretensão indenizatória (danos materiais e morais) ao argumento de ter sido vítima de erro médico praticado pela parte apelada, consubstanciado no atendimento negligenciado que lhe foi prestado.

Esclarecido isso, extrai-se incontroverso aos autos, o fato da requerente ter sido atendida no posto de saúde do SUS pelo médico demandado, apresentando quadro clínico de dor abdominal, sem qualquer intercorrência de sangramento vaginal ou indícios da enfermidade (art. 374, II e III, do CPC). Na ocasião, o requerido; após examinar a barriga da autora e analisar os exames apresentados (colposcopia e ultrassom do abdômen) teria constatado apenas a presença de gases em seu abdômen, receitando o uso de medicamentos para a referida enfermidade.

A prova documental (exames, prontuários, receituários médicos, fichas de internação e tratamentos dispensados durante a internação hospitalar) carreada aos autos, serviu somente para demonstrar a ocorrência de uma única consulta médica havida entre as partes, e a posterior (cerca de um mês após a referida consulta) descoberta da enfermidade, sendo impossível extrair eventual conduta culposa por parte do médico demandado, em razão da paciente não ter apresentado quaisquer sintomas da doença na época do diagnóstico, tendo em vista que todos os exames foram realizados corretamente. A prova pericial, por sua vez, é sólida no sentido de não ter havido culpa do profissional pelos danos aventados pela autora.

A essa altura, mediante a grande importância do diagnóstico no tratamento de qualquer patologia, destaca-se a vulnerabilidade médica mediante do mesmo. A diagnose é o que define a conduta – durante procedimento médico ou determinado tratamento – que o profissional deverá escolher. Há de se levar em conta que, ainda que o médico tenha interpretado de maneira correta as informações do exame diagnóstico, existe a falibilidade humana e a imprecisão da própria ciência.

Assim, seja pelas limitações impostas pela ciência no caso de diagnósticos e tratamentos, seja pelas particularidades de cada patologia e as diferentes reações de cada organismo/paciente, ou ainda, pelas diversas situações nas quais os médicos se vêem obrigados a agir com urgência, ainda que determinado paciente não tenha consentido expressamente com alguma intervenção cirúrgica ou procedimento, tem-se que estes profissionais, não raro, também apresentam condição de vulnerabilidade frente à inúmeras situações as quais o dia-a-dia da atividade médica lhes submetem, apesar de serem considerados fornecedores de serviços e, portanto, o polo presumidamente mais forte da relação que é estabelecida para com os seus pacientes – consumidores, vulneráveis por essência.

Não se quer, no presente estudo, defender a tese de que todo e qualquer erro médico é escusável, ao contrário disso, entende-se que o profissional deverá ser duramente responsabilizado toda vez que atuar com culpa no desempenho de sua atividade, haja vista estar sendo negligente, imprudente e/ou imperito ao lidar com o bem jurídico mais importante: a vida. No entanto, ainda que se esteja a tratar da vida, há casos nos quais os médicos não terão concorrido, de forma alguma, para o evento danoso causado ao paciente, de modo que eventual responsabilidade que venha a recair sobre este profissional se mostra injusta e, inclusive, desumana.

Assim, não se pode deixar de considerar que, ainda que vigore uma legislação protetiva à pessoa do consumidor (paciente), tais normas deverão ser aplicadas levando em conta as peculiaridades de cada caso concreto e em consonância com os valores constitucionais eleitos pelo constituinte como diretrizes irrefutáveis do nosso ordenamento jurídico (hermenêutica tópico-sistemática), sem deixar de considerar, portanto, que os médicos, apesar de fornecedores, e acima dessa classificação, são seres humanos e, como todos os outros seres humanos, sujeitos à falhas que lhes são imprevisíveis e métodos que poderão ser falhos – o que os torna, assim como seus pacientes, vulneráveis e, por assim dizer, vítimas de determinadas situações que só a própria realidade, em seu curso natural e surpreendente, é capaz de criar.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve por escopo analisar o instituto da responsabilidade civil decorrente do erro médico. Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que o agente causador do dano possui o dever de indenizar, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor reforça este entendimento jurídico, ao regulamentar as relações de consumo.

Nesse sentido, como regra geral, entendeu-se que a responsabilidade civil nas relações consumeristas será objetiva – a reparação do dano dar-se-á ainda que não reste comprovada a culpa do agente – mas que, como exceção à esta regra, está a figura dos profissionais liberais, os quais, de acordo com a previsão constante no parágrafo 4º do artigo 14 do CDC, responderão subjetivamente pelos danos causados, de modo a ser a culpa o elemento central para que se configure o dever ressarcitório.

Desta feita, uma vez considerado que os médicos, na maior parte dos casos, atuam na condição de profissionais liberais, firmou-se entendimento que a sua responsabilidade restará configurada somente se comprovado o agir negligente, imprudente ou imperito no desempenho de sua atividade profissional. No entanto, não obstante tal compreensão, consignou-se que, porquanto a atividade médica fosse empresarial – caso dos hospitais, por exemplo – a responsabilidade permaneceria regida sob a ótica objetiva, configurada a partir do dano e independentemente de culpa.

Diante disso, observa-se que a análise do erro médico é deveras complicada aos operadores do Direito, uma vez que demandas indenizatórias têm tido grande expansão, ainda que muitas pessoas não busquem seus direitos e não exijam a reparação devida pelo dano sofrido. Os juízes baseiam suas decisões em provas apresentadas aos autos, tais como depoimentos profissionais e testemunhal.

Nesse sentido, os profissionais de saúde, não raro, apresentam condições de vulnerabilidade perante incontáveis situações do dia a dia, seja pelas particularidades de cada doença e distintas reações de cada paciente, seja pelas limitações impostas pela ciência no caso de tratamentos e diagnósticos, ou ainda, seja pelas diversas situações urgentes onde os médicos se encontram.

Não se objetiva, no presente estudo, defender a premissa de que todo e qualquer erro médico é escusável. Entende-se que o profissional deverá ser severamente penalizado quando atuar com culpa no desempenho de sua atividade, uma vez que está agindo com negligência, imprudência e/ou imperícia frente ao bem jurídico mais importante: a vida. Contudo, eventuais responsabilidades que venham a cair sobre o profissional se mostram injustas e desumanas, uma vez que existem situações em que o médico, mesmo se tratando da vida, não terá concorrido para o fato danoso causado ao paciente.

Assim sendo, é relevante considerar que as normas protetivas à pessoa do consumidor deverão ser aplicadas levando em consideração as particularidades de cada caso concreto e em concordância com os valores constitucionais. Conclui-se, portanto, que os médicos, apesar de fornecedores, são seres humanos sujeitos a falhas imprevisíveis e a métodos que poderão ter defeitos. São, assim como seus pacientes, pessoas vulneráveis e vítimas de determinados acontecimentos que apenas a própria realidade, em seu caminho natural e abrupto, é capaz de criar.

Dito isso, o presente estudo alcança o objetivo ao qual inicialmente se propôs: a percepção de que a problemática do erro médico – questão tão recorrente nos dias atuais –, só poderá ser apreciada de forma sensata quando, sem perder de vista a condição de vulnerabilidade que sempre será ostentada pelos pacientes, entender-se que o médico, em determinadas situações, poderá ser igualmente vulnerável e impotente, e que tal condição de fragilidade, quando existir, só poderá ser constatada mediante a análise individual das particularidades que cada situação concreta irá envolver.

Cumprido salientar, portanto, que o presente artigo científico teve por objetivo promover uma reflexão acerca do tema escolhido, dada a sua importância e recorrência nos dias de hoje, sem que, contudo, visasse o exaurimento dos tópicos aqui abordados.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Amanda. **Responsabilidade civil médica**: obrigação de meio x obrigação de resultado, 2015. Disponível em: <https://bityli.com/kAjqQA>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.576 – RS (2011/0059200-2), Relatora: Nancy Andrighi, 3ª Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 fev. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-paciente-recebeu-exames.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro**. vol. 6, 35ª ed., Direito de Família: Volume 5, 2021.

FERNANDES L. A.; Gomes, J. M. M. **Relatório de pesquisa nas Ciências Sociais**: Características e modalidades de investigação. ConTexto, Porto Alegre, v. 3, n. 4, 2018.

FILHO, Cavalieri Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2021.

FONTELLES, Mauro José. **Scientific research methodology**: Guidelines for elaboration of a research protocol. Revista Paraense de Medicina, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. vol. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOIÁS, Tribunal de Justiça de. **Apelação Cível**, nº 5192256-70.2018.8.09.0051, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Goiás, Relator: Jeová Sardinha de Moraes, Julgado em 03/08/2020). Acesso em: 26 de mar. 2022.

PEDROSA, Skendell. **Diferença entre negligência, imprudência e imperícia**. Jusbrasil, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://skendell.jusbrasil.com.br/noticias/159520942/diferenca-entre-negligencia-imprudencia-e-impericia>. Acesso em: 03 fev. 2022.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de. **Apelação Cível**, nº 50010525-77.2011.8.24.0045, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator: Denise Volpato, Julgado em 28/08/2018). Acesso em: 26 de mar. 2022.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de. **Apelação Cível**, nº 994.04.078821-0, 8ª Câmara de direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Salles Rossi, Julgado em 14/04/2010). Acesso em: 26 de mar. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. vol. 5. Atlas; 21ª ed., 2021.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

MORIZAR COELHO JÚNIOR:

acadêmico do curso de Direito da
UNIRG - Universidade de Gurupi.

RESUMO: Este estudo teve por escopo analisar a importância do Acordo de Não Persecução Penal, incluído no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, que incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal Brasileiro, tratando-se de medida despenalizada, sendo negociado entre o acusado e o Ministério Público. Referido instituto objetiva desafogar o judiciário das demandas criminais, com a finalidade de garantir maior celeridade e efetividade do poder judiciário. Utilizou-se, portanto, a metodologia do estudo descritivo analítico e hipotético dedutivo, o presente estudo visa explicar a história da justiça negociada no Brasil, os requisitos para a concessão do acordo, suas vedações, condições impostas ao investigado e a sua constitucionalidade, utilizando, para tanto, artigos e sítios eletrônicos, bem como a legislação vigente, portanto, trata-se de pesquisa bibliográfica documental.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Ministério Público. Pacote Anticrime.

ABSTRACT: This study aimed to analyze the importance of the Criminal Non-Persecution Agreement, included in the Brazilian legal system through Law No. 28-A in the Brazilian Criminal Procedure Code, in the case of a decriminalized measure, being negotiated between the accused and the Public Ministry. Said institute aims to relieve the judiciary of criminal claims, in order to ensure greater speed and effectiveness of the judiciary. Therefore, the methodology of the descriptive analytical and hypothetical deductive study was used, the present study aims to explain the history of negotiated justice in Brazil, the requirements for granting the agreement, its prohibitions, conditions imposed on the investigated and its constitutionality, using, for this purpose, articles and electronic sites, as well as the current legislation, therefore, it is a documentary bibliographic research.

Keywords: Criminal non-prosecution agreement. Public ministry. Anti-Crime Pack.

Sumário: Introdução. 1. Acordo de não persecução penal. 1.1 Análise histórica. 1.2 Requisitos para concessão do acordo de não persecução penal. 1.2.1 Não estar em situação de arquivamento. 1.2.2 Tempo de pena. 1.2.3 Confissão. 1.2.4 Não haver violência ou grave ameaça. 1.2.5 Acordo como meio de reprovação do delito. 1.3 Das vedações do ANPP e das condições impostas ao investigado. 1.4 Procedimentos do acordo de não persecução penal. 1.4.1 Das tratativas, da celebração, da rejeição, da homologação, do descumprimento e do cumprimento integral do ANPP. 1.5 Princípios fundamentadores do ANPP. 2. Da constitucionalidade do ANPP. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal foi previsto inicialmente a partir da Resolução 181/2017 elaborada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, tendo sido alterada pela Resolução 183/2018, e incluído no Código de Processo Penal (CPP) através do art. 28-A, pela Lei nº 13.964/2019, conhecida por Pacote Anticrime, mas a constitucionalidade do acordo foi questionada na ADI 5.790 e 5.793.

Referida lei é considerada uma espécie de medida despenalizadora, devendo ser negociada entre o Ministério Público e o investigado, objetivando desafogar o poder judiciário das demandas judiciais, buscando maior celeridade e efetividade no processo penal, garantindo o devido processo legal para resolver lides cuja penalidade da conduta criminosa não seja superior ao período de 4 anos, e desde que não tenha sido cometido com uso de violência e grave ameaça.

Considerando o aumento de demandas judiciais, o acordo de não persecução penal proporciona a oportunidade do investigado não ser denunciado, desde que cumpra as condições determinadas pelo Ministério Público, trazendo uma inovação no âmbito jurídico, sendo considerada, por oportuno, como método eficaz de resolução de conflitos da seara criminal, trazendo consigo a proteção dos princípios constitucionais e eficácia na aplicação das penas de crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando, por conseguinte, o cabimento de penalidade alternativa.

A pesquisa justifica-se pela relevância da aplicação do instituto, logo que o acordo é realizado entre o Ministério Público e o investigado, cabendo ao juiz apenas a homologação do acordo, portanto torna-se relevante o estudo, pois trata-se de importante alteração nas demandas judiciais criminais, podendo ser, nas hipóteses de seu cabimento, peça chave para que haja uma conclusão processual.

1 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP

O acordo de não persecução penal é um instituto que busca a justiça negociada no processo penal brasileiro. Sua propositura cabe ao Ministério Público ou ao investigado, desde que cumpridos os requisitos exigidos. Após as negociações serem realizadas, o acordo deverá ser encaminhado para análise do juiz, para conferência acerca do cabimento e das condições propostas.

De acordo com Cunha (2020, p. 127),

Ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade,

aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. (CUNHA, 2020 p.127)

Segundo Lima (2020), o acordo é uma alternativa eficaz para a solução de conflitos processuais, que traz benefícios ao acusado, à vítima, e ao sistema judiciário.

Conforme Cabral (2019) o acordo é

Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal. Com isso, seria estabelecido um sistema com a eleição inteligente de prioridades, levando oara julgamento plenário somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidades, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o full trial. (CABRAL, 2019, p. 18)

Lima (2019, p. 200), conceitua o acordo:

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

O autor ainda justifica a criação do acordo:

- a) a exigência de soluções alternativas no processo penal que possibilitem celeridade na resolução de casos menos graves;
- b) a priorização de recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e
- c) a minoração dos efeitos deletérios de uma condenação judicial, com a redução dos efeitos sociais prejudiciais da pena e redução do contingente dos estabelecimentos prisionais. (LIMA, 2020, p. 275)

Sanches (2020, p. 17) destaca que o acordo é um

Um ajuste obrigacional entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o investigado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

1.1 ANÁLISE HISTÓRICA

Segundo Cunha (2020), a criação do acordo de não persecução penal se deu através da Resolução 181/2017, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), tendo sido alterada pela Resolução 183/2018, e incluído no Código de Processo Penal (CPP) através do art. 28-A, mas a constitucionalidade do acordo foi questionada na ADI 5.790 e 5.793.

A Associação de magistrados Brasileiros, que questionou a constitucionalidade através da ADI 5.790, o fez pois, conforme Cunha (2020),

A despeito de agora haver a submissão ao Poder Judiciário do acordo firmado, é inegável que diante da inexistência de lei dispendo sobre ela, resultará uma insegurança jurídica em tamanho, diante da possibilidade de magistrados recusarem ou aceitarem esses acordos, com base exclusivamente no fato de a Resolução não poder dispor sobre a matéria sem prévia previsão legal. (CUNHA, 2020 p.126).

Depreende-se, que o Poder Judiciário não pode negar o acordo de não persecução penal, se a conduta se enquadrar no previsto no art. 28-A do CPP.

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

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da

execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 1941)

Sob outra perspectiva, conforme art. 28-A, § 2º do mesmo diploma legal, o acordo não acontecerá nos casos em que

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 1941)

Em se tratando da ADI 5.793, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirma que o acordo fere o princípio da reserva legal e da segurança jurídica, e que referido acordo excede o poder conferido ao Ministério Público.

Dessa forma, no ano de 2019, foi promulgada a Lei 13.964, denominada Pacote Anticrime, que dispõe sobre a justiça negociada, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Assim, o acordo é de cunho de política criminal, e não de direito processual, sendo considerado como negócio jurídico de natureza extrajudicial, consubstanciando, portanto, políticas criminais do titular da ação penal e do Ministério Público.

Na sistemática adotado pelo art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP, cuida se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor – que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida. (LIMA, 2020, p.274).

Assim, o acordo traz benefícios ao judiciário brasileiro, proporcionando resolução eficaz nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, tornando-se um instrumento benéfico de despenalização e agilidade processual.

Acerca das vantagens, Cabral (2017) explica que

“A Resolução 181/17 busca tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF, artigo 37, caput); da proporcionalidade (CF, artigo 5º, LIV); da celeridade (CF, artigo 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI e VI). Nesse sentido, Barja de Quiroga afirma que o “princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância, que impedem que o sistema penal se ocupe de assuntos mais graves; em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade entendido em sentido estrito (excludente da oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista de pena” Barja de Quiroga. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p. 470). (CABRAL, 2017).

Em se tratando de desvantagens, no que se refere ao acordo ser tratado como política criminal, Morais (2018) assevera que:

Exsurgem desse raciocínio dois problemas. Primeiro, considerar que a decisão do investigado em não se submeter ao processo criminal e cumprir imediatamente sanção penal trate-se apenas de uma questão de política criminal é uma argumento frágil. Se por um lado a utilização do acordo pode vir a ser, se bem utilizado, instrumento de política criminal, seu conteúdo, isto é, o objeto sobre o qual as partes transacionam (pena imediata sem processo), é evidentemente processual penal. Outro equívoco é supor que a existência de eficácia normativa primária das resoluções do CNMP, reconhecida pelo

Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12[4], permita que o órgão regulamente qualquer matéria uma vez que, inquestionavelmente, não se encontra entre as atribuições do CNMP estampadas no artigo 130-A, parágrafo 2º, da CF/88 normatizar sobre política criminal. (MORAIS, 2018)

1.2 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Para que o acordo de não persecução penal seja celebrado, é necessário observar os requisitos dispostos no art. 28-A do Código de Processo Penal:

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

Considerando o rol de requisitos, expor-se-á considerações acerca do tema.

1.2.1 Não estar em situação de arquivamento

O cabimento do acordo, assim como a transação penal, só será possível se não estiver em situação de arquivamento (CUNHA, 2018)

O acordo de não persecução penal não pode ser considerado uma alternativa ao pedido de arquivamento, sendo indispensável a presença do *fumus comissi delicti*. Compreende-se por *fumus comissi delicti* a confirmação da existência de um crime e dos indícios suficientes de autoria. (LOPES JR, 2019, p. 942)

1.2.2 Tempo de pena

Conforme ensinamento de Cunha (2018), é imposto um limite objetivo acerca do tempo de pena que restringe a aplicação do acordo para as infrações com penas superiores a 4 (quatro) anos.

A opção mínima inferior a 4 anos foi a constatação de que nos crimes sem violência ou grave ameaça os juízes brasileiros condenam na pena mínima, portanto, pena inferior a 4 anos sempre será substituída por pena alternativa. (DIRCEU, 2019, p. 53)

Faz-se necessário observar as causas de diminuição e aumento de pena previstas na Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

1.2.3 Confissão

Para a formalização do acordo é imprescindível que haja a confissão simples ou qualificada do acusado. De acordo com Queiroz (2020)

Para efeito do acordo, não necessariamente para outros fins (v.g., reconhecimento da atenuante da confissão espontânea), temos que somente a confissão simples permite a realização do ANPP. Ou seja, confissão formal e circunstanciada (a lei fala, em verdade, de confissão circunstancial) deve ser entendida como confissão simples. Confissão formal e circunstanciada é, portanto, uma confissão simples e voluntária em que o investigado menciona o essencial da infração cometida, narrando a motivação e as circunstâncias juridicamente relevantes. A lei exige que seja circunstanciada inclusive para a aferição judicial de sua consistência e verossimilhança.

No acordo de não persecução penal, a confissão tem como um de seus objetivos impedir que um acordo seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou convirjam para a sua participação no delito. A confissão, portanto, deve fortalecer o conjunto probatório do procedimento investigatório, para que, juntamente com os demais elementos de prova, seja assegurado a realização do acordo por quem de fato praticou o delito. (SOUZA, 2018, p. 153)

Dessa forma, quando a confissão é simples, o investigado apenas confessará a infração, sem complementar a defesa. Já se a confissão for qualificada, ele deve confessar a infração e alegar excludente de ilicitude, culpabilidade ou tipicidade.

Assim, a confissão não será usada como prova, pois,

(...) apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. (SANCHES, 2020, p. 129)

1.2.4 Não haver violência ou grave ameaça na infração cometida

O art. 28-A do CPP proíbe que o acordo seja celebrado se a violência ou grave ameaça for cometida de forma culposa contra coisa ou pessoa. Assim,

Enunciado nº 72 do CAOCRIM - MPSP9: É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, pois, nesses delitos, a violência não está na conduta, mas no resultado não querido ou não aceito pelo agente, incumbindo ao órgão de execução analisar as particularidades do caso concreto. Enunciado nº 23 do GNCCRIM10: É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

A violência reside no emprego de força contra a vítima, cerceando a sua liberdade de ação e não só de vontade, bastando para caracterizá-la a lesão corporal leve ou as vias de fato. A violência pode ser classificada em própria (real), quando há o emprego de força física, ou imprópria, quando o agente se utilize de outro meio para reduzir a resistência da vítima. (OLIVEIRA, 2018, online)

1.2.5 Acordo como meio de reprovação do delito

Conforme ensinamento de Cabral (2020), esse requisito é ato discricionário do Ministério Público, e é sua função analisar se apenas o acordo é suficiente para reprovar o delito, considerando a personalidade do infrator e as circunstâncias do fato.

1.3 DAS VEDAÇÕES DO ANPP E DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS AO INVESTIGADO

A Resolução 181 do CNMP trouxe hipóteses de cabimento e de vedações do ANPP, portanto, cabe a transcrição do art. 18, § 1º

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017. 16/20 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 2017)

Ou seja, caso caiba transação penal, é afastada a celebração do ANPP:

Essas vedações são justificáveis dentro da estruturação sistemática da legislação penal, pois, a prevalência da transação penal em relação ao acordo de não persecução penal decorre de ser a transação penal instituto despenalizador mais benéfico, com menos requisitos e menores consequências, por incidir nas infrações de pequeno potencial ofensivo, dentro da disciplina da Lei dos Juizados Especiais. (EL TASSE, 2020, online)

Tratando-se do inciso II, Barros e Romaniuc (2019) afirmam que o valor do dano não pode ser superior a 20 salários mínimos.

Havendo então a reparação do dano, não há nenhum sentido em estabelecer um teto impeditivo do acordo de não persecução penal. Todavia, havendo um teto, deveria haver uniformidade em todo o território nacional. (JÚNIOR, 2019, p. 340)

Caso ocorra alguma das hipóteses dispostas no § 2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, será vedado o acordo ao acusado:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Assim,

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não se proíbe matar, mas ser homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da má vida ou estado perigoso, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc. (BRUNONI, 2019, online)

A aplicação será vedada, também, quando o decurso do prazo resultar prescrição penal. Nesse sentido,

Tendo em vista que as hipóteses de suspensão e interrupção do prazo prescricional devem constar expressamente na lei, uma vez que são prejudiciais ao autor do fato delitivo (demandando esta espécie normativa), o acordo, portanto, não obsta o transcurso normal do lapso temporal para fins de prescrição. (BARROS; ROMANIUC, 2019, p. 74)

Não caberá o acordo quando o crime cometido for hediondo ou equiparado, e na circunstância de violência doméstica. Assim,

E é essa condição (vulnerabilidade) que justifica o tratamento diferenciado que a Lei Maria da penha reservou às mulheres (não todas, mas as que se encontram em situação de violência no contexto doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto). Recusar essas circunstâncias representa a negação da própria motivação da

Lei Maria da Penha como de ação afirmativa. (BIANCHINI, 2019. p. 21)

Para finalizar, o acordo será vedado quando ele, por si só, não for suficiente para que seja prevenido o crime.

A prevenção penal se biparte em dois grandes segmentos, quais sejam prevenção geral e prevenção especial. Enquanto a prevenção geral lida com um aspecto genérico do Direito Penal, voltado a toda sociedade, a prevenção especial visa tão somente aquele indivíduo que violou norma penal, no caso concreto. (BARROS, 2019, p. 76)

Ante o brevemente exposto, resta evidente que o ANPP possui natureza seletiva, e pode ser aplicado apenas aos crimes de menor potencial ofensivo, sendo considerado, portanto, ferramenta da justiça restaurativa.

1.4 PROCEDIMENTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

1.4.1 Das tratativas, da celebração, da rejeição, da homologação, do descumprimento e do cumprimento integral do ANPP

De acordo com o art. 28-A, § 3º, “O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.”

Caso o crime tenha sido cometido em concurso de agentes, o acordo pode ser aplicado aos todos os agentes e partícipes ou apenas a alguns, não havendo impedimentos caso apenas um receba a proposta. Entretanto, a cota acompanhante da denúncia que consta a não aceitação da proposta, deve ser fundamentada.

Conforme o art. 28-A, considerando os termos “arquivamento e investigado”, extrai-se que o acordo deve ser celebrado antes de haver denúncia, ou seja, na fase extrajudicial.

Após o encerramento das tratativas, uma audiência deverá ser marcada, e o magistrado deve fiscalizar se há legalidade no acordo, bem como se há voluntariedade do investigado. Caso o juiz identifique que o acordo não atenda os requisitos legais, ele pode recusar a homologação do acordo, devolvendo, então, os autos ao Ministério Público para a complementação das investigações ou oferecimento de denúncia da vítima. Caso haja a rejeição da homologação, pode, o Ministério Público ou o investigado, interpor recurso. Na outra banda, sendo o acordo homologado, haverá suspensão do prazo prescricional e os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que seja iniciada a execução pelo juízo de execuções penais, ou seja, o acordo deve ser homologado pelo juiz de garantia e executado pelo juiz de execução. (BRASIL, 1941).

A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/contéudo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório. (GNCCRIM, 2019)

Caso o investigado descumpra as condições homologadas, o Ministério Público deve fazer a comunicação ao juízo da execução, para rescindir o acordo, e posteriormente, encaminhar os autos para o juiz das garantias, para que seja oferecida denúncia, logo que a rescisão não pode acontecer de forma unilateral, há a necessidade de haver decisão judicial, sendo assegurado o contraditório. Assim, caso haja a rescisão do acordo, o prazo prescricional volta a correr. (QUEIROZ, 2020)

Assim, o descumprimento do acordo serve como justificativa para que o Ministério Público não ofereça suspensão condicional do processo.

Entretanto, sendo cumprida as condições homologadas no acordo, e tendo seu cumprimento integral sido concluído, o juízo competente declarará a extinção da punibilidade. Ademais, o cumprimento integral do ANPP garante que o ato infracional não conste na certidão de antecedentes criminais, mas impede que o investigado não receba novos acordos, transações penais ou seja beneficiado com a suspensão condicional do processo pelo prazo de cinco anos. (BRASIL, 1941)

1.5 PRINCÍPIOS FUNDAMENTADORES DO ANPP

Para que o acordo seja pleno e legítimo, é necessário que atenda algumas normativas. (BARROS; ROMANIUC, 2019).

A morosidade da justiça brasileira traz prejuízos ao acusado e à sociedade que clama por justiça, portanto, há o princípio constitucional da celeridade processual. (BRANDALISE, 2006). De acordo com Barros e Romaniuc (2019), o legislador brasileiro eterniza a lide devido ao atraso dos pensamentos dos doutrinadores brasileiros.

O funcionalismo é atualmente a corrente dominante no mundo, menos no Brasil, e defende que apenas atos penais relevantes e com impacto social devem ser priorizados e processados, mudando com a visão automatizada do finalismo que ainda vigora no Brasil. O funcionalismo propõe punir menos, mas punir melhor, e com impacto social, o que acaba inibindo a criminalidade, em vez do atual

sistema caótico e sem racionalidade, que leva o direito penal ao descrédito. (MELO, 2019, p. 89)

Dessa forma, objetivando resolver as lides de forma célere, é cabível a realização do ANPP, desde que os requisitos definidos pelo ordenamento jurídico sejam cumpridos.

O segundo princípio elencado nesse tópico é o da efetividade. Sabendo que a norma penal e processual penal do nosso ordenamento jurídico é antiga, ela traz óbice à efetividade processual. (BARROS; ROMANIUC, 2019).

Nesse sentido, Ribeiro (2006, p. 153) explica que

Pode-se dizer que a Constituição Federal assegura muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, assegura um acesso efetivo à ordem jurídica justa. (...) É evidente que quando se emprega o termo efetividade no processo quer traduzir uma preocupação com a eficiência da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar.

Considerando a necessidade de evitar desperdícios na condução do processo, há o princípio da economia processual, que objetiva evitar a burocratização processual, demonstrando a desnecessidade de deflagração de processos em situações desnecessárias. (SOUZA, 2018)

Assim, Boschi (2010, p. 134) explana que

A flexibilização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda mais radicalmente, a instituição do princípio da oportunidade da ação penal pública entre nós, desde que, observada a recomendação de Roxin, o Ministério Público estabelecesse uma política de persecução penal, daria melhores condições para a Instituição priorizar a atividade na punição dos fatos que causam maior lesividade social e ao mesmo tempo propiciaria o alívio das pautas judiciais de direito administrativo.

Para finalizar, é necessário observar os tratados internacionais da Convenção Europeia e o da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, devido a Resolução 45/110 as Assembleia Geral das Nações Unidas, dispôs acerca da imprescindibilidade de serem implementadas medidas alternativas antes do início da tramitação processual. Conforme Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 17),

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça

criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vista à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado. (CNJ, 2016, online)

Ante o exposto, resta claro que o acordo de não persecução penal traz avanços na qualidade do sistema judiciário brasileiro.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ANPP

A constitucionalidade do acordo de não persecução penal é questionada pois exige a confissão do investigado como requisito necessário para sua homologação, violando, dessa forma, o princípio de presunção de inocência. Nesse sentido, Cunha (2020, p. 138), explica que

apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica, a culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda devido processo legal.

Acerca da confissão, Soares, Borri e Battini (2020, p. 219), esclarecem que

No tocante a situação de descumprimento do acordo, verifica-se que a matéria necessariamente precisa ser conjugada com a aprovação completa da lei, visto que, de acordo com o juiz das garantias e suas regulamentações (art. 3º-B a 3º- F, CPP), o inquérito policial não mais acompanharia o processo-crime, de modo que a confissão ficaria naturalmente excluída da fase de instrução, não se podendo utilizar da declaração do acusado para proferimento de sentença (art. 3º-C, §3º, CPP).

Dessa forma, é sabido que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, sendo que o titular do direito não pode dispor dele, mas, desde que não esteja ferindo a dignidade da pessoa humana, pode deixar de exercê-lo (LENZA, 2012, p. 963). Assim, o princípio da presunção da inocência não se chocará com o direito do investigado, caso ele opte por escolher melhor estratégia de defesa, ao confessar, tornando-o, portanto, constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, resta evidente que o acordo de não persecução penal é um instituto benéfico para o judiciário brasileiro, que consiste na celebração de um acordo entre o investigado e o Ministério Público, cabendo ao juízo das garantias apenas sua homologação e ao juízo da execução, o cumprimento de sua execução.

O desenvolvimento da pesquisa possibilitou análise dos objetivos do acordo, os requisitos para sua concessão, as vedações acerca do cabimento e as condições impostas ao investigado, os procedimentos e princípios do acordo, bem como a sua constitucionalidade.

Dessa forma, o acordo de não persecução penal possui grande potencial de tornar-se uma ferramenta constitucional que será usada para benefício do poder judiciário, trazendo a oportunidade de resolução dos casos de menor potencial ofensivo de forma célere e econômica. Contudo, por ser matéria relativamente nova na ordem jurídica, ainda há situações a serem esclarecidas sobre referido instituto.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Leme, SP: JH Mizuno, 2019.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Acordo de não persecução penal**. Editora Juspodivm, 3ª edição, Salvador, 2019.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal: as formas administrativas e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. BRANDALIS, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**. Jurua Editora, 2006.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

_____. **Resolução nº 181 do CNMP**, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>.

_____. **Enunciados do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público de São Paulo**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CA_OCRIM

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.** Disponível em:

https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm.

CABRAL, R. L. F. **Manual do acordo de não persecução penal.** Salvador: JusPodivm, 2020

CABRAL, Rodrigo Leite, **O acordo de não-persecução penal criado pela nova resolução do CNMP, 2017.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17-cnmp, com as alterações da resolução n. 183/18-cnmp - versão ampliada e revisada.** In: CUNHA, Rogério Sanches et al. **Acordo de não persecução penal.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 21-57.

_____. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova resolução do CNMP, 2017.** Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>

Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça;** Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. 24 p. – (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos) ISBN 978-85-5834-014-4 I Tratados internacionais de Direitos Humanos. II Organização das Nações Unidas. III Pena alternativa, normas.

Disponível:<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>

CUNHA, Rogério Sanches. **PACOTE ANTICRIME.** 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 9-383.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime — Lei n 13964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEO/** Editora Juspodivm, 2020.

EL TASSE, Adel. **O acordo de não persecução penal: possibilidade vinculada à observância da Constituição Federal.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318960/o-acordo-de-nao-persecucao-penal--possibilidade-vinculada-a-observancia-da-constituicao-federal>

Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Disponível em: https://www.cnp.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf.

JÚNIOR, Américo Bêde Freire. **Acordo de não persecução penal – a Resolução nº 181/2017 do CNMP. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal.** Salvador, Editora Juspodivm, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. **Manual de Processo Penal.** 7ª edição. Salvador. Editora Juspodivm, 2019.

MELO, André Luis Alves. **Acordo de não persecução penal.** 3ª ed. Editora Juspodivm. Salvador, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal** – 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAIS, Hermes Duarte. **Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da justiça penal consensual?** 2018. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>

OLIVEIRA, Marlus; MICHELOTTO, Mariana. **Acordo de não persecução penal.** Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal>

QUEIROZ, Paulo. **Acordo de não persecução penal - Lei nº 13. 964/2019.** Paulo Queiroz, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional.** In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

SOARES R. J; BORRI. L. A.; BATTINNI. L. A. **A necessidade de confissão para formalizar o acordo de não persecução penal.** Revista Consultor Jurídico, 2 de setembro de 2020. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/soaresdaguer-necessidade-confissao-anpp>>.

SOUZA, Rene do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; CABRAL, Rodrigo Leite, BARROS, Fransico Dirceu. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução 181/17-CNMP, com as alterações da resolução 183/18-CNMP).** 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

EVASÃO, ELISÃO E ELUSÃO FISCAL: O LIMITE DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

ANA BEATRIZ PAIVA LESSA LIMA: Engenheira Civil pela Universidade Federal de Alagoas e Servidora Pública do Município da Barra dos Coqueiros, na qualidade de Engenheira Civil.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo conceituar e apresentar as diferenças entre Elisão, Evasão e Elusão fiscal, além de tratar do planejamento tributário e mostrar até que ponto se mostra uma ferramenta válida e legítima. A abordagem será feita através de pesquisa bibliográfica acerca dos temas. Tais figuras são de suma importância nos dias atuais, já que visam a redução da carga tributária. Porém, dentro dos limites da lei, nem todas elas são instrumentos apropriados ao fim almejado. Apenas a elisão corresponde a um planejamento tributário legítimo, enquanto a evasão e a elusão se utilizam de meios fraudulentos, simulados ou fazem uso de abuso de forma jurídica. Nesse contexto, temos a norma antielisiva que visa, na verdade, combater a elusão fiscal, através da desconsideração de negócios jurídicos dissimulados.

Palavras-Chaves: Elisão; Evasão; Elusão; Planejamento tributário; Norma antielisiva.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Elisão fiscal. 2.2. Evasão fiscal. 2.3. Elusão fiscal. 2.4. Norma Antielisão fiscal. 3. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a atual situação econômica do país, a cada dia a necessidade de redução de custos aumenta, inclusive no que diz respeito ao pagamento de tributos. Segundo ALVES (2018), no mundo globalizado, as empresas devem sempre buscar a minimização dos custos de modo a se tornarem mais competitivas. Além disso, o administrador de uma companhia deve utilizar em suas funções a mesma diligência e cuidado que todo homem ativo e probo utilizaria na administração de seus bens, conforme artigo 153 da lei Nº 6.404/76 (BRASIL, 1976).

A necessidade de redução de custos implica diretamente na tentativa de minimização da carga tributária por parte das empresas, o que faz com que os administradores busquem incansavelmente meios para tal. COSENTINO (2014) explica que o planejamento tributário é essencial para o desenvolvimento econômico das empresas,

porém só deve ser aceito quando utilizar meios legais e legítimos e não representar fraudes ou atos ilegais em face do Fisco, respeitando a legislação e os princípios tributários.

Nesse contexto surgem as figuras da elisão, evasão e elusão fiscal. Essas figuras são tidas como meios para diminuir o valor do tributo a ser suportado pelo contribuinte, porém nem todas elas são meios legítimos para tal. Assim, o presente trabalho tem como objetivo apresentar as diferenças entre essas figuras e os limites entre o planejamento tributário válido e a prática de simulação e crimes contra a ordem tributária.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. ELISÃO FISCAL

A palavra Elisão tem origem no termo em latim “Elisione”, que significa o ato ou o efeito de elidir, suprimir, eliminar (ABRAHÃO, 2015). Segundo LIMA (2020), no âmbito do direito tributário, elisão representa uma forma lícita, legal e legítima de adiar ou diminuir os tributos antes do surgimento da obrigação tributária, sendo, portanto, permitido pelo ordenamento jurídico e amparado pelos princípios tributários.

Em outros termos, elisão fiscal nada mais é do que o planejamento tributário. REGIANI (2014) explica que essa prática consiste em uma técnica que estuda todas as possibilidades de incidência tributária dentro das alternativas legais cabíveis a partir de projeções das operações da empresa, e sendo assim executa procedimentos legitimamente válidos. Ou seja, a empresa analisa, dentro dos parâmetros legais, quais as melhores práticas no intuito de reduzir sua carga tributária.

Nesse sentido ALEXANDRE (2017, p. 341) sintetiza que:

A elisão fiscal é a conduta consistente na prática de ato ou celebração de negócio legalmente enquadrado em hipótese visada pelo sujeito passivo, importando isenção, não incidência ou incidência menos onerosa do tributo. A elisão é verificada, no mais das vezes, em momento anterior àquele em que normalmente se verifica o fato gerador. Trata-se de planejamento tributário, que encontra guarida no ordenamento jurídico, visto que ninguém pode ser obrigado a praticar negócio de maneira mais onerosa.

A elisão fiscal pode ser dividida em duas espécies, aquela que decorre da própria lei e a que resulta de lacunas na legislação tributária. No primeiro caso existe uma vontade nítida do legislador em conceder ao contribuinte um benefício fiscal, sendo assim, o

dispositivo legal induz ou até mesmo permite a redução da carga tributária. No segundo caso, por existir uma brecha na legislação, sem desrespeitar nenhum dispositivo legal, o contribuinte molda seus negócios de forma a gerar o menor ônus possível (ZANLUCA, 2010).

Corroborando com a ideia exposta anteriormente, COSENTINO (2014) explicita que no caso de elisão fiscal induzida pela lei, o ordenamento jurídico, normalmente, requer do contribuinte o cumprimento de alguns requisitos em prol do interesse nacional ou regional, visando, por exemplo, a redução das desigualdades socioeconômicas. Enquanto isso, a elisão fiscal por lacunas na legislação é amparada pelo princípio da legalidade negativa associada a livre iniciativa, já que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo, senão em virtude de lei que expressamente a proíba.

2.2. EVASÃO FISCAL

De acordo com LIMA (2020), ao contrário da elisão, a evasão fiscal ocorre quando o contribuinte se utiliza de meios ilícitos, ilegais ou ilegítimos para diminuir sua carga tributária, mesmo que após a ocorrência do fato gerador.

ALEXANDRE (2017) afirma que a evasão fiscal ocorre quando após a ocorrência do fato gerador o contribuinte pratica atos tentando impedir que nasça a obrigação tributária. Ou seja, busca meios para que as autoridades fiscais não descubram a ocorrência desse fato gerador, e, conseqüentemente, evita o pagamento do tributo. O autor explica ainda que embora em regra a evasão ocorra posteriormente ao fato gerador, comporta exceções.

A evasão fiscal pode se mostrar na forma de simulação, fraude ou sonegação, sendo, portanto, proibida no ordenamento jurídico brasileiro (COSENTINO, 2014).

A legislação que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências, prevê a evasão fiscal. Sendo assim, a Lei no 8137/90 (BRASIL, 1990) institui que:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - Omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - Fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - Falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - Elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - Negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

[...]

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - Fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - Deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - Utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Além de ser uma prática ilegal, a evasão causa graves danos ao país. Um dos problemas dessa prática é a arrecadação abaixo do previsto o que gera consequências no

desenvolvimento econômico da nação. Outro fator é que a evasão se torna uma arma de concorrência desleal entre as empresas, visto que a informalidade de uma empresa pode prejudicar as outras do mesmo ramo (ABRAHÃO, 2015).

2.3. ELUSÃO FISCAL

Para ALEXANDRE (2017), elusão fiscal advém, a rigor, de um comportamento lícito do sujeito passivo, porém fazendo uso de abuso de forma. O contribuinte utiliza meios ardilosos para escapar da tributação. Tal artifício é também chamado pela doutrina de elisão ineficaz ou elisão abusiva.

TÔRRES (2003) define elusão fiscal como um meio termo entre a elisão e a evasão fiscal, quando o contribuinte pratica atos que apesar de lícitos são desprovidos de causas negociais tendo sido realizados com fraude à lei ou abuso de direito, nos termos dos artigos 166, IV e 187 do Código Civil.

2.4. NORMA ANTELISÃO FISCAL

O Código Tributário Nacional em seu artigo 116, parágrafo único, trás um dispositivo denominado norma antielusão fiscal, incluído por alterações impostas pela Lei Complementar 104/2001, que dispõe, que:

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (BRASIL, 1966).

Em que pese ser chamada de norma antielisiva, tal dispositivo legal visa, na verdade, combater a elusão fiscal, ou seja, o planejamento tributário artificioso, caracterizado pelo abuso das formas jurídicas. Isso fica claro pois a norma tem como objetivo desconsiderar atos que dissimulam a ocorrência do fato gerador, ou seja, tentam ocultá-lo, de forma a não pagar o tributo (ALEXANDRE, 2017). Essa é uma característica da elusão fiscal e não da elisão, que consiste no legítimo planejamento tributário, que é válido e essencial para a sobrevivência das empresas.

Essa norma protege o Fisco de ações que embora revestidas de legalidade aparente visam a redução da carga tributária de forma indevida, visando melhorar a arrecadação e contribuindo para o desenvolvimento socioeconômico do país, sendo, portanto, um

mecanismo de limite entre o planejamento tributário e a prática de atos ilegítimos ou até crime contra a ordem tributária.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto verifica-se a diferença entre elisão, evasão e elusão fiscal. Enquanto a elisão fiscal é um meio lícito de planejamento tributário, a evasão utiliza meios ilícitos, sendo proibida pelo ordenamento jurídico pátrio. Ainda, vale mencionar que a primeira normalmente se dá antes da ocorrência do fato gerador, visando a execução das melhores práticas para redução da carga tributária, por outro lado, a segunda ocorre, em regra, após a ocorrência do fato gerador, visando ocultar tal fato das autoridades administrativas.

A elusão fiscal aparece como um meio termo entre a elisão e a evasão, pois apesar de se revestir de legalidade aparente ela faz uso de meios artificiosos para a redução dos tributos a pagar. Em geral tal técnica faz uso do abuso de forma jurídica e por isso a administração tributária é amparada pela norma antielisão fiscal, que visa desconsiderar atos praticados com finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador.

O limite do planejamento tributário se dá pela norma antielisão fiscal, pois a prática de atos legais e legítimos para a redução dos custos com tributos é válida até o ponto em que faz uso de abuso de forma jurídica e meios ardilosos para conseguir seu objetivo. Sendo assim, se por um lado a elisão fiscal e o planejamento tributário são de extrema importância para o sujeito passivo, a evasão e a elusão não são meios válidos de redução da carga tributária, sendo em alguns casos, inclusive, crime contra a ordem tributária.

4. REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, M. A. **A elisão fiscal como ferramenta para o Planejamento Tributário**. 2011. 47 p. Monografia (Graduação em Ciências Contábeis) – Departamento de Ciências Contábeis, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis295994>. Acesso em: 30 abr. 2022.

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário/Ricardo Alexandre** – 11. Ed. rev., atual. e ampl. – Salvador – Ed. JusPodivm, 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL, **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

COSENTINO, R. S. **Planejamento tributário: Uma análise sobre Evasão e Elisão fiscal**. 2014. 17 P. Artigo Científico (Pós-Graduação *Latu Sensu*) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

LIMA, H. M. A. **Planejamento tributário: elisão e evasão fiscal, uma análise conceitual no âmbito fiscal do Brasil**. Revista Científica BSSP – RCBSSP, v. 2, n. 2, ago./dez. 2020.

REGIANI, R. C. D. **Planejamento Tributário e Interpretação Sistemática do Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva**. 2014. 99 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí/SC, Itajaí, 2014. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Roge%20Carlos%20Dias%20Regiani.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022.

TÔRRES, H. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transacionais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

ZANLUCA, J. C. **Planejamento Tributário: pague menos, dentro da lei!** São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/planejamento.htm>. Acesso em: 30 abr. 2022.

ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE

KAROLAYNE ROCHA AGUIAR.
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG¹⁰¹.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI¹⁰².

(orientadora)

RESUMO: O referido estudo busca analisar os aspectos sociais e jurídicos sobre o abuso sexual em desfavor de crianças e adolescentes. Tal ação se traduz no ato onde o criminoso abusa injustamente de crianças e adolescentes para a satisfação de seus desejos sexuais. Os efeitos desse crime são altamente nocivos para as vítimas, vide o fato de que crianças e adolescentes são vítimas vulneráveis que não possuem clareza e maturidade para identificar e enfrentar as situações de abuso. Diante disso, pretende-se com esse estudo discorrer sobre as consequências jurídicas e sociais do abuso de crianças e adolescentes. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura ao qual se baseiou na coleta de dados do Google Acadêmico, Scielo e demais revistas jurídicas, livros e periódicos no período de janeiro e fevereiro de 2022. Nos resultados, ficou evidente que o abuso sexual traz para as vítimas enormes abalos físicos, emocionais e psicológicos, devendo a área jurídica e social ser mais dura e objetiva no combate e prevenção da prática desse delito.

Palavras-chave: Abuso sexual. Criança. Adolescente. Jurisprudência.

ABSTRACT: This study seeks to analyze the social and legal aspects of sexual abuse against children and adolescents. Such action translates into the act where the criminal unfairly abuses children and adolescents for the satisfaction of their sexual desires. The effects of this crime are highly harmful for the victims, see the fact that children and adolescents are vulnerable victims who do not have the clarity and maturity to identify and face situations of abuse. Therefore, this study intends to discuss the legal and social consequences of child and adolescent abuse. In the methodology, it was a literature review which was based on the collection of data from Google Scholar, Scielo and other legal journals, books and periodicals in the period of January and February 2022. In the results, it was evident that sexual abuse it brings enormous physical, emotional and psychological shocks to the victims, and the legal and social area should be tougher and more objective in combating and preventing the practice of this crime.

101 E-mail: karolaynerocha1@hotmail.com

102 Advogada e Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

Keywords: Sexual abuse. Kid. Adolescent. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crimes sexuais: caracterizando o abuso sexual. 3. O abuso sexual contra crianças e adolescentes. 4. Das consequências jurídicas. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais no Brasil tem sido pauta de inúmeras discussões ao longo das últimas décadas. Isso se deu principalmente pelo fato de que a sociedade brasileira tem presenciado o aumento significativo de casos onde ocorre a violação sexual contra terceiro. Nesse cenário, conforme aponta diversas pesquisas, as principais vítimas são as mulheres, as crianças e os adolescentes, o que acaba impondo um posicionamento jurídico no combate, punição e prevenção de crimes dessa natureza.

Ocorre que dentre os tipos de vítimas, duas merecem especial atenção: as crianças e os adolescentes. Isso se justifica pelo fato de que as crianças e adolescentes são indivíduos de enorme vulnerabilidade, tendo muita dificuldade em entender a ocorrência de um crime sexual ou pior, possuem enorme obstáculo em prevenir e se proteger desses crimes. Por essa razão, é importante que se discuta mecanismos de proteção e solução a esses crimes contra esses indivíduos.

Cabe lembrar que pesquisas probabilísticas têm apontado que o número de vítimas de crimes sexuais contra crianças e adolescentes vem numa crescente assustadora nos últimos anos. A título de exemplo, dados tem apontado que cerca de 70% das vítimas de estupro no Brasil são crianças e adolescentes. A faixa etária, no geral, está situada entre 7 e 14 anos. Além disso, o Brasil também aparece nos primeiros lugares do ranking de países que mais possuem crianças e adolescentes vítimas de exploração sexual (FERRAZ, 2020).

Frente a esse cenário alarmante, o presente estudo busca discorrer a respeito da prática de crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Como no Direito Penal brasileiro existem diversos tipos caracterizados como crime sexual, para fins dessa pesquisa, limita-se em discutir apenas o abuso sexual de crianças e adolescentes, visto que esse tipo de crime é o mais praticado e um dos mais difícil de serem detectados.

Além de discutir o *modus operandi* para ocorrência do abuso sexual, também se faz necessário apresentar os efeitos que esse crime ocasiona nas vítimas e principalmente quais as consequências jurídicas desse crime. Apresentar-se-à o posicionamento doutrinário e jurisprudencial na ocorrência do abuso sexual contra crianças e adolescentes no Brasil.

Na metodologia empregada para a realização desse estudo, baseia em revisão da literatura, tendo como base material bibliográfico por meio de livros, revistas jurídicas,

periódicos e legislação nacional. A coleta de dados se deu no período de janeiro a fevereiro de 2022 em base de banco de dados, tais como Google Acadêmico e Scielo cujo inclusão fora materiais publicados entre 2017 a 2021.

A problemática dessa pesquisa se deu pela seguinte indagação: quais os efeitos jurídicos e sociais do abuso sexual contra crianças e adolescentes? Na busca pela resposta, tenciona-se discorrer a caracterização do presente crime e seus efeitos para as vítimas.

2. CRIMES SEXUAIS: CARACTERIZANDO O ABUSO SEXUAL

Por estarem presentes desde o início, os crimes sexuais sempre carregaram a divergência jurídica e social, se modificando de acordo com a evolução intelectual da sociedade. A partir dos movimentos sociais, como a independência da mulher em todos os sentidos, o contexto da sexualidade também foi se ampliando.

Isso foi determinante para que a sociedade se voltasse para a discussão sobre a sexualidade humana e o papel que ela exerce além da procriação. Diante de casos de homicídio ou de importunação onde se verificava a presença de uma motivação sexual, o Direito, enquanto protetor do indivíduo, também se ampliou no sentido de normatizar as condutas sexuais nocivas.

Em razão disso, adentra dentro do rol do Direito Penal os crimes sexuais. Primeiramente, os crimes sexuais eram denominados – dentro da normativa brasileira – de crimes contra os costumes. Todavia, esse termo já não correspondia à realidade dos bens juridicamente tutelados pelos tipos penais. Assim, em 2009 por meio da Lei nº 12.015, o Título VI do Código Penal passou a prever os chamados crimes contra a dignidade sexual (GRECO, 2014).

Essa nova nomenclatura se encaixou melhor no cenário contemporâneo, onde já não se via o comportamento sexual dos indivíduos, mas sim a sua dignidade sexual. A respeito dessa mudança, importante mencionar as seguintes palavras:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2017, p. 60).

O que o autor acima destaca é que a sociedade foi se modernizando, principalmente nas questões envolvendo a sexualidade. As preocupações e objetivos se modificaram. Se antes se buscava proteger a virgindade das mulheres, hoje se busca penalizar, por exemplo, a exploração sexual de crianças e adolescentes (GRECO, 2014).

Por meio desse diploma legal, foram reunidas os tipos penais do estupro e do atentado violento ao pudor (art. 213). Também fora implantado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A), dando fim a discussão que existia nos Tribunais, no que dizia respeito à natureza da presunção de violência, quando o delito era praticado contra vítima menor de 14 (catorze) anos.

Nessa mesma normativa, houve também a outras mudanças textuais, além de ampliar outras hipóteses não previstas anteriormente pelo Código Penal. Além disso, segundo Greco (2014, p. 03) “acertadamente, foi determinado pela nova lei que os crimes contra a dignidade sexual tramitariam em segredo de justiça (art. 234-B), evitando-se, com isso, a indevida exposição das pessoas envolvidas nos processos dessa natureza, principalmente as vítimas”.

Mesmo essa norma sendo de 2009, a sociedade continua mudando desde então. Com o avanço tecnológico, as práticas de cunho sexual se modernizaram. Com isso é possível verificar crimes sendo cometidos em redes de internet, celulares, dentre outros aparelhos que acabam servindo de objeto para a prática de crimes sexuais.

Como bem acentuam Souza; Herrea; Teotônio (2019, p. 02) houve uma maior “expansão criada pelo meio digital, no sentido de que com o avanço tecnológico adquirido pelo uso de webcams, de câmeras fotográficas e mais adiante as redes sociais e smartphones, a sociedade atual se tornou mais sexualizada”.

O que ocorreu com a tecnologia e que afetou na seara da prática de crimes sexuais foram, por exemplo, o aumento de produções pornográficas, a publicidade exarcebada de fotos e imagens com conotação sexual, ou de foro íntimo. Devido a isso, houve o crescimento de crimes sexuais, motivado em grande parte como forma de vingança, além de satisfação de lascívia ou até mesmo coisificação do homem sendo o corpo considerado apenas um produto comerciável (SOUZA; HERRERA; TEOTÔNIO, 2019).

Soma-se a esses fatores, o surgimento de smartphones, das redes sociais e meios de comunicação como WhatsApp, Telegram, e o chamado *sexting*. Formado pela junção dos termos *sex* (sexo) e *texting* (escrever), esse tipo de comportamento pode ser entendido como uma ação de origem sexual realizada através de mensagens de texto (SOUZA; HERRERA; TEOTÔNIO, 2019).

A par desses avanços, dentre os crimes sexuais, além dos já citados, há ainda o abuso sexual. Conceitualmente o abuso sexual pode ser entendido como “todo ato de natureza erótica, com ou sem contato físico, com ou sem uso de força” (LIMA, 2019, p. 22).

Em um conceito mais amplo, tem-se:

Abuso sexual infantil é todo envolvimento de uma criança em uma atividade sexual na qual não compreende completamente, já que não está preparada em termos de seu desenvolvimento. Não entendendo a situação, a criança, por conseguinte, torna-se incapaz de informar seu consentimento. São também aqueles atos que violam leis ou tabus sociais em uma determinada sociedade. O abuso sexual infantil é evidenciado pela atividade entre uma criança com um adulto ou entre uma criança com outra criança ou adolescente que pela idade ou nível de desenvolvimento está em uma relação de responsabilidade, confiança ou poder com a criança abusada. É qualquer ato que pretende gratificar ou satisfazer as necessidades sexuais de outra pessoa, incluindo indução ou coerção de uma criança para engajar-se em qualquer atividade sexual ilegal. Pode incluir também práticas com caráter de exploração, como uso de crianças em prostituição, o uso de crianças em atividades e materiais pornográficos, assim como quaisquer outras práticas sexuais (MOURA, 2021, p. 02).

No Brasil, o tratamento teórico dado ao abuso sexual contra crianças e adolescentes é visto sobre duas modalidades: intrafamiliar e extrafamiliar. No primeiro, o abusador (ou agressor) está ligado à pessoa da vítima por laços de consaguinidade (pais, mães, irmãos, avós, tios, etc.), legalidade (padrasto, madrasta, cunhado, etc.) ou afinidade (guarda, tutela, adoção, etc.). (RODRIGUES, 2017).

Na modalidade extrafamiliar, o abusador é a pessoa conhecida (ou desconhecida) da vítima que busca obter vantagem psicoemocional dessa relação. Tem-se como exemplo, os vizinhos, amigos, profissionais conhecidos pela vítima (professores, médicos, líderes religiosos, etc.) ou pessoas desconhecidas (RODRIGUES, 2017).

No campo legislativo, já existem normas que penalizam o ato de abusar sexual uma criança ou adolescente. Historicamente é preciso citar a Lei nº 9.970/2000 criada com base no caso conhecido “Caso Araceli”, ocorrido em 1973 em Vitória (ES). Nesse caso, a vítima - uma menina de apenas 8 anos - foi sequestrada, estuprada e morta por jovens de classe média alta. Mesmo com todos os seus direitos violados, o crime ficou impune. Em razão disso, criou-se uma estratégia de combate à violência sexual contra esses tipos de vítimas, surgindo assim a presente norma (PAIXÃO; NETO, 2020).

No Brasil, desde então, existem alguns artigos e normas que regulam diretamente o abuso sexual contra crianças e adolescentes. Para melhor entendimento sobre as principais normas, apresenta-se o Quadro 1:

QUADRO 1: LEGISLAÇÃO APLICADA AO CASO CONCRETO

ABUSO SEXUAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE SEM CONTATO FÍSICO	
Caso concreto: colocar a vítima em contato com materias pornográficos (revistas, filmes ou sites).	Legislação: Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): Art. 241-D Pena: reclusão, de 1 a 3 anos e multa
Caso concreto: deixar a vítima presenciar relações sexuais ou atos libidinosos.	Legislação: Código Penal: Art. 218-A Pena: reclusão, de 2 a 4 anos
ABUSO SEXUAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE COM CONTATO FÍSICO	
Caso concreto: estupro de vulnerável.	Legislação: Código Penal: Art. 217 A Pena: reclusão de 8 a 15 anos
Caso concreto: crime de estupro na modalidade omissão. Exemplo: mãe que não esboça reação para impedir que seu companheiro obrigue a filha menor de idade a ter com ele relação sexual.	Legislação: Código Penal: Art. 13, § 2º

Fonte: Elaborado pela autora (2022)

Além destes citados acima, a principal lei brasileira - Constituição Federal de 1988 - também regula os casos de abuso contra crianças e adolescentes; a saber:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...). §4. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

(BRASIL, 1988)

Nota-se pela legislação brasileira que existem diversas situações onde pode configurada o abuso sexual contra crianças e adolescentes. Nesses casos, a legislação penalista e o ECA trazem em seu texto, as penalidades aos abusadores que cometerem tais delitos. Isso é importante porque, mesmo que os números mostrem que o abuso sexual contra esses indivíduos ainda sejam praticados no dia a dia, a legislação brasileira não se ausentou de penalizar tais práticas.

Para melhor entendimento sobre o abuso sexual e a forma como ele é praticado, apresenta-se o tópico seguinte.

3. O ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Uma vez estabelecido o crime de abuso sexual, a sua prática tem sido detectada em grande parte contra mulheres, crianças e adolescentes. Os dados probabilísticos brasileiros mostram que esse público são os que mais sofrem o cometimento de abuso sexual. Para exemplificar essa afirmativa, mostra-se abaixo os dados já divulgados em estudos recentes no Brasil:

Entre os mais de 84 mil casos de violação de direitos registrados no Brasil em 2019, recebidos pelo Disque 100, estão negligência (73,07%), violência psicológica (47,07%) e violência sexual (24,19%). Dentro do contexto de violência sexual existem dois tipos de violações: o abuso e a exploração. A diferença entre os dois é que o primeiro é voltado para a satisfação de desejos, sem fins comerciais, e o segundo envolve gratificação, mercantilização e muitas vezes pode estar relacionado a redes criminosas (FERRAZ, 2020, p. 01).

Em dado mais recente, encontrou-se:

QUADRO 2 - RELATÓRIO DE ABUSO SEXUAL: DISQUE 100 (2020)

1º SEMESTRE ANO 2020 / PERÍODO: 01/01/2020 A 30/06/2020						
NÚMERO DE DENÚNCIAS: 53.525 // NÚMERO DE VIOLAÇÕES: 266.930						
Jan/2020	Fev/2020	Mar/2020	Abr/2020	Mai/2020	Jun/2020	Total
9.978	9.830	9.784	7.541	8.495	7.897	53.525

Fonte: ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (BRASIL, 2021).

Conforme acima exposto, nota-se que crianças e adolescentes são alvos fáceis de serem vítimas de abuso sexual. Por essa razão, Ferraz (2020, p. 02) entende que é de extrema urgência que se discuta sobre esse fato, uma vez que enquanto esse medo “existir, as crianças e adolescentes irão continuar sendo abusados e estuprados, como mostram os dados”.

As causas que levam à prática de abuso sexual contra esse grupo são variadas. Mas a priori, entende-se que crianças e adolescentes por serem indivíduos mais vulneráveis, são mais facilmente “ludibriados” a serem vítimas de abuso. Soma-se a isso, o fato de que crianças e adolescentes não possuem clareza e maturidade para detectar e enfrentar as situações de abuso aos quais estão expostas (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2017).

Como bem acentua Longo (2019, p. 12) os abusos sexuais contra crianças e adolescentes é vista como uma das formas de violências “mais velada e que se estrutura de modo muito amplo e complexo, sendo difícil a sua identificação de imediato”.

Para Lima (2019) em relação às causas há também de ponderar os aspectos sociais, culturais e econômicos. Nos aspectos sociais, em locais de baixa renda financeira como favelas e comunidades carentes, é mais perceptível que ocorra esses tipo de crime, o que de certo modo também é preciso destacar que esse fato não invalida a sua ocorrência em ambientes de maior poder aquisitivo, uma vez que o abuso sexual pode ocorrer em qualquer contexto.

Ainda segundo Lima (2019) no aspecto cultural, crianças e adolescentes são geralmente coagidos, violentados e explorados em grande parte em decorrência de haver um abuso de poder. Nesse ponto, é importante citar que o abusador possui uma conexão com a vítima por meio de superioridade ou influência. Por conta disso, é que se tem percebido que em muitos casos onde se configura um abuso sexual contra criança e adolescente, o ambiente da ocorrência seja no meio familiar.

Conceição et al. (2020) citam que o local onde a maioria dos casos de abuso sexual ocorre é dentro das residências das vítimas. Os autores afirmam que muitas crianças são abusadas sexualmente por algum dos genitores ou parentes próximos. Nessas situações, verifica-se um abuso de poder por parte do abusador, que utiliza a proximidade familiar com a vítima para abusá-la.

Em relação ao perfil do abusador, Cruz et al. (2021) explicam que no geral os abusadores são adultos, em sua maioria homens, e que usam a relação sexual para satisfazer seus próprios desejos e/ou obterem vantagens, relacionada a fins comerciais ou não.

O *modus operandi* é também analisado quando se fala em abuso sexual a esse grupo. Conforme acentuam Paixão; Neto (2020) o abusador utiliza diversas ferramentas para cometer o crime, que vão desde o uso da intimidação física e psicológica, a manipulação, chantagem, ameaça e outras ações. Uma vez que exista um cenário de poder, como por exemplo, num contexto familiar, o abusador se utiliza desse fato para intimidar ou manipular a vítima, que na maioria dos casos acaba cedendo.

Ainda sobre essa questão, o abusador usa de alguns artifícios para praticar o crime. Ribas (2019) explica que é possível verificar o sadismo, a ameaça e a indução da vontade. No primeiro caso, o abusador para se satisfazer sexualmente, necessita provocar a vítima. Essa dor pode ser tanto física quanto emocional. No caso da dor física há o espancamento, queimaduras, dentre outras ações. Na dor emocional, existe os insultos, humilhações, imprimir pânico, etc.

A ameaça, nesses casos, pode não existir o emprego da força física. Nele o elemento marcante é o sofrimento psicológico. As ameaças no geral, são realizadas em desfavor da vítima ou alguém próximo que tenha relação afetiva com ela. Importante destacar, que quanto mais nova a vítima for (faixa etária), maior será a probabilidade da ameaça ser bem sucedida (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2017).

Por fim, no caso de indução da vontade, não serão utilizados força física ou ameaças para que o abuso sexual seja efetivado. Há apenas uma indução da vontade da vítima por meio de presentes, promessas e concessões de privilégios. Cabe lembrar que, ainda que não seja configurada a violência física ou a ameaça, a violência psicológica subsiste (LONGO, 2019).

Justamente por serem praticados em sua grande maioria no seio familiar é que as vítimas muitas das vezes não denunciam o abuso sofrido e menos ainda ajudam a identificar o abusador. Ribas (2019, p. 12) acentua que “em certos ambientes, a vergonha e o status velam os abusos sofridos e são silenciados entre quatro paredes”.

Azeredo (2021) aduz que muitos abusos sexuais não são denunciados porque há o desconhecimento de como ajudar, pelo medo de se expor, por não identificar uma situação de abuso ou por entender que esses abusos são normais. Justamente por isso, é que, como bem frisam Oliveira et al. (2020) é necessário que a sociedade como um todo não venha a normalizar ou ser complacente a esses fatos. Dar crédito às vítimas é o primeiro passo para que o abusador seja penalizado e que o processo de abuso seja sanado.

A esse respeito, Faiman (2017) afirma que a família muitas vezes não acredita na vítima. Por se tratar de crianças, por exemplo, acreditam que elas estariam 'criando' uma situação ilusória ou que poderiam estar sendo influenciadas por terceiros para prejudicar o abusador. Esse fato acaba por gerar um descrédito com esse tipo de vítima.

Nota-se que a abordagem com vítimas crianças e adolescentes nos crimes sexuais é de enorme complexidade. No entanto, é preciso que o Poder Público, a família e a sociedade não gerem um impedimento que faça com que essas vítimas continuem silenciadas e ainda sofrendo os abusos (FAIMAN, 2017).

Os efeitos do abuso sexual nas crianças e nos adolescentes são de todo modo graves, porque perpetuam ao longo de todo o seu desenvolvimento humano, deixando sequelas difíceis de serem esquecidas ou superadas. As marcas do abuso sexual nessas vítimas não são apenas físicas, mas psicológicas e morais, afetando toda a sua personalidade e integridade.

Nesse contexto, Reinach; Burgos (2021) explicam que para além dos efeitos mais visíveis e imediatos desta violência, tais como gravidez indesejada, lesões físicas e doenças sexualmente transmissíveis, vítimas de abuso sexual com frequência sofrem de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), depressão, ansiedade, transtornos alimentares, distúrbios sexuais e do humor, maior uso ou abuso de álcool e drogas, comprometimento da satisfação com a vida, com o corpo, com a atividade sexual e com relacionamentos interpessoais.

Com isso, fica evidente observar que os efeitos na vítima são enormes e de grande impacto no seu desenvolvimento futuro enquanto cidadão. Crianças abusadas sexualmente tendem a serem mais propensas a desenvolverem diversos problemas psicológicos no futuro, tanto na adolescência quanto na fase adulta. De todo modo, é afirmativo dizer que o abuso sexual traz prejuízos de toda ordem para as suas vítimas.

4. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Feitas as considerações necessárias sobre a criminalização do abuso sexual, é preciso discutir de que forma esse crime é processado no contexto jurídico. Primeiramente, a vítima, depois de lavrar o boletim de ocorrência, será intimada. Nesse primeiro momento também será chamada as testemunhas para prestarem depoimentos. Essas informações serão colhidas por profissionais capacitados e em ambientes de acolhimento, para que não haja uma revitimização. Ainda nesse momento, poderá ser disponibilizado atendimento médico, social ou psicológico (MACHADO, 2021).

No que tange ao atendimento médico, este consiste na realização de exames de perícia (exame de corpo de delito) realizados no Instituto Médico Legal (IML), que é o

responsável por elaborar o laudo, que constará, dentre outras informações, os vestígios de DNA. No atendimento psicossocial, este poderá ser oferecido, gratuitamente, pelo Centro de Atenção Psicossocial (Caps) municipal (MACHADO, 2021).

Nesse sentido, apresenta-se o seguinte julgado:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. PROVAS. REGIME PRISIONAL. 1 - **As declarações firmes e coesas da vítima** - criança - de que o réu cometeu abuso sexual contra ela, **corroboradas pelo depoimento de testemunhas e laudo de exame de corpo de delito, são provas suficientes** do crime de estupro de vulnerável. 2 - Conquanto primário o acusado, fixada a pena superior a 4 anos de reclusão, não estão presentes os requisitos do art. 33, § 2º, do CP. O regime prisional é, portanto, o semiaberto. 3 - Apelação não provida. (07012989220208070008 - (0701298-92.2020.8.07.0008 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDF. 2º Turma Criminal. Relator: Jair Soares. Data do Julgamento: 10/02/2022. Publicado no DJE: 22/02/2022). (grifo meu)

Em seguida, a autoridade policial competente iniciará o inquérito policial (procedimento administrativo investigativo) onde irá apurar as infrações penais, bem como a identificação do abusador. Após, serão encaminhados os autos ao fórum para aforamento e para manifestação do Ministério Público. Uma vez estando os autos de posse do MP, este terá o prazo de 5 (cinco) dias para verificar o caso e as provas colhidas, solicitando diligências para a conclusão e andamento do processo (MACHADO, 2021).

Concluído o inquérito policial, a autoridade policial elaborará o relatório final e este será encaminhado ao Ministério Público, que poderá se manifestar de três formas: solicitando mais diligências, solicitando o arquivamento ou oferecendo a denúncia. No caso da última hipótese, na situação onde haja rejeição liminar (art. 395 do Código de Processo Penal), o juiz determinará que seja expedido mandado de citação em relação ao (s) acusado (s). Uma vez citado (s), dar-se início a contagem de prazo de 10 (dez) dias para apresentação da defesa por escrito, contados a partir do dia útil subsequente (MACHADO, 2021).

Recebida a resposta à acusação, não havendo absolvição, será designada a audiência de instrução, debates e julgamento, que contará com a participação da vítima, do réu e das testemunhas. Após os debates, o juiz proferirá a sentença com a condenação e imposição da pena e regime ou absolvição do réu (MACHADO, 2021).

A jurisprudência brasileira já vem decidindo a respeito da situação aqui discutida.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. PROVAS ROBUSTAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. **PALAVRAS DA VÍTIMA CORROBORADAS COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS.** RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME DE AMEAÇA, PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RECURSOS DESPROVIDOS. 1. A vítima relatou, nas duas oportunidades em que foi ouvida (aos dez e aos onze anos de idade), com absoluta coerência e firmeza, **ter sofrido abuso sexual por parte do companheiro de sua avó, quando tinha entre 3 e 10 anos de idade, época em que residia com o réu e a avó materna.** Os pais da vítima confirmaram que ela lhes relatou os abusos sofridos, apresentando versões consoantes com aquelas prestadas pela criança às autoridades estatais. 2. Em crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima reveste-se de especial valor probante, sobretudo quando em harmonia com os demais elementos dos autos, como o caso em comento, formando um conjunto probatório suficientemente hábil a fundamentar o decreto condenatório. 3. Nos crimes contra a liberdade sexual, a materialidade pode ser provada de variadas maneiras, não somente pelo laudo de exame de corpo de delito, pois, não raramente, essas agressões não deixam vestígios. 4. Sendo as ameaças proferidas para consumir e dar continuidade a série de abusos sexuais contra a vítima, correta a absorção pelo crime de estupro, não constituindo crime autônomo. 5. Recursos desprovidos. (07204091420198070003 - (0720409-14.2019.8.07.0003 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 2º Turma Criminal. Relator: Silvanio Barbosa dos Santos. Data do Julgamento: 02/12/2021. Publicado no PJe: 13/12/2021). (grifo meu)

No entanto, é importante reportar, que no caso de abuso sexual envolvendo menores e adolescentes, as provas devem ser incontestáveis, ou seja, não devem deixar margem para dúvidas. Caso isso ocorra, pode o magistrado rejeitar a denúncia. A título de exemplo, mostra-se o presente julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. FAMÍLIA. SUSPENSÃO DE DIREITOS DE VISITAS DO PAI. MELHOR INTERESSE DO MENOR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. **ABUSO SEXUAL. PROVAS INSUFICIENTES.** NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SENTENÇA CASSADA. 1. Nas ações em que se busca a posse e guarda de menor ou regulamentação de visitas, prepondera a pesquisa

acerca do melhor interesse da criança. Das provas produzidas no feito, deve-se perscrutar qual o resultado que mais se compatibiliza ao postulado da proteção integral, sobretudo, **quando houver fortes divergências entre os responsáveis legais, inclusive com mútuas e graves acusações**. 2. Malgrado os graves fatos aduzidos nos relatórios psicológicos lavrados por profissionais contratados pela própria genitora demandassem uma prudente averiguação, senão na esfera criminal, na cível, a fim de que fossem minimamente confirmados em juízo, por si sós, eles não se prestam a embasar a conclusão a respeito dos pontos que restaram controvertidos na lide, mormente, **por haver razoáveis indícios contrários acerca do hipotético abuso sexual alegado no curso do processo**, sem olvidar que as informações foram prestadas apenas pela própria genitora que os contratou, foram realizados por videoconferência e sem oitiva especial da menor, em nítida violação das normas legais de regência (Lei n. 13.431/17, art. 4º, §1º). [...]. (07090976520208070016 - (0709097-65.2020.8.07.0016 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDF. 6º Turma Cível. Relator: Alfeu Machado. Data do julgamento: 09/02/2022. Publicado no DJE: 16/02/2022) (grifo meu)

No caso acima, o magistrado não acatou a denúncia de abuso sexual, porque não fora identificado os indícios e provas necessários para configurar que de fato houve o abuso sexual. Isso é importante destacar, porque o abuso sexual para que seja devidamente penalizado, é necessário que se tenha todas as provas colhidas de modo a não ensejar dúvidas ou questionamentos.

De todo modo, nos casos de abuso sexual, a prova oral, consubstanciada pelos depoimentos da vítima e testemunhas quando demasiadamente firme e inexistindo o menor resquício de dúvida de que o acusado praticou as condutas descritas na denúncia, o magistrado por si só poderá penalizar o abusador. Destaque-se que em infrações penais como a que se discute nesse estudo, a palavra da vítima possui especial relevância, servindo, inclusive, para amparar decreto condenatório, sobretudo porque ao realtar as situações de abuso em Juízo de maneira coerente em relação às declarações que prestou na fase inquisitorial e a sua palavra foi corroborada pelo testemunho de seus pais (CRUZ et al. 2021).

Vale lembrar, consoante a súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor catorze anos de idade é absoluta, logo, nem mesmo o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, a existência de experiência sexual anterior ou de relacionamento amoroso com o

agente são capazes de tornar atípica a conduta prevista no artigo 217-A, "caput", do Código Penal.

Ainda no campo jurisprudencial, os efeitos causados às vítimas também devem ser observados quanto à aplicação da pena, na fase de dosimetria da pena. Nesse sentido, há algumas decisões onde se verifica uma pena maior inicialmente justamente fundamentada pelos efeitos que o crime traz e continuará trazendo para a vítima, conforme se verifica abaixo:

As consequências do crime exigem resposta penal mais severa, pois, em face da conduta empreendida pelo réu, a vítima passou a ter problemas psicológicos, o que continuará a ter possivelmente por toda sua vida, fazendo-se necessário acompanhamento especializado, pois os fatos causaram consequências traumáticas muito maiores do que as esperadas para o tipo penal, razão pela qual se impõe maior censura penal, conforme se depreende do Parecer Técnico 104/2019 do NERCRIA ((07204091420198070003 - (0720409-14.2019.8.07.0003 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDF. 2ª Turma Criminal. Relator: Silvanio Barbosa dos Santos. Data do Julgamento: 02/12/2021. Publicado no PJe: 13/12/2021).

Analisado os posicionamentos jurisprudenciais, para que o abuso sexual contra crianças e adolescentes sejam de fato sanados, não basta apenas aplicar a lei e condenar o réu. É preciso ir mais além, efetivando medidas eficazes de prevenção.

Como bem afirmam Oliveira et al. (2020) a prevenção é um caminho para reduzir as tristes estatísticas e mais do que tudo, cuidar do futuro das crianças e dos adolescentes. Nesse caso, esse autor defende que a orientação sexual, por exemplo, é uma medida que ajudar a prevenir esses crimes. Para ele, a escola, por possuir um importante papel socializador e didático, pode implementar na sua grade escolar, o ensino sobre a sexualidade.

Corroborando com o entendimento acima, Azeredo (2021) acrescenta que a escola deva incluir o ensino sexual para seus alunos, pois assim é que cada uma será capaz de perceber e evitar situações de violência sexual, por exemplo.

Borges; Souza (2018) completam afirmando que "é necessário criar pessoas solidárias e que dentro das escolas e nas famílias existam a discussão de gênero, que é o ponto mais importante para uma cultura de paz, de uma sociedade mais justa e igualitária, onde crianças e adolescentes venham a ser tratados como sujeitos de direitos".

Soma-se a ação de educação sexual nas escolas e a implantação de diálogos dentro

das famílias, há também que ter maior participação do Poder Público. In casu, deve-se ter maior desenvolvimento de políticas públicas que tragam medidas de prevenção para esses casos. Nos dizeres de Nogueira (2020), tudo esbarra nas políticas públicas. Quando se tem crianças fora da escola, elas estão vulneráveis e correndo risco de abuso sexual. Quando não existe centros de saúde suficientes, essas pessoas não estão sendo orientadas de forma adequada com relação a essas violações. Isso acaba por abrir caminho para que o abuso sexual seja praticado.

Ademais, Azeredo (2021) explica que famílias desempregadas, falta de moradia, ausência de apoio social e queda no ensino, fazem com que crianças e adolescentes não tenham acesso aos serviços básicos, o que conseqüentemente gerará uma maior exposição a situações de risco, como o abuso sexual. Assim, para que esse crime não seja praticado, é preciso que sociedade civil, Poder Público, centros de ensino e famílias estejam unidos para que o abuso sexual não prospere.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abuso sexual vem representando um dos maiores problemas enfrentados pela sociedade e pelo Poder Público, vez que devasta vidas humanas e fere integralmente o princípio da Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana.

Sociologicamente o abuso sexual, é sempre uma forma desumana, que se utiliza de meios para coagir as vítimas que, na sua maioria vive em um contexto desprovido de condições dignas de vida, pobreza, desemprego, fome, falta de moradia, dentre outros problemas.

Nesse contexto, a par de entender que qualquer indivíduo pode ser vítima de um abuso sexual, é consenso que as principais vítimas dessa ação são as mulheres, crianças e adolescentes. Conforme já explicitado, nesse estudo focou-se em analisar o abuso sexual contra crianças e adolescentes, por entender que eles são as vítimas que mais possuem os efeitos negativos dessa prática, e que por serem indivíduos vulneráveis, estão mais propensos a ser tornarem vítimas.

No decorrer desse estudo, ficou evidente que as crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual sofrem enormes abalos emocionais e psicológicos, além dos eventuais danos físicos. Muitos irão carregar para sempre o estigma de ter vivenciado essa prática delituosa.

Em que pese a norma brasileira penalizar todo tipo de abuso sexual, o que se verificou é que esse crime pode ser prevenido. Para isso é preciso que haja a junção da sociedade, do Poder Público, dos centros de ensino e principalmente das famílias, sendo esta última a mais importante, haja vista que - como fora apresentado nesse trabalho - é

no ambiente familiar que surgem a maioria das ocorrências de abuso sexual contra crianças e adolescentes.

Sem mais delongas, firma-se entendimento de que o abuso sexual deve ser amplamente combatido com ainda mais firmeza e eficiência por parte do Poder Público. Não basta apenas aplicar à Lei, é preciso que na prática a sociedade e as famílias estejam preparadas para aplicar medidas preventivas, e em caso de ocorrer o abuso sexual, possa dar suporte à vítima de modo seguro e digno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEREDO, Paula Prestes. **Depoimento sem dano nos casos de abuso sexual: uma análise dos procedimentos de escuta de crianças e adolescentes previstos na Lei nº 13.431/2017**. Revista Processus Multidisciplinar, [S.l.], v. 2, n. 4, p. 716-730, nov. 2021.

BORGES, Gláucia; SOUZA, Ismael Francisco de. **A escuta qualificada e o depoimento especial: desafios da lei no 13.431/17 na busca da não revitimização de crianças e adolescentes**. XV Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. Senado Federal. **Código Penal de 1940**. Brasília: Senado Federal, 2008.

_____. Senado Federal. **Lei n. 7.210/84**. Lei de Execução Penal. Brasília: Senado Federal, 2008.

CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo; COSTA, Liana Fortunato; PENSO, Maria Aparecida; WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque. **Abuso sexual infantil masculino: sintomas, notificação e denúncia no restabelecimento da proteção**. *Psicol. clin.* 2020, vol.32, n.1, pp. 101-121 .

CRUZ, Moniky Araújo da et al. **Repercussões do abuso sexual vivenciado na infância e adolescência: revisão integrativa**. *Ciência & Saúde Coletiva*. v. 26, n. 4, pp. 1369-1380. 2021.

FAIMAN, Carla Julia. **Abuso sexual em família: a violência do incesto à luz da Psicanálise**. 2. ed. Ed: Casa do Psicólogo, 2017.

FERAZ, Ariany. **Precisamos falar sobre abuso e violência sexual de crianças e adolescentes**. 2020. Disponível em: <<https://feac.org.br/precisamos-falar-sobre-violencia-sexual-de-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2014. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-adignidadese sexual>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

LIMA, Patricia dos Santos Lages Prata. **Abuso Sexual Infantil através de gerações**. 1º ed. Editora: Juruá, 2019.

LONGO, Márcia. **Abuso Sexual na infância: como lidar com isso?** 2º ed. Editora: Clube dos Autores, 2019.

MACHADO, Lara Florêncio. **Sociedade deve ser vigilante contra o abuso sexual de crianças e adolescentes**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/lara-machado-abuso-sexual-criancas-adolescentes>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

MOURA, Andreina. **Alguns aspectos sobre o abuso sexual contra as crianças**. 2021. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-75.html>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

NOGUEIRA, Raiane Nunes. **Distorções cognitivas de ofensores sexuais em interação grupal e familiar**. 2020. Programa de Pós-Graduação em Psicologia (Tese Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília.

OLIVEIRA, Camili Cardoso Gomes de; FREITAS, Daiane Ferreira de; CASTRO, Kessili Monteiro de; SILVA, Gilmara Belmiro da. **Abuso sexual infantil**. Monumenta - Revista Científica Multidisciplinar, 7(1), 35–44. 2020.

PAIXÃO, Érica Sousa; NETO, João Clemente Souza. **O abuso sexual de crianças e adolescentes: considerações sobre o fenômeno**. Riscos, Segurança Comunitária, Emergência e Proteção Civil. Revista Territorium, n.º 27 (I), 2020.

REINACH, Sofia; BURGOS, Fernando. **Violência contra Crianças e Adolescentes no Brasil: a urgência da parceria entre educação e segurança pública**. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2021.

RIBAS, Ana Luísa da Silva Dias. **A prova testemunhal no âmbito do direito probatório: Valoração do depoimento da criança vítima de abuso sexual**. 2.º Ciclo de Estudos em Direito. Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, 2019.

RODRIGUES, Maria Natividade Silva. **Violência Intrafamiliar: O Abuso Sexual Contra Crianças e Adolescentes**. Jundiá, Paco Editorial: 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes**. 1º ed. Editora: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SOUZA, Gabriel Vinicius de; HERRERA, Larissa; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **A contemporaneidade e a tipificação dos crimes sexuais**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76335/a-contemporaneidade-e-a-tipificacao-dos-crimes-sexuais>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUA EFICÁCIA NA PERSECUÇÃO PENAL

HINGRID CABRAL PEREIRA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG¹⁰³.

ALEXANDRE ORION REGINATO¹⁰⁴

(orientador).

ANNA KARLA RIBEIRO SOUZA¹⁰⁵

(coorientadora).

RESUMO: O reconhecimento de pessoas é um procedimento previsto no Capítulo VII do Código de Processo Penal, normalmente realizado na fase de investigação criminal, que busca averiguar traços e características do suposto criminoso. Pode-se definir como sendo o ato pelo qual se afirma ser certa a identidade de uma pessoa. Dessa maneira, o presente trabalho tem como objetivo apresentar o conceito, as características e os métodos que são utilizados para o reconhecimento de pessoa, abordando sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo essa linha de raciocínio, debatê-lo sob o viés da psicologia, tratando a respeito das falsas memórias e as distorções provocadas pela mente humana devido ao grande abalo emocional; tratar quanto a credibilidade do depoimento da vítima;

103 E-mail: hingridcabral05@gmail.com

104 Pós doutorando na Universidade do Vale do Itajaí com investigação na Universidade de Perugia - Itália. Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Processo Civil e Cidadania na linha de pesquisa Relações Negociais pela Universidade Paranaense, (bolsista CAPES, 2014-2016), Pós Graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídico na LFG (384hrs / 2013-2014) e Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela LFG (420hrs-2014-2016), membro do Projeto de Pesquisa Científica - Tutela Jurisdicional Executiva e Garantias Fundamentais perante o Novo CPC - COPIC - Universidade Paranaense (2014), sob orientação do Professor Fabio Caldas. Graduado pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS), advogado (OAB 18.210) e diretor jurídico pela Associação Comercial e Empresarial de Naviraí (ACEN/ 2014 até hoje). É Membro da Comissão Estadual sobre Estudos do Novo Processo Civil na OAB - MS (Resolução no 65/2014. Tem experiência na área do direito empresarial e afins. É professor de direito comercial (I e II) e de eleitoral pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul. Parecerista da Revista de Direito Empresarial (RDEmp) desde 2017. Professor na disciplina direito comercial na Pós-Graduação Lato Sensu MBA em Gestão de Negócios da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Foi Professor Adjunto na Fundação Universidade Pública de Rio Verde - Portaria n 2.424, sem dedicação exclusiva (aprovado em 1º lugar). Atualmente é docente da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: alexandreorion@usp.br.

105 Possui graduação em Direito pela Fundação UNIRG (2016). Pós Graduada em Direito na Internet pela FAEL (2019). Advogada OAB-TO 8240 (2017 - presente). Atualmente é gerente de núcleo - Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos das mulheres e direitos humanos. E-mail: annakarlars@outlook.com.

abordar sobre como a justiça brasileira tem se posicionado acerca do tema; e discutir sobre as injustiças que podem ser cometidas, levando a danos irreversíveis, como a violação do direito fundamental à liberdade. Ademais, essa pesquisa valer-se-á do método dedutivo de caráter qualitativo, tendo por base a técnica de análise bibliográfica e documental. Por fim, importa demonstrar se o procedimento de reconhecimento de pessoas possui eficácia e as consequências de não serem observadas as recomendações legais desse instituto.

Palavras-chave: Reconhecimento. Pessoas. Eficácia. Processo Penal.

ABSTRACT: Recognition of persons is a procedure provided for in chapter VII of the Criminal Procedure Code, normally carried out in the criminal investigation phase, which aims to verify traits and features of the alleged criminal. It can be defined as the act of identifying a person is asserted to be certain. In this way, the present work aims to present the concept, characteristics and methods that are used for person recognition, addressing its effectiveness in the brazilian legal system. Following this line of reasoning, discuss it under the umbrella of psychology, dealing with false memories and the distortions caused by the human mind due to the great emotional impact; address the credibility of the victim's testimony; address how brazilian justice has positioned itself on the subject; and discuss about the injustices that can be committed, leading to irreversible damages, such as the violation of the fundamental right to freedom. Furthermore, this research will make use of the deductive method of qualitative character, based on the technique of bibliographic and documental analysis. Finally, it is important to demonstrate whether the person recognition procedure is effective and the consequences of not observing the legal recommendations of this institute.

Keywords: Recognition. People. Efficiency. Criminal proceedings

Sumário: 1. Introdução. 2. Reconhecimento de Pessoas. 2.1 Conceito. 3. Os métodos de reconhecimento. 3.1 Do reconhecimento fotográfico. 4. As falsas memórias. 5. Do valor probatório do reconhecimento. 6. A justiça brasileira. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As provas são os meios pelos quais o juiz formará sua convicção, procurando sempre alcançar a verdade substancial e garantia do devido processo legal. Assim, encontra-se relacionado no título de provas o reconhecimento de pessoas que, por sua vez, rodeado de críticas com relação sua confiabilidade, merece abordagem mais profunda.

O presente trabalho é resultado de pesquisa voltada ao sistema acusatório brasileiro, trazendo como tema o instituto do reconhecimento de pessoas, procedimento contemplado e inserido pela legislação processual penal no capítulo VII, mais especificamente em seu artigo 226 do CPP. Tal procedimento tem como finalidade

principal contribuir nas investigações, chamando a vítima, bem como as testemunhas que presenciaram o ocorrido, a identificarem o suposto responsável do fato típico praticado.

O mencionado dispositivo traz, no enunciado do seu *caput*, juntamente com os incisos, como deve proceder-se, ou seja, como deverá ser realizado o ato de reconhecimento de pessoas. “Por reconhecimento de pessoas compreende-se o ato pelo qual não apenas vítimas ou testemunhas, mas também acusados ou investigados identificam terceira pessoa. Não se trata de ato informal, estabelecendo o art. 226 do CPP as formalidades de sua efetivação [...]” (AVENA, 2021, p. 627).

Explica o doutrinador Heráclito Antônio Mossin que:

A pessoa que deve ser reconhecida normalmente é aquela que está indiciada em inquérito policial ou aquela sobre a qual recai a suspeita de ter cometido o crime que está sendo investigado. Assim, o reconhecimento pode visar a robustecer mais ainda a prova da autoria ou solucionar possível dúvida sobre ela. O reconhecimento pode ser feito pela vítima ou por qualquer pessoa que possa eventualmente identificar o autor de um fato punível. (2010, p. 108)

Faz-se imperiosa a abordagem desse assunto, haja vista as lacunas existentes a respeito do procedimento. Além disso, busca-se uma análise crítica com relação a efetividade desse método de identificação de pessoas, pois diversas são as discussões quanto à credibilidade do depoimento do ofendido. Ainda, segundo Mossin:

A palavra da vítima, embora enseje um valor probatório relativo, pois, in-variavelmente, tem ela interesse particular no deslinde da ação penal, notada-mente quando a sentença condenatória serve-lhe de título executório no juízo cível, é de considerável valia para que a polícia judiciária possa proceder suas investigações. (MOSSIN, 2010, p. 108)

Embora seja uma peça importante para apuração das provas coletadas na fase preliminar para persecução penal, há vários fatores que implicam na aferição do delito, sendo passível de erros que, eventualmente, podem ocasionar danos irreversíveis.

Destarte, cabe discorrer acerca da identificação por meio fotográfico, suas contribuições nas diligências policiais, apontando sua importância como elemento de prova e de que maneira deve ser utilizado. Este mecanismo também é digno de uma melhor investigação, sobretudo por não ter uma previsão legal.

Neste ínterim, é necessária uma verificação voltada ao viés da psicologia, uma vez que o procedimento de reconhecimento de pessoas deve ser executado em moldes

precisos e confiáveis e este, por sua vez, depende dos processos cognitivos do ser humano para identificar o responsável pelo crime. Assim, é de grande relevância tratar sobre a falha da memória humana ao reconhecer o sujeito, visto que a mente pode ser levada a uma falsa percepção no momento em que a vítima é colocada de frente para o provável autor do crime.

Stein (2010) explica que os estudos das falsas memórias tiveram uma grande relevância para o meio jurídico, menciona inclusive que os destaques foram principalmente aos estudos que estavam relacionados à fidedignidade no relato das testemunhas de contravenções em geral.

Em breve conceito do tema que será aprofundado mais à frente, as falsas memórias podem se classificar como um falso positivo em que a vítima, muitas vezes pelas circunstâncias do momento, o nervosismo ou trauma, não consegue lembrar-se de determinados acontecimentos.

Rafael Francisco França (2018) assevera que a identificação de pessoas é um meio de prova *irrepetível*, pois uma vez realizado, tendo um apontamento positivo com relação ao acusado, não é possível que se faça uma nova submissão sem se observar as regras prevista em lei. Nesse vértice, se o procedimento conduzido com as devidas formalidades já é suscetível à falhas, imensurável seria sem os preceitos corretos.

Diante disso, o artigo buscará responder os seguintes questionamentos: Os métodos de reconhecimento de pessoas, utilizados pelo Código de Processo Penal, realmente possuem eficácia, ou funcionam apenas como uma forma incriminadora, violando o direito à liberdade?

A falta da observância dos requisitos legais descritos na norma processual penal com relação ao reconhecimento de pessoa suspeita do fato típico praticado, poderia ser, em tese, o problema que prejudica a credibilidade da eficácia desse procedimento legal?

Por outro lado, o abalo psicológico causado por um assalto, por exemplo, implicaria prejuízo no reconhecimento de suspeito? A vítima, devido ao grande abalo emocional causado pelo evento delituoso, seria capaz de afirmar com plena certeza a identidade do autor do crime? Ou poderia esta, de forma temerária, apontar um inocente?

Ademais, o desenvolvimento do trabalho tem como base o método dedutivo, uma vez que será analisado sob o prisma dos requisitos legais contemplados pelo Código de Processo Penal, os posicionamentos jurídicos e doutrinários que envolvem o reconhecimento de pessoas, bem como, sob o viés da psicologia, de como memória humana pode levar a um falso positivo de um episódio vivenciado.

2.RECONHECIMENTO DE PESSOAS

2.1 Conceito

O reconhecimento de pessoa é um procedimento descrito pelo Código de Processo Penal, contemplado em seu artigo 226, trazendo o rol de métodos a serem utilizados na fase de investigação criminal, o qual tem como objetivo a identificação do suposto autor do fato típico praticado, para que seja iniciada ou prosseguida a persecução penal. Assim, a doutrina traz vários conceitos para compreender o que vem a ser esse procedimento em si.

Nesse sentido, Fernando Tourinho Filho explica que “Reconhecer é admitir como certo, afirmar, verificar. Reconhecimento é o ato ou efeito de reconhecer. Assim, reconhecimento é o ato pelo qual se faz a verificação e a confirmação da identidade da pessoa ou coisa que exibida.” (2012, p. 377).

Uma outra definição, para aclarar, emerge que “é o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa.” (NUCCI, 2020, p. 286)

Esse ato de reconhecer é a forma pela qual se procura reconstruir um fato, acontecimento passado, de maneira a esclarecer o que realmente ocorreu naquele determinado episódio, afim de que as informações colhidas possam contribuir nas investigações, e, posteriormente, na ação penal.

Sendo assim, “trata o reconhecimento de um cotejo entre elementos atuais e passados, capazes de propiciar a identidade de determinada pessoa ou coisa.” (CUNHA e PINTO, 2021, p.737).

Um ensinamento interessante traduz que o “reconhecimento é o resultado de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada. Reconhece-se uma pessoa ou uma coisa quando, vendo-a, se recorda havê-la visto anteriormente” (ALTAVILLA, apud NUCCI, 2020, p. 286).

Ainda nesse contexto, verifica-se que há diversas definições quanto ao reconhecimento de pessoa, dessa forma cabe definir, neste trabalho, como sendo um procedimento que visa averiguar e identificar traços que confirmem a identidade do autor do delito.

Borges de Rosa, citado por Fernando Tourinho explica “que se trata da “verificação da identidade da pessoa ou da coisa, no sentido de distingui-la de qualquer outra, ou de evitar que ela seja confundida com qualquer outra semelhante.” (ROSA, apud TOURINHO, 2012, p.377)

Quanto à sua natureza jurídica, algumas controvérsias se instalam a respeito desse procedimento. De um lado, a doutrina minoritária entende o reconhecimento de pessoas não como um meio de prova, mas um elemento informativo, um ato instrutório informativo da investigação. Já por outro lado, a doutrina majoritária que segue, conforme as lições de Bento de Faria, pautada colocação de que “valha por si só, ou como complemento de outra prova, é sempre um elemento probatório que não deve ser desprezado pelo Juiz, por constituir mesmo, em certos casos, a base do procedimento penal.” (FARIA, apud CUNHA e PINTO, 2021, p. 737).

Seguindo essa linha de raciocínio, o Ilustríssimo Guilherme de Souza Nucci pontua que:

Trata-se de meio de prova. Através do processo de reconhecimento, que é formal, como se verá a seguir, a vítima ou a testemunha tem condições de identificar (tornar individualizado) uma pessoa ou uma coisa, sendo de valorosa importância para compor o conjunto probatório. (NUCCI, 2020, p. 286)

Diante disso, é evidente que a maior parte da doutrina considera como meio de prova fundamental, principalmente os operadores do direito, construtores da jurisprudência pátria, conferem ao reconhecimento de pessoas peso probante e de grande relevância para se processar as investigações e também para a instrução criminal.

3.OS MÉTODOS DE RECONHECIMENTO

Como mencionado, o procedimento de reconhecimento de pessoas, encontra-se no Código de Processo Penal, contemplado no título de provas.

Ao tratar sobre os métodos, é de extrema relevância apontar duas espécies de reconhecimento de pessoas, considerados pelo Processo Penal, que são o formal e o informal. O primeiro, pode-se dizer como sendo aquele que derivada da lei propriamente dita, observando as formalidades impostas pela legislação, afim de tornar o ato válido. O segundo é o informal que, embora não atenda as formalidades legais, é brilhantemente explicado por Adalberto Camargo Aranha, que elucida que:

Contudo, como adotamos o sistema das provas amplas e não somente as taxativamente enumeradas, bem como o da convicção condicionada, podemos aproveitá-la como uma prova, inominada, nunca como reconhecimento, dando um valor de acordo com a convicção do julgador. (ARANHA Apud, CUNHA e PINTO, 2021, p. 739)

No ordenamento jurídico, entende-se por reconhecimento informal aquele realizado judicialmente, ou seja, perante o juiz. Esse tipo de reconhecimento, diferente daquele realizado na fase de investigação criminal, não necessariamente segue as formalidades impostas em lei, uma vez que as pessoas chamadas a fazerem a identificação não assinam um auto pormenorizado confirmando terem reconhecido o autor do fato.

Suas divergências podem ser melhor esclarecidas pelo ilustríssimo Fernando Capez (2019), o qual leciona que o Código de Processo Penal, em seu inciso III, artigo 226, trouxe providências para que qualquer pessoa chamada a fazer o reconhecimento, em casos de constrangimento ou intimidação, ter garantida sua confidencialidade pessoal, afim de se obter o máximo de efetividade ao ato.

Nesse sentido, o referido diploma determinou que perante o plenário ou durante a instrução criminal não poderia ser aplicado o disposto no inciso III do mencionado artigo, tendo em vista que os princípios do contraditório e ampla defesa garantem ao réu o direito de saber quais provas ou alegações serão usadas para incriminá-lo. Dessa forma, tanto as vítimas, quanto as testemunhas, deverão realizar o reconhecimento face a face ao réu.

O legislador, ao redigir mencionada lei, implementou uma solução no art. 217 do CPP. Assim, caso a vítima ou testemunha não se sinta confortável em realizar reconhecimento frente a frente ao acusado, seria possível a realização da audiência por meio de vídeo conferência, ou, a produção do depoimento sem a presença do réu, desde que presente o advogado/defensor deste.

Para que se proceda a identificação, a vítima e as testemunhas que presenciaram o fato serão convidadas primeiramente para uma análise do suposto delinquente, sendo orientadas a descreverem as características dessa pessoa, o chamado retrato falado; realizado isto, o suspeito será colocado ao lado de outras pessoas semelhantes, como uma forma de analisar com mais precisão o autor do crime.

Renato Brasileiro (2018), leciona que não se pode confundir reconhecimento de pessoas com a construção da imagem do possível autor por meio da palavra falada, esta não se configura como meio de prova, pois constitui-se a partir das informações colhidas pelo perito da pessoa que tenha presenciado o fato, valendo-se como um meio de investigação.

É importante ressaltar que, caso a vítima ou até mesmo as testemunhas temam serem reconhecidas pelo suposto criminoso, a autoridade policial deverá providenciar que estas não sejam vistas. Isso porque, explica Fernando Tourinho que:

Muitas vezes, receia-se que a pessoa convidada a fazer o reconhecimento, por efeito de intimidação ou por influência, não

diga a verdade na presença da que deva ser reconhecida. Nesse caso, cumprirá à autoridade tomar as necessárias providências para que deva ser reconhecida não veja a que vai proceder ao reconhecimento. (2012, p. 380).

Ademais, deve-se destacar que na realidade, o procedimento supramencionado, muitas vezes não é realizado da maneira correta, deixando a desejar na observação de suas formalidades legais. Um exemplo muito comum ocorre quando a autoridade policial demora dias ou até mesmo meses para chamar as vítimas e testemunhas a realizarem o reconhecimento.

De acordo com pesquisas, isto pode acontecer nos casos em que a instauração do inquérito policial é iniciada sem um alvo certo, onde ainda estão sendo realizadas diligências em busca da materialidade e a autoria. Por isso, algumas investigações, podem levar um tempo maior para se chegar a identidade do autor do fato.¹⁰⁶

Nesse tocante, ao decorrer deste trabalho, pode-se verificar diversas controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro, que com fervor promovem críticas quanto a credibilidade do depoimento da vítima, bem como também o valor probatório desse tipo de procedimento adotado pela legislação processual penal.

3.1 Do reconhecimento fotográfico

Após uma breve leitura ao Código de Processo Penal, em seu artigo 226, o qual trata sobre o reconhecimento de pessoas, verifica-se que a legislação brasileira nada trouxe a respeito do reconhecimento fotográfico:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não

¹⁰⁶ CAROLINO, Anderson Zeferino dos Santos. Inquérito Policial. Âmbito Jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/inquerito-policial/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

Assim sendo, as discussões estão voltadas principalmente quanto a validade do reconhecimento fotográfico, pois como mencionado, não há uma formalidade descrita pela legislação que possa permitir fundamentar uma condenação afirmada por meio de fotografias.

À vista disso, veneráveis apontamentos contemplam o reconhecimento por fotografia como meio de prova inominada. Ou seja, aquelas provas que não estão elencadas entre os artigos 155 e 250 do Código de Processo Penal, são consideradas inominadas, por não existir explicitamente um procedimento formalizado em lei. Assim a doutrina elucida que:

O reconhecimento do acusado através de fotografias não encontra previsão legal. Porém, seja em virtude do princípio da busca da verdade, seja por força do princípio da liberdade na produção de provas, tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência, sendo considerado espécie de prova inominada. (LIMA, 2018, p.727)

Adalberto Camargo citado por Cunha e Pinto, aduz portanto, que as fotografias “Somente serviriam como um ponto de partida para uma investigação policial, como marco inicial do retrato falado, e nunca como prova” (2021, p. 744).

Em que pese a omissão do legislador referente ao reconhecimento fotográfico, a doutrina tem um posicionamento diferente, mas de forma relevante. Pelo grande foco de erros, muitos não consideram a identificação por meio de fotografias como prova, e preliminarmente a descartam. Por outro lado, Cunha e Pinto, em sua obra, emerge um ponto de vista interessante para os operadores do direito:

Com efeito, embora precário, o reconhecimento fotográfico submete-se, como de resto toda e qualquer prova penal, uma análise global, dentro de um contexto probatório forjado nos autos e, como tal, deve ser tomado pelo juiz, na formação de sua convicção, dentro da liberdade que orienta tal raciocínio. Não tem, é óbvio, valor

absoluto – que, aliás, nem confissão judicial possui – e, portanto, não pode isoladamente fundamentar um decreto condenatório. Mas também não deve, de plano, ser descartado, merecendo análise – repita-se – um cortejo com as demais provas do processo, cabendo seja utilizado, entretanto, apenas quando não possível o reconhecimento pessoal. (2021, p.744).

O que se observa é que um procedimento tão complexo e de grande relevância para a persecução penal passou despercebido pelo legislador e mesmo com algumas alterações feitas no Código de Processo Penal, foi deixado a desídia.

Embora importante, se analisado com os demais conjuntos de provas, ainda assim permeiam dúvidas, inclusive pela falta de formalidade que orienta e instrui este instituto. A falta da presença física, realizada face a face, vítima e suspeito, pode tornar tal procedimento ainda mais suscetível a erros. Isto porque, o ato de reconhecer possui vínculo, ou seja, depende dos aspectos perceptivos do ser humano que se abrange à atos cognitivos estudados pela psicologia.

Em conclusão, nutrindo-se por outras considerações, Eugênio Palace leciona que:

O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas. (2021, p. 357)

Posto isto, verifica-se que a responsabilização criminal até poderia ter o reconhecimento por fotografia como prova, no entanto, sempre corroborada por outras provas produzidas nos autos, afim de conduzir de forma límpida um julgamento justo e sem qualquer resquício de vício.

4.AS FALSAS MEMÓRIAS

No que tange ao tema deste trabalho, faz-se necessário uma abordagem sob o viés da psicologia. Tal conexão é imprescindível, tendo em vista que o verbo reconhecer está intimamente ligado com a memória humana, o ato de lembrar-se de um fato que ocorreu no passado. Posto isto, Aury Lopes Junior expõe o seguinte:

É importante destacar que, diferentemente do que se poderia pensar, as imagens não são permanentemente retidas na memória⁴⁷⁷ sob a forma de miniaturas ou microfimes, tendo em vista que qualquer tipo de “cópia” geraria problemas de capacidade de armazenamento,

devido à imensa gama de conhecimentos adquiridos ao longo da vida. (2019, p.574).

Deste modo, a relação existente entre essas duas áreas, das ciências jurídicas e da psicologia, é a dependência dos atos perceptivos do ser humano para identificação do possível suspeito. São as circunstâncias do momento do fato de determinada situação necessárias para o ato de reconhecer.

Neste norte, além da imprescindibilidade de se seguir as formalidades descritas em lei, devem ser observados também outros fatores que implicam no reconhecimento de pessoas, sendo eles: as falsas memórias e a mentira, em outras palavras o falso reconhecimento; ambos são perigosos, pois desprestigiam esse procedimento, que é tão importante para apreciação e valoração da prova. (Lopes Junior, 2019).

Lilian Mlinitsky Stein em sua obra traz um caso real muito interessante, conta a autora:

Chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos, e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital. Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: "eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos! ". Todavia alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha, quando interrogados, confessaram diversos delitos, incluindo o assalto ao taxista. (2010, p. 22).

No caso ilustrado acima, é explícito o quanto a mente humana pode provocar distorções, que podem interferir de forma prejudicial na vida de outra pessoa. A certeza do taxista em relação aos suspeitos era tão grande, a ponto de afirmar categoricamente que aqueles eram os criminosos, quando na realidade não eram os assaltantes. Diante disso, faz-se o mesmo questionamento da autora Lilian Stein (2010), de o quão confiável seria a memória do ser humano?

Seguindo essa linha, a jurisprudência se posicionou de forma semelhante no julgamento recente do HC 712.781, tratando sobre o *show-up*¹⁰⁷, considerando o método utilizado contraindicado para o procedimento e que poderia ocasionar um falso reconhecimento. O relator Ministro Rogério Schietti explica que:

O maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial está no seu efeito indutor, portanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do crime, que acaba por contaminar e comprometer a memória. Ademais, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto. (HC 712.781/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 22/03/2022)

Pode se extrair dessa decisão que havendo algum vício nesse tipo prova, como o *show-up*, prejudicado ficaria acervo probatório e, se realizado novamente o mesmo procedimento, o apontamento do suposto autor implicaria a primeira resposta apontada. Dessa forma, a identificação de pessoas seria um meio de prova cognitivamente irrepitível, pois depende da percepção humana para o ato de reconhecer o suspeito, e a memória encontra-se viciada com a informação adquirida.

Analisado isto, verifica-se que as possibilidades de falhas são imensas, ainda mais quando se trata do psicológico da pessoa, visto que o abalo mental em uma situação de pânico, como um assalto, pode levar o ser humano a ter algumas distorções da realidade. Assim, o reconhecimento de pessoas, *in concreto*, não é tão diferente do caso narrado, visto que muitas vezes a vítima, por medo ou trauma vivenciado, pode ser enganada por sua própria mente ao tentar reconhecer um suposto autor do crime. Neste aspecto:

As limitações do ser humano na reconstrução de um fato histórico tornam o processo importante e estéril na busca de verdade. Por um lado, os litigantes apresentam as suas versões, sempre antagônicas, baseadas em provas; de outro lado, o juiz, que deve apreciar as versões e optar pela que mais lhe convence. (THUMS, apud ÁVILA, 2013, p.36).

¹⁰⁷ Show-up é a conduta que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou a testemunha reconheça se essa pessoa é, ou não, autora do crime. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 712.781**. Ministro Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma. STJ. Rio de Janeiro, 15 de março de 2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 14 de abr. 2022.

Outro ponto é a precisão do reconhecimento. Algumas investigações levam bastante tempo para serem iniciadas e, às vezes, o reconhecimento realizado é muito pobre no fornecimento de detalhes do suposto autor. Em alguns casos, a vítima sequer se lembra mais de determinadas situações que aconteceram, implicando na falibilidade do reconhecimento e suas consequências na vida da pessoa que está prestes a ser acusada, podendo ser conduzido a uma injusta prisão.

No que concerne a isto, Tourinho Filho instrui que:

No reconhecimento há a fusão de uma percepção presente com outra pretérita. A pessoa que procede ao reconhecimento faz uma evocação à reminiscência e procura ver a semelhança entre aquela figura guardada na memória e aquela que lhe é apresentada. Às vezes a memória não é boa. Por outro lado, quanto mais passa o tempo, mais se distancia a lembrança, o que dificulta seriamente o reconhecimento. (2012, p. 378)

Nesse tocante, mostra-se inteligível o seguinte raciocínio:

Portanto, a mesma memória que é responsável pela nossa qualidade de vida, uma vez que é a partir dela que constituímos como indivíduos, sabemos nossa história, reconhecemos nossos amigos, apresenta erros e distorções que podem mudar o curso de nossas ações e reações, e até mesmo implicações sobre a vida de outras pessoas. (STEIN, 2010, p. 22).

O problema que cerca a questão das falsas memórias é a dificuldade de identificá-las, pois, uma vez afirmado a identidade do suposto autor do crime pela pessoa chamada a reconhecê-lo, não é mais possível uma nova submissão para que seja executado um novo reconhecimento. Tal situação somente poderia ocorrer no surgimento de novas provas que identificarem outro suspeito. Acerca disso, vislumbra-se:

Essa aproximação, muitas vezes difícil, demonstra a fragilidade da cognição, como parte da busca da verdade. É irrelevante que o réu tenha confessado, porque pode ter sido induzido a fazê-lo ou sofrer de algum distúrbio psíquico, decorrente de trauma da tortura policial ou, ainda, manobra para acobertar o verdadeiro responsável. A mesma situação pode apresentar-se quanto às testemunhas, que têm os mais variados motivos para não revelar o que viram. Assim, por mais cuidadoso que seja o magistrado, o elemento de prova, decisivo para o veredito, pode conter grave equívoco. (THUMS, apud ÁVILA, 2013, p.37)

Desse modo, conforme leciona Lopes Junior (2019), as falsas memórias correspondem a um fato em que o agente acredita honestamente e com toda certeza no que está relatando. As sugestões oferecidas pela mente, sejam elas externas ou internas, são inconscientes, ou seja, o reconhecedor não tem intenção nenhuma de prejudicar o reconhecido, muito embora acabe implicando negativamente na vida daquela pessoa.

4.DO VALOR PROBATÓRIO DO RECONHECIMENTO

Antes de adentrar ao assunto, se faz necessária uma breve explicação do que vêm a ser as provas, para assim ter-se uma noção a respeito do valor probatório. Dessa forma, Carnelutti citado por Ávila traz uma interessante abordagem, e diz que “as provas são, pois, os objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar.”

De modo semelhante à definição mencionada acima, as palavras de Kagueiama, no que se refere a função da prova, são merecedoras de destaque:

É a função da prova permitir a reconstrução histórica dos fatos, e, portanto, tornar possível a maior aproximação da decisão judicial com a verdade. A prova e a verdade colocam-se em uma relação teleológica, e não de correspondência. (2021, p.37)

Nesta linha, compreende-se pois, por valor probatório, a credibilidade, confiança das provas apuradas para promover uma decisão fundamentada na verdade e livre de injusta condenação.

No que tange a reconstrução dos fatos, centra-se o reconhecimento de pessoas, peça muito importante não só para investigação criminal, como também para instrução penal, o qual deve ser atentamente verificado seus critérios, métodos de análise da autoria delitiva, para se chegar a uma conclusão. Ignorados esses requisitos essenciais à investigação, tem-se por consequência danos que podem ser irreversíveis e violadores de direitos.

Nesse sentido, Mossin (2010), explica que a primeira instrução redigida pelo legislador tem como objetivo garantir certa solidez ao reconhecimento de pessoas como prova, convidando a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento para descrever a pessoa a qual deverá ser reconhecida. Após realizada tais descrições, o suspeito será colocado ao lado de outras pessoas que tiverem semelhanças físicas e faciais, em outras palavras, aparentemente parecidos, afim de que a pessoa ao realizar o reconhecimento, possa apontar o autor.

De fato, o que se observa é que, na maioria dos casos, as pessoas que participam do reconhecimento não são previamente chamadas a fazer uma descrição por completo do suposto criminoso, como é recomendado por lei. Além disso, sequer são exibidas outras

fotos com ângulos diferentes dos possíveis suspeitos, para que se tenha máxima efetividade do ato.

Comumente o procedimento que deveria ser realizado de acordo com os fundamentos legais, acaba sendo conduzido de maneira errônea e temerária. Assim, muitas vezes, a autoridade policial acaba fornecendo fotos de pessoas que sequer tiveram ligações com o crime, pelo simples fato de já apresentarem condenações anteriores de delitos semelhantes ou da mesma natureza jurídica. Assim, explica Ana Cristina de Almeida Gomes Moreira Wallis de Carvalho, que:

Não raras vezes, em sede de julgamento, a testemunha não confirma o reconhecimento realizado, explicando que teve dúvidas no mesmo ou que reconheceu a pessoa "mais parecida com o suspeito". Trata-se muitas vezes de uma conclusão a que apenas se chega quando é exercido o contraditório [...] (2013, p. 71)

Referente a este certame, há doutrinadores que se posicionam de maneira diversa acerca da observância das formalidades que trata o artigo 226 do CPP:

[...] de acordo com os princípios da verdade real e livre apreciação das provas, nada impede seja admitido como idôneo o reconhecimento pessoal fora das formalidades legais, ou mesmo o reconhecimento fotográfico, devendo seu valor ser mensurado em cada caso concreto e demonstrado fundamentadamente na sentença condenatória. (Capez, 2021, p. 176)

Cotejo interessante, embora na prática existam algumas implicações que não podem ser permitidas por completo em tais considerações, tendo em vista a frequência com que ocorrem as falhas nesse procedimento.

Dessa forma, verifica-se a ocorrência de grandes injustiças, isto devido a credibilidade da prova, que fica comprometida e desfavorece a pessoa que está sendo acusada pelo delito crime. Importa ressaltar que tal situação, além de comprometer a prova, coloca em risco a dignidade do homem, ofendendo seus direitos garantidos pela Constituição.

Quanto ao valor probatório desse procedimento, há muito o que se questionar, inclusive pela proporção de falhas verificadas nos tribunais. Por isso, existem diversas considerações no que concerne à fragilidade do reconhecimento como meio de prova.

Por assim, a quem diga que:

[...] o reconhecimento é, de todas as provas, a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de se reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária. (TOURINHO, apud, CUNHA et al, 2021, p. 737)

Em face disto, são nítidas as divergências entre os operadores do direito em relação a este instituto, principalmente na jurisprudência pátria, que considera o reconhecimento com alto valor probatório. Por outro lado, não se pode descartar tal procedimento, e nem o decretá-lo como totalmente inútil. Isto pois, embora passível a erros, resta claro que se realizado com presteza, pode garantir bom andamento à persecução penal.

5.A JUSTIÇA BRASILEIRA

O procedimento aplicado pelo artigo 226 do Código de Processo Penal tem sido alvo de muitas críticas no ordenamento jurídico brasileiro. Até então, anteriormente, a jurisprudência pátria era voltada no sentido de que a não observância das formalidades do mencionado dispositivo da lei processual não implicaria na invalidade do procedimento e da prova obtida.

Dessa maneira, o Superior Tribunal de Justiça possuía o entendimento pacífico nesse sentido, afirmando que somente seria causa de nulidade do ato se este não estivesse devidamente fundamentado:

Esta corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que as disposições inculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja nulidade do ato, em especial caso eventual édito condenatório esteja fundamentado em idôneo conjunto probatório, produzido sob o crivo do contraditório, que associe a autoria do ilícito ao acusado. (AgRG no AREsp n. 375887 – RJ – Rel. Jorge Mussi, j. 25.10.2016, DJe 4.11.2016)108

Porém, as repetidas ocorrências de erros se alastraram em diversos procedimentos nos quais não foram observadas as disposições legais acerca desse instituto, e tomaram grande proporção na sociedade e, conseqüentemente, nos tribunais.

Para ilustração, o programa de TV jornalístico “Fantástico” da emissora Rede Globo, promoveu um teste sobre o reconhecimento de suspeitos, convidando um ator a interpretar um furto em uma sala de aula. No experimento, um professor ministrava a aula

108 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados artigo por artigo**. 5.ed.rev.e atual. Salvador: JusPondivm, 2021, p. 739.

normalmente, deixando seu notebook sobre a mesa quando o suposto delinquente entra na sala e furta o aparelho. Para o reconhecimento a turma foi dividida em dois grupos. O primeiro seguiu as normas do departamento de justiça americana e o segundo seguiu orientações da legislação brasileira. 109

O objetivo desse teste era justamente colocar em pauta a confiabilidade desse procedimento, chamando aqueles ali presentes a identificarem o suposto autor do crime. O resultado mostrou claramente a dificuldade de se reconhecer o responsável pelo delito. De acordo com a reportagem, 42 dos participantes erraram ao apontar o culpado. No grupo que seguia as normas brasileiras, 76% erraram, e no segundo grupo, 63% disseram que não se sentiam confiantes para apontar um culpado. Outros 26% afirmaram ter certeza de quem roubou o laptop e também erraram.¹¹⁰

Do que se extrai da experiência realizada são os equívocos ocasionados pelas falhas técnicas, o despreparo com que é feito e em grande parte a parcialidade da vítima ou até mesmo das testemunhas que, movidas por sentimento de justiça, acabam pecando por apontar temerariamente um possível autor do delito.

Todavia, condenações por crimes tão graves e com penas tão severas, sem o conhecimento certo responsável pelo fato delituoso, violam todos preceitos da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, um reconhecimento errado poderia conduzir à violação da liberdade e dos direitos fundamentais do ser humano.

Acerca disso, vale destacar brevemente um dos casos reais ilustrados na reportagem do fantástico¹¹¹, de pessoas que foram condenadas e acusadas por um reconhecimento equivocado que não seguiu os preceitos legais: caso de Igor Barcelos Ortega, que através de apenas uma foto, foi condenado a 15 anos e seis meses de prisão em regime fechado. De acordo com a entrevista, ele seria suspeito de cometer um assalto em Guarulhos. No entanto, o jovem não só era inocente, como estava em outra cidade no momento do crime, dando entrada em um hospital como vítima de um atentado. Cabe pontuar que Igor passou quase três anos preso por crimes que sequer cometeu, mas conseguiu sua liberdade pela ONG Innocence Project Brasil.¹¹²

109 FANTÁSTICO/ EXPERIMENTO testa: **reconhecimento de suspeitos é um procedimento confiável?** Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/7592637>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

110 IBIDEM

111 IBIDEM

112 FANTÁSTICO. **Após quase três anos preso por crimes que não cometeu, jovem é solto com ajuda do Projeto Inocência.** Disponível em: <<https://www.google.com/amp/s/g1.globo.com/google/amp/fantastico/noticia/2021/07/04/apos-quase->

Nesta deslinde, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, pelo voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz asseverou que “a não observância das formalidades legais para o reconhecimento, garantias mínimas para o suspeito da prática do crime, leva a nulidade.”¹¹³ Ainda em seu voto pontuou que é necessário que:

“Se adote um novo rumo na compreensão dos tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato do reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação de foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.” (HC n. 598886 – SC – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 27/10/2020, DJe 18/12/2020.)¹¹⁴

Tal decisão procura romper com os equívocos causados pela inobservância do procedimento de reconhecimento de pessoas, inclusive pelas inúmeras provas comprometidas, que podem levar a uma prisão injusta. Além disso, reflete positivamente em um novo paradigma a ser seguido pelos tribunais, promovendo provas mais confiáveis e decisões mais justas.

Talvez a unificação da jurisprudência nesse sentido poderia trazer consideráveis mudanças advindas da obrigatoriedade de se seguir os requisitos legais acerca desse instituto. Sobretudo marcando um novo rumo da justiça brasileira e possibilitando melhorias ou, até mesmo, uma nova reforma da lei com relação a esse procedimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento de pessoas, procedimento contemplado no Código de Processo Penal, o qual visa a identificação do suposto autor do delito, é de fato uma questão que traz ao ordenamento jurídico inúmeras discussões. Isto porque é apontado com grande frequência sua falibilidade, tanto na fase de investigação como também na instrução criminal.

tres-anos-presos-por-crimes-que-nao-cometeu-jovem-e-solto-com-ajuda-do-projeto-inocencia.ghml>. Acesso em: 14 de mar. 2022.

113 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sexta Turma rechaça condenação baseada reconhecimento que não seguiu procedimento legal**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2021]. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/27102020-Sexta-Turma-rechaca-condenacao-baseada-em-reconhecimento-que-nao-seguiu-procedimento-legal.aspx>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

114 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados artigo por artigo**. 5.ed.rev.e atual. Salvador: JusPondivm, 2021, p. 739.

Tais ocorrências são, por maior parte, causadas no momento da execução das regras impostas pela legislação aplicável. O problema concentra-se principalmente na não observância das formalidades legais, colocando em risco o significado de justiça, bem como, violando o direito à liberdade de muitas pessoas que foram condenadas por crimes que sequer cometeram, assim como foi caso de Igor.

Outro apontamento a esse procedimento se refere a fidedignidade da palavra da vítima e da testemunha. O fenômeno das falsas memórias, como explicado neste artigo, claramente demonstra o quanto a mente humana é suscetível a erros. Se ao refrescar dos fatos já pode ocorrer uma falsa percepção da identidade do suposto criminoso, imagine por um período maior, como alguns reconhecimentos são realizados.

Nesse tocante, o valor probatório desse meio de prova resta fragilizado, tendo em vista que na prática um procedimento tão importante não é realizado segundo a previsão legal, prática esta referendada por boa parte da jurisprudência, que considerava o procedimento como mera recomendação do legislador, até o julgado paradigmático no HC n. 598886, de relatoria do ministro Rogerio Schietti.

Posto isto, pode-se concluir que o procedimento de reconhecimento de pessoas é um dos meios de provas que de fato apresenta muitas falhas, que ofendem os direitos fundamentais inerentes ao homem e a sua liberdade. No entanto, nitidamente explícito no teor deste artigo, é que se realizado conforme os preceitos legais, tal procedimento possui maior eficácia, tornando a prova mais fiel e isenta de injusta condenação.

De resto, complementa-se que para maior efetividade desse tipo de prova, é necessária que surja uma nova reforma trazendo com mais detalhes orientações a serem seguidas para a identificação do autor do crime, em especial referente ao reconhecimento fotográfico. Posto isso, deve-se levar em consideração que o Código de Processo Penal é da época de 1941 e as normas precisam estar de acordo com os conhecimentos atuais para fins da sua aplicabilidade, garantindo-se a eficácia da persecução penal com respeito aos princípios orientadores e aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias: A prova testemunhal em Xequê**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sexta Turma rechaça condenação baseada reconhecimento que não seguiu procedimento legal**. Brasília, DF: Superior Tribunal de

Justiça, [2021]. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/27102020-Sexta-Turma-rechaca-condenacao-baseada-em-reconhecimento-que-nao-seguiu-procedimento-legal.aspx>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 598.886/SC**. Ministro Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma. Jusbrasil. Santa Catarina, 27 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206308161/habeas-corpus-hc-598886-sc-2020-0179682-3/inteiro-teor-1206308173>> Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 375887/RJ**. Relator: Ministro Jorge Mussi – Quinta Turma. Jusbrasil. Rio de Janeiro, 9 mar. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559890760/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-375887-rj-2013-0275268-4/inteiro-teor-559890768>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 712.78**. Ministro Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma. STJ. Rio de Janeiro, 15 de março de 2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 14 de Abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CAROLINO, Anderson Zeferino dos Santos. **Inquérito Policial**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/inquerito-policial/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

CARVALHO, Ana Cristina de A. G. M. Wallis de. **Prova por Reconhecimento de Pessoas em Processo Penal**. Universidade de Lisboa. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/11682>>. Acesso em: 16 abr. 2022.

COELHO, Pedro. **Afinal, o reconhecimento de pessoas é uma regra ou mera recomendação?** Grancursos online. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/afinal-o-reconhecimento-de-pessoas-e-uma-regra-ou-mera-recomendacao/>>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados artigo por artigo**. 5.ed.rev.e atual. Salvador: JusPondivm, 2021.

DIAS, Camila Cassiano. **“OLHOS QUE CONDENAM”: UMA ANÁLISE AUTOETNOGRÁFICA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO PROCESSO PENAL.** Revista da Ajuris. Disponível em:

<<http://ajuris.kingghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1153>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

DUARTE, Adriana Moura. **O reconhecimento de pessoas no processo penal. Canal Ciências Criminais.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-reconhecimento-de-pessoas-no-processo-penal/>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

FANTÁSTICO/ EXPERIMENTO testa: **reconhecimento de suspeitos é um procedimento confiável?** Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/7592637>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

FANTÁSTICO. **Após quase três anos preso por crimes que não cometeu, jovem é solto com ajuda do Projeto Inocência.** Disponível em: <<https://www.google.com/amp/s/g1.globo.com/google/amp/fantastico/noticia/2021/07/04/apos-quase-tres-anos-presos-por-crimes-que-nao-cometeu-jovem-e-solto-com-ajuda-do-projeto-inocencia.ghtml>>. Acesso em: 14 de mar. 2022.

FILHO, Fernando da C. Tourinho. **Processo Penal 3.** 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIA, Helio Wiliam Cimini Martins e PACHECO, Larissa Martins. **O Problema do Procedimento de Reconhecimento de Pessoas no Processo Penal Brasileiro.** Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível: <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/403>>. Acesso em: 29 dez. 2021.

FRANÇA, Rafael Francisco. **Reconhecimento como método de investigação criminal: Posicionamentos jurisprudências e críticas ao modelo.** Corpus Delicti: Revista de Direito de Polícia Judiciária. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.31412%2Frdpj.v2i4.606>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

FREITAS, Melka Calado de. **O reconhecimento de pessoas e a percepção de falsa memória no processo penal: estudo de caso.** Asce Unita, Centro Univesitário Tabosa de Almeida. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.br/handle/123456789/2772>>. Acesso em: 29 dez. 2021.

GANEM, Pedro. **STJ: reconhecimento deve obedecer artigo 226 do CPP, sob pena de nulidade.** Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/reconhecimento-deve-obedecer-artigo-226-do-cpp-sob-pena-de-nulidade/>>. Acesso em: 14 abr. 2022.

HUBNER, Luana Janaína; LOPES JR, Aury. **Reconhecimento Pessoal e sua (In) Suficiência Como Meio de Prova: Falsos Reconhecimentos: Riscos e Falhas do Procedimento.** Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/luana_hubner.pdf>. Acesso em: 20/09/2021.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova Testemunhal no Processo Penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras**. 1.ed. São Paulo: Almedina, 2021.

LEITÃO JUNIOR, Joaquim. **A importância no reconhecimento de pessoas e suas problemáticas nas investigações criminais**. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/337443/a-importancia-do-reconhecimento-de-pessoas-e-suas-problemativas-nas-investigacoes-criminais>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 6. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOSCHI, Sabrina Novaes. **Peculiaridades do reconhecimento de pessoas e necessidade de reforma do código de processo penal**. Disponível em: <<https://ri.unipac.br/repositorio/wp-content/uploads/tainacan-items/282/115417/Sabrina-Novaes-Loschi.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

LUZ, Jeferson Freitas. **Um novo (e adequado) olhar sobre o reconhecimento de pessoas no processo penal**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/88060>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

MACHADO, Emerson e Silva Júnior, Rafael. **O reconhecimento como prova no processo penal: a ilegalidade da decretação da prisão preventiva fundamentada exclusivamente em reconhecimento fotográfico**. Anima Educação. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/18553>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes e Barilli, Raphael Jorge de Castilho. **O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticias-criminais>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Mara Helena D' Arbo Alves de. **O Reconhecimento de Pessoas no Processo Penal e a Falsa Memória**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0d2ac0e8224a99eb>>. Acesso em: 20 set. 2021.

MARQUES, Amanda Cristina. **A Inobservância dos artigos 226 e seguintes do CPP Frente ao Procedimento de Identificação de Pessoas**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/AmandaCristinaMarques.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

MONICO, Leonardo Moreira. **O reconhecimento de pessoas no âmbito do processo penal e sua relativização: a confiabilidade do depoimento pessoal da vítima pós momento traumático e os riscos no indiciamento do acusado.** Faculdade Vale Cricaré. Disponível em: <<https://repositorio.ivc.br/handle/123456789/121>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Competência de Processo Penal.** São Paulo: Manelo, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal.** 1.ed. São Paulo: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 25.ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PARA ESPECIALISTA, RECONHECIMENTO PESSOAL DE SUSPEITOS DEVE SER USADO COM CAUTELA. Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/para-especialistas-reconhecimento-pessoal-de-suspeitos-deve-ser-usado-com-cautela/>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

PEREIRA, João Vitor e Nunes, Mateus. **Reconhecimento Fotográfico: Análise da (im)possibilidade de aplicação analógica às regras do Código de Processo Penal.** Anima Educação. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/19889>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

RIBEIRO, Néelson Santos e Leite, André Lamas. **A prova por reconhecimento no processo penal: do reconhecimento fotográfico ao reconhecimento pessoal.** Repositório Comum. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.26/34967>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

STEIN, Lilian Milnitsky et. al. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010.

VAILATE, G.; VAILATE, W. **A fragilidade do reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal brasileiro.** *Academia de Direito, [S. l.], v. 2, p. 513–535, 2020.* DOI: 10.24302/acaddir.v2.2946. Disponível em: <<http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2946>>. Acesso em: 29 dez. 2021.

VINCENSI, Maiara Müller. **Processo penal e as falsas memórias: reflexo no reconhecimento de pessoas.** Unijui Universidade Regional. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/4014>>. Acesso em: 29 dez. 2021.

INELEGIBILIDADE E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS A LUZ DA LEI DA FICHA LIMPA

SAULO FREIRES LIMA: Acadêmico de Direito da Faculdade Interamericana de Porto Velho - UNIRON ¹¹⁵

MARCELO ANDRÉ AZEVEDO VERAS BARROZO¹¹⁶

(orientador)

Resumo: Este presente artigo tem como principal objetivo a análise da eficácia da Lei da Ficha Limpa no âmbito da inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos, identificando quais são as causas de inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos, bem como estudar os casos de inelegibilidade, e por último verificar qual o posicionamento das jurisprudências nos tribunais acerca da aplicação da Lei da Ficha Limpa nos casos de inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos. No decorrer do presente estudo a resolução da problemática ocorrerá com base nas divergências existentes na Lei da Ficha Limpa. Neste cenário, abordar-se-á também como foi realizado o procedimento de busca bibliográfica para a montagem do material, além da apresentação dos problemas de pesquisa, de abordagem qualitativa e descritiva, com fito de se levantar postulações, pensamentos, inteligências doutrinarias e legais sobre a inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos a luz da Lei Complementar n. 135/2010.

Palavras-chave: Causas de Inelegibilidade. Direito Eleitoral. Lei da Ficha Limpa. Suspensão dos direitos políticos.

Abstract: The main objective of this article is to analyze the effectiveness of the Clean Record Law in the context of ineligibility and suspension of political rights, identifying the causes of ineligibility and suspension of political rights, as well as studying the cases of ineligibility, and finally to verify the position of the jurisprudence in the courts regarding the application of the Clean Record Law in cases of ineligibility and suspension of political

¹¹⁵ E-mail: saulofreires@gmail.com.

¹¹⁶ Professor Orientador. Graduado em Direito - Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia FARO – (2012); Pós Graduação em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral, nível de especialização lato sensu - Faculdade União das Escolas Superiores de Rondônia – UNIRON (2016); Pós Graduação em Metodologia do Ensino Superior, nível de especialização lato sensu - Faculdade de Pimenta Bueno – FAP (2019); Presidente da Comissão de Proteção à Cidadania e Mobilização Comunitária da OAB-RO (triênio 2022-2024); Diretor Jurídico da Federação de Cultos à Umbanda e Ameríndios do Estado de Rondônia (quadriênio 2022-2025). Porto Velho/RO - 2022. E-mail: marcelo.barrozo@uniron.edu.br.

rights. In the course of the present study, the resolution of the problem will occur based on the existing divergences in the Clean Record Law. In this scenario, it will also be discussed how the bibliographic search procedure was carried out for the assembly of the material, in addition to the presentation of research problems, with a qualitative and descriptive approach, in order to raise postulations, thoughts, doctrinal and legal intelligences. on the ineigibility and suspension of political rights in light of Complementary Law n. 135/2010.

Keywords: Causes of Ineligibility. Electoral Law. Clean Record Law. Suspension of political rights.

Sumário: Introdução.1. Da inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos. Conclusão. 1.1 Casos de inelegibilidade. 2 Lei complementar nº 135 de 2010 - lei da ficha limpa. 2.1 Ficha limpa e a inelegibilidade e suspensão de direitos políticos. 2.2 Posicionamento do tribunal superior eleitoral com base na lei da ficha limpa. 2.3 Divergências do posicionamento do STF e eficácia da lei da ficha limpa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar sobre a inelegibilidade e suspensão dos direitos político, tendo em vista a importância do debate e do conhecimento sobre as incidências que regulam, definem e abrangem o direito constitucional-eleitoral, e a capacidade ativa e passiva do cidadão perante o cenário político. A capacidade postulatória de estar à disposição, ao passo da capacidade deliberativa de estar apto a escolher um representante.

Surge então o seguinte questionamento: a Lei da Ficha Limpa tem sido eficaz na atualidade quanto a inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos?

Ora, a Lei da Ficha Limpa foi criada de modo a alterar a Lei da Inelegibilidade, devido a sua ineficácia quanto a candidatos inaptos de exercer cargos públicos, pois a inelegibilidade é considerada a mais grave sanção imposta a um político de carreira, especialmente com as alterações trazidas com a Lei da Ficha Limpa.

Diante disso, o objetivo do presente estudo tem como foco analisar a eficácia da Lei da Ficha Limpa na aplicação das sanções de inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos. Já os objetivos específicos são: identificar quais são as causas de inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos; estudar os casos de inelegibilidade; verificar qual o posicionamento das jurisprudências nos tribunais acerca da aplicação da Lei da Ficha Limpa nos casos de inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos.

A escolha do presente tema a ser delineado durante a futura pesquisa, parte de um dos pressupostos da democracia. Este instituto enquanto ferramenta de justiça, isonomia e representatividade, existe como parte da evolução humana e sua organização

na mais perfeita forma de isonomia. Nesta seara, face ao contemporâneo mundo polarizado, encontrou-se a necessidade de destrinchar em miúdos as peculiaridades que sondam a execução da democracia por mandato eletivo e seus módulos jurídicos que possam impedir ou suspender o direito passivo da virtude política.

Nesse sentido, usar-se-á no presente artigo, a abordagem qualitativa e descritiva, com fito de se levantar postulações, pensamentos, inteligências doutrinárias e legais sobre a inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos a luz da Lei Complementar n. 135/2010, também chamada de Lei da Ficha Limpa. Sintetizando um panorama evolutivo das normas e suas composições que definem os crimes que originam a presente discussão em diversas fases do mandato.

1 DA INELEGIBILIDADE E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

A inelegibilidade por sua vez, consome a incapacidade de utilizar sua cidadania de forma plena por alguns motivos delineado alhures. Assim, pode-se compreender que nenhum direito é absoluto – e que mesmo estando em posição de destaque e representatividade, esta é volátil e peremptória; logo, pode-se dizer que é um estado de cidadania, que modifica-se e extingue-se através do tempo, ou da interrupção legal. “A inelegibilidade é o estado jurídico de ausência ou perda de elegibilidade, sendo colocada como um estado jurídico negativo daquele que não ter direito subjetivo, em razão de tê-lo perdido ou porque nunca o teve” (COSTA, 1998. p. 145).

Ainda sobre a inelegibilidade, vejamos, in verbis:

“Entrementes, é curial advertirmos que existe inelegibilidades criadas como sanção e fatos ilícitos eleitorais, assim como existem inelegibilidades hipnotizadas como salvaguarda dos princípios do equânime tratamento aos candidatos e da moralidade administrativa” (COSTA, 1998. p. 145).

Sobre a existência desses mecanismos como forma bela e sincrônica da democracia, Deconmain explica, de forma altiva:

“Desejou a Constituição, portanto, que o pleito fosse livre de abusiva influência do poder econômico, político ou administrativo, e também que a probidade e a moralidade para o exercício de mandatos eletivos fossem preservadas, evitando-se a candidatura de pessoas cuja vida pública precedente tenha demonstrado que não reúnem condições para uma vez guindados ao poder, preservar esses valores basilares do Estado e da convivência política e social” (DECONMAIN, 2004. p.149).

Seguindo estes motes, observa-se a relevância e importância do presente tema, que merece atenção e dispersão hermenêutica. Assim, pelo exposto e pelo que seguirá, explica-se a promoção do artigo através deste projeto de pesquisa, que evidencia o panorama evolutivo das normas que definem a perda/recuperação dos direitos políticos nas diversas fases constituintes do mandato eletivo.

A elegibilidade é a capacidade postulatória expressa pelo uso completo da cidadania em harmonia com a capacidade representativa entregue pelo povo aquele que é eleito. Enquanto a inelegibilidade é a incapacidade de o fazer.

Segundo o Ex-Ministro Moreira Alves, *in verbis*:

“Não há que confundir, em face do nosso sistema constitucional, pressupostos (ou condições) de elegibilidade e inelegibilidades, embora a ausência de qualquer daqueles ou a incidência de qualquer destas peças alguém de poder de candidatar-se a eleições municipais, estaduais ou federais. Pressupostos de elegibilidade são requisitos que se devem preencher para que se possa concorrer às eleições. Assim, estar no gozo de direitos políticos, ser alistado como eleitor, estar filiado ao Partido Político, ter sido escolhido como candidato do Partido a que se acha filiado, haver sido registrado, pela Justiça Eleitoral, como candidato por esse partido. Já as inelegibilidades são impedimentos que, se não afastados por quem preencha os pressupostos de elegibilidade, lhe obstam concorrer às eleições, ou – se supervenientes ao registro ou se de natureza constitucional – servem de fundamento à impugnação de sua diplomação, se eleito. Não podem eleger-se, por exemplo, os que participam de organização cujo programa ou ação contraria o regime democrático; os declarados indignos do oficialato ou com ele incompatíveis; os que tiverem seus bens confiscados por enriquecimento ilícito. Portanto, para que alguém possa ser eleito precisa de preencher pressupostos (requisito positivo) e não incidir em impedimentos (requisito negativo). Quem não reunir essas duas espécies de requisitos – o positivo (preenchimento dos pressupostos) e o negativo (não incidência em impedimentos) – não pode concorrer a cargo eletivo. Tendo em vista, porém, que o resultado da inoccorrência de qualquer desses dois requisitos é o mesmo – a não elegibilidade, o substantivo inelegibilidade (o mesmo sucede com adjetivo inelegível) é geralmente empregado para significar tanto os casos de ausência de pressuposto de elegibilidade quanto os impedimentos que obstam à elegibilidade. (...) (ALVES, 1976. p. 228).

Noutro temática obstat-se que além de ser considerado elegível, aquele que deseja se candidatar não pode estar em um segundo rol, de inelegibilidade absoluta, estas impreclusíveis e arguíveis a qualquer tempo, qual seja: *“Sem-domicílio; Sem-filiação; Inalistáveis: os estrangeiros e os conscritos; Analfabetos: não obstante possuírem capacidade eleitoral ativa, não possuem capacidade eleitoral passiva” (BRASIL, 1988).*

Além destas que se encontram previstas na Constituição Federal, existem outras previstas em lei ordinária que tangem a inelegibilidade, e em lei complementar (lei complementar 64/90) que tangem as inelegibilidades. Neste rol de artigos encontram-se inúmeras hipóteses que tratam deste impedimento, separados em grupos: Inelegibilidade inata e cominada; Inalistabilidade (direito de ser eleitor); e incompatibilidade (aquele que quando eleito, é impedido de assumir por exercer função conflitante ou ser dissonante.

A inelegibilidade inata, conhecida no arcabouço jurídico como impropria, primária, ou implícita é o impedimento oriundo de uma ou mais características de elegibilidade atribuída a própria pessoa (ex: nacionalidade). Enquanto a Inelegibilidade cominada, também conhecida como secundária ou própria é aquela que advém de uma penalidade atribuída por prática ilícita.

A privação do direito eletivo pode ocorrer por outro meio senão estes expressos em lei de forma taxativa, sendo que aqueles que perderam ou tiveram seus direitos políticos suspensos também obstat a capacidade eletiva. Senão vejamos:

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I – cancelamento da naturalização por sentença judicial transitada em julgado;

II – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

III – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VIII;

IV – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º” (BRASIL, 1988).

Ou seja, compreende-se, portanto, que diferente dos fatos ocorridos historicamente em inúmeros países é vedado em lei a cassação de direitos políticos por mero arbítrio, sendo que esta será permitida apenas em casos específicos conforme observado. Interessante mencionar, em paralelo, a diferença entre perda e suspensão dos direitos políticos – e os efeitos atribuídos em sua extensão de tempo e aplicabilidade.

A perda é compreendida pela incapacidade definitiva, pelos seguintes motes:

“Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, por prática de atividade nociva ao interesse nacional. Aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária: Exceção: 1. Adquirir outra nacionalidade em virtude de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; 2. Imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente no exterior, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis” (APOCRIFO, 2020, p.01).

Ensina Alexandre de Moraes, sobre a perda dos direitos políticos: *“Como consequência desta perda, o indivíduo retorna à situação de estrangeiro perdendo os direitos políticos, pois o atributo da cidadania é próprio dos que possuem em nacionalidade” (MORAES, 1999. p. 97).*

Enquanto a suspensão é a privação temporária dos direitos políticos, *in verbis*:

“I. Incapacidade Civil absoluta: o indivíduo interditado.

II. Condenação criminal transitada em julgado: Súm. 09 do TSE: a suspensão dos direitos políticos decorrentes de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação de danos.

III. Improbidade Administrativa: A lei de improbidade administrativa estabelece os seguintes prazos de suspensão: a.08 a 10 anos: se o ato de improbidade importar enriquecimento ilícito; b.05 a 08 anos: se causar prejuízo ao erário; c.03 a 05 anos: atentar contra os princípios da administração pública.

IV. Exercício assegurado pela cláusula de reciprocidade: “o gozo de direitos políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado de nacionalidade.

V. Procedimento do Deputado ou Senador declarado incompatível com o decoro parlamentar, inelegibilidade por 08 anos” (APOCRIFO, 2020, p.01).

Como esboçado nas partes anteriores, os fatos aludidos não são definitivos e nem irreparáveis, consoante vemos explicados pela história no nosso próprio país nos processos de Impeachments dos Ex-presidentes Fernando Collor, e Dilma Rousseff – que após a

remoção d cargo, e posterior processo/extinção do fato gerador, devolve-se os direitos mitigados. Sobre a requalificação dos direitos políticos, tem-se que:

“Perdido, na hipótese de cancelamento da naturalização por sentença transitado em julgado, a requalificação só se dará através de ação rescisória. Se a hipóteses for de perda por recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa (Constitucionalistas), a requalificação dar-se-á a qualquer tempo, quando o indivíduo cumprir a obrigação devida. No tocante às suspensões, a requalificação dar-se-á quando cessarem os motivos que determinaram a suspensão” (HORWATH ALMEIDA, 2020, p.01).

Desta feita. Resta claro que não existe perpetuidade nas ações que cassam direitos políticos, dando-lhes caráter temporário e resolutório. Alexandre de Moraes postula neste sentido aos nos iluminar com sua compreensão sobre o tema; vejamos:

“A Lei nº 8.239, de 4-10-1991, que regulamentou o art. 143, § 1º, da Constituição Federal, acolhendo esse entendimento, determina que a recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não-fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade administrativa competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas. Apesar da lei referir-se à suspensão, trata-se de perda, pois não configura uma sanção com prazo determinado para terminar. O que a lei possibilita é a requalificação dos direitos políticos, a qualquer tempo, mediante o cumprimento das obrigações devidas” (MORAES, 1999, p. 142).

Como exposto no parágrafo anterior, fica claro que não haverá perda perpétua. Porém esta perda dependerá também do indivíduo, pois este deverá requer seus direitos novamente.

“A Constituição Federal de nosso país, principalmente o artigo 5º, visa garantir a defesa do cidadão perante ao Estado, bem como, interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos por esta. Daí nota-se que o Estado estaria tirando a defesa do cidadão, se houvesse uma imposição de perda perpétua, pois este visa proteger o cidadão no mais profundo interesse, garantindo ao cidadão os direitos à

condição humana e os direitos da cidadania. Vale lembrar ainda, que as penas de caráter perpétuo são vedadas, conforme art. 5º, inciso XLVII, letra b, pois esta é uma cláusula pétrea, sendo assim imutável tal colocação da constituição” (GODOY, 2020, p. 01).

E por oportuno, como consequências, o registro de candidato inelegível ou que não atenda às condições de elegibilidade será indeferido pela Justiça Eleitoral, ainda que não tenha havido impugnação. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão e, enquanto estiver sub judice (aguardando decisão judicial), prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica. E se a Justiça Eleitoral declarar a inelegibilidade do candidato ele terá o registro negado ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

1.1 CASOS DE INELEGIBILIDADE

O recurso ordinário apresentado pelo senador Ivo Narciso Cassol contra a decisão que o declarou inelegível por três anos por abuso de meios de comunicação nas eleições de 2010. Porém o Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia (TRE-RO) aplicou a sanção de inelegibilidade a Cassol ao julgar procedente Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral (MPE). *“Ivo Cassol foi acusado de se beneficiar de diversas ações do governo estadual durante as eleições. De acordo com o Ministério Público, o então governador de Rondônia João Cahulla, candidato à reeleição na época, e Ivo Cassol, entre outros, também se valeram de forma indevida de meios de comunicação (sites e impresso) para promoção pessoal, enaltecendo feitos administrativos, por meio de reportagens produzidas pelo Departamento de Comunicação do Estado de Rondônia (Decom)” (TSE, 2015).*

Ao não conhecer do recurso ordinário apresentado por Ivo Cassol contra a decisão do TRE, o relator, ministro Henrique Neves, afirmou que o recurso ajuizado no tribunal regional não veio acompanhado das razões recursais exigidas pela lei e que deveriam ser apresentadas pelos autores da ação.

E ainda, há o caso dos candidatos barrados pela Lei da Ficha Limpa que não tiveram nenhum dos votos computados pelo sistema de apuração da Justiça Eleitoral no período eleitoral, o qual será abordado a seguir.

“O ex-governador Cássio Cunha Lima (PSDB-PB) concorria ao cargo de Senador em 2010, recebeu 1.009.183 votos, porém o TRE indeferiu o pedido com base na Ficha Limpa, pelo motivo de ter sido condenado por abuso de poder econômico. O deputado federal Jader Barbalho (PMDB-PA) concorria ao cargo de Senador em 2010, recebeu 1.776.849 votos, teve pedido indeferido com base na Ficha Limpa,

visto que o MP pediu impugnação em razão de ele ter renunciado em 2001 para evitar possível cassação (estaria inelegível até 2011). A deputada federal Janete Capiberibe (PSB-AP) em reeleição em 2010, recebeu 27.775 votos, também teve pedido indeferido, pois o MP pediu impugnação por conta de condenação em processo de compra de votos em 2002. O deputado federal Paulo Maluf (PP-SP), também concorria à reeleição em 2010, teve 497.183 votos, mas o TRE rejeitou a candidatura por entender que ele estaria barrado pela Lei Ficha Limpa, uma vez que foi condenado por improbidade administrativa, em 26 de abril de 2010, pela 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” (OLIVEIRA, 2010, p.01).

Como exposto, foi apresentado algumas candidaturas barradas em razão da Lei da Ficha Limpa. Diante disso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) anulou os votos dos referidos candidatos que tiveram registro indeferido por causa da Lei da ficha limpa.

2 LEI COMPLEMENTAR Nº 135 DE 2010 - LEI DA FICHA LIMPA

A Lei da Ficha Limpa teve seu início de vigência no ano 2010, quando foi sancionada pelo então Presidente da República do Brasil, que surge de um momento histórico brasileiro, demarcado pelo clamor popular na mudança das condições de elegibilidade no Brasil.

Originada do Projeto de Lei Popular nº 518 de 2009, a Lei Complementar nº 135 de 2010 (Lei da Ficha Limpa) teve um curto período de trâmite desde a sua proposição, percorrendo curtos oito meses, sendo sancionada como um divisor de águas referente ao sistema eleitoral brasileiro e causando polêmicas desde a sua sanção presidencial.

As demandas políticas no Brasil sempre foram unidas com grandes debates sobre as formas de manifestação popular na escolha de seus gestores, havendo em um cenário recente brasileiro grandes manifestações populares na tentativa de mudar o aspecto político brasileiro.

Exemplos desses períodos marcantes da história brasileira são o final do regime ditatorial e os *impeachments* dos presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff, onde existiram momentos de grande clamor popular por mudança, que acabaram se tornando grandes marcos históricos brasileiros.

Pela ótica da manifestação popular no cenário político brasileiro, volta-se esse capítulo da pesquisa para a origem da Lei da Ficha Limpa, que recebeu a numeração de Lei

Complementar nº 135 de 2010, ano de sua sanção, vindo a modificar diversos artigos da Lei de Inelegibilidades.

Siqueira e Neves mencionam que:

- *“A história do Projeto de Lei Popular 518/09 começou na década de 90, nos anos de 1996 e 1997, com as campanhas da Fraternidade da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), respectivamente, Fraternidade e Política e Combatendo a corrupção eleitoral, que propugnaram, como os próprios motes indicavam, o combate à corrupção eleitoral. A participação popular como levante para a mudança e introdução de novos dispositivos, atendendo aos anseios populares, se deu por meio de Projeto de Lei Popular, com a numeração 518 de 2009, advindo de postulações realizadas anos anteriores, na segunda metade da década de 1990” (SIQUEIRA; NEVES, 2015, p.01).*

Tiveram grande influência nas formações de convicções populares a tentativa de invadir a esfera política e combater a corrupção, latente no cenário político nacional e que vinha se manifestando como uma das responsáveis pelas mazelas sociais no Brasil, urgindo uma liderança da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), enquanto propulsora da mudança.

A Lei da Ficha Limpa tem como base a negação ao registro da candidatura daqueles que tiverem se enquadrado nessas situações previstas no artigo 2º da Lei da Ficha Limpa. Em caso de expedição do diploma de candidato, deve-se haver a declaração de nulidade desse, pois está comprovada a sua impossibilidade de concorrer ao pleito eleitoral.

2.1 FICHA LIMPA E A INELEGIBILIDADE E SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS

A Lei Complementar nº 135/2010, mais conhecida como Lei da Ficha Limpa quando aplicada, torna inelegível por oito anos aquele candidato que tiver o mandato cassado, que renunciar para evitar a cassação ou for condenado por decisão de órgão colegiado, mesmo que ainda exista a possibilidade de recursos. Todavia, desde sua criação e a necessidade de mudança no panorama brasileiro, a Lei n. 135/2010 não logrou sucesso em acabar com a corrupção, afinal, não existe governos perfeitos, tampouco sistemas jurídicos perfeitos.

Nesse sentido, podemos observar que os ilícitos penais continuam a existir, que a descrença do cidadão brasileiro em governos aptos e honestos manteve-se ou até mesmo se agravou nos últimos anos.

“Podemos citar o impeachment do Presidente Fernando Collor de Melo, antes da Lei da Ficha Limpa, e da deposição da ex-Presidente Dilma Roussef. No caso da ex-presidente Dilma, não foi enquadrada na Lei da Ficha Limpa, foi condenada em um processo de impeachment, regido por lei específica. Já no caso do Collor não foi aplicado tendo em vista que ocorrido se deu antes da vigência da Lei da Ficha Limpa.

A situação se agrava ainda mais, quando um imbróglio envolvendo o ex-juiz, declarado incompetente pelo STF, no julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva nos casos do Sítio de Atibaia e um Triplex que, supostamente, seriam objetos decorrentes de corrupção” (RAMALHO; OLIVEIRA, 2020, p.01).

“Os Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 31 de agosto de 2018, decidiram por 6 votos a 1, em julgamento concluído na madrugada do dia 1º de setembro, pela rejeição do pedido de registro de candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) à Presidência da República baseando-se na aplicação da Lei da Ficha Limpa. Na sessão, os ministros acolheram a impugnação oferecida do Ministério Público, que apontou a inelegibilidade de Lula com base na Lei da Ficha Limpa, em razão da condenação confirmada e majorada em segunda instância por corrupção e lavagem de dinheiro. Como sabemos, lei proíbe candidaturas de políticos condenados em órgão colegiado da Justiça. Através dessa decisão, Lula ficou inelegível por oito anos após o cumprimento da pena de 12 anos e 1 mês, ficou proibido de aparecer no programa eleitoral para a eleição presidencial veiculado no rádio e na televisão a partir do dia primeiro de setembro, até que o PT o substituisse por Fernando Haddad” (RAMALHO; OLIVEIRA, 2020, p.01).

Sabe-se que a simples condenação de um pretense candidato em segunda instância por órgão colegiado implica em sua inelegibilidade, mas que, se o STF declará-lo inocente ou invalidar tal julgado e o mesmo ficar apito a se candidatar, diante disso:

Não estaria sendo interposto uma forma de impedir que algum candidato com grande probabilidade de vencer a eleição seja eleito? Afinal, sabemos que caso Lula estivesse opto a concorrer sem a declaração de sua inelegibilidade, possivelmente teria sido eleito novamente presidente da república, conforme pesquisas feitas tanto pela imprensa quanto por partidos políticos. O fato de o STF ter somente julgado incompetente o Juiz Sergio Moro em 2020, traz a

toda a fragilidade da lei da Ficha Limpa e a seriedade jurídica supracitada” (LELLIS, 2021, p.01).

A legislação prevê aqueles candidatos que tenham sido condenados por Tribunais de Contas, entidades de classe etc, sem que, todavia, a condenação tenha transitada em julgado. Assim, depreende-se que a lei esbarra com o art. 5º, LVII da Constituição, tal inciso trata da presunção de inocência, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Ademais, como esses tribunais e entidades não são o último grau de recurso à justiça brasileira, o ministro do Supremo tribunal Federal, Gilmar Mendes acredita que tenha havido uma condenação viciada barraria candidatos que não seriam necessariamente condenados na justiça. Assim poderia criar-se diversos tribunais com amplo poder de decisão fora da estrutura jurídica.

A exemplo dos Tribunais de Contas que podem desaprovar as contas de governadores, que, em decorrência disso, ficariam inelegíveis. Como se sabe, a nomeação de juízes dessas Côrtes é feita pelos chefes do executivo estaduais, o que cria um certo temor de uso político desses Tribunais de Contas, tornando inelegíveis candidatos de oposição aos governos estaduais. “Outrossim, há um temor de que esse regramento fira o princípio de presunção da inocência, tornando inelegíveis pessoas supostamente inocentes” (LELLIS, 2021, p.01).

Em que pese esses e outras preocupações, a Lei Complementar n. 135/2010, ao acrescentar o artigo 26-C, o qual prevê a possibilidade daquele que for condenado por órgão colegiado, requerer uma medida cautelar para suspender a inelegibilidade até o julgamento de seu recurso, ou seja, suspender os efeitos da condenação.

2.2 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL COM BASE NA LEI DA FICHA LIMPA

No que tange ao indeferimento ou deferimento da candidatura de postulantes a cargos eleitorais que passaram por condenações em segunda instância. Houve para tanto, um crescimento da demanda de votações dentro do Tribunal Superior Eleitoral,

especialmente com relação aos candidatos que fossem condenados em segunda instância e tentassem concorrer a um cargo eletivo.

Nesse contexto, importante se faz revelar o artigo § 10 do artigo 11 da Lei nº 9.504 de 1997:

“Artigo 11 (...)

(...)

§ 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade” (BRASIL, 1997).

Deve-se a priori, pelo que esclarece a Lei nº 9.504 de 1997, no ato do registro da candidatura do postulante à vaga eletiva serem visualizadas e apresentadas as causas de inelegibilidade do candidato, indeferimento seu pedido de registro de candidatura. Diante disso, a Lei da Ficha Limpa não encontraria respaldo legal para que fosse vedada o registro da candidatura daqueles que fossem condenados em segunda instância, como descreve a Lei Complementar nº 135 de 2010.

“Dentre os casos de maior repercussão social referente ao indeferimento do registro de candidaturas no ano de 2018, o que causa maior confrontação de ideias e posicionamentos foi quanto ao registro da candidatura do ex presidente Luis Inácio Lula da Silva. O ministro Luiz Fux disse nesta terça-feira (14), último dia como presidente e integrante do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que considera candidato condenado em segunda instância como inelegível. Esse critério de inelegibilidade é previsto na Lei da Ficha Limpa. Fux, também ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), deu a declaração durante uma palestra em Brasília. Ele não citou nenhum nome especificamente. O caso de maior repercussão de alguém condenado em segunda instância que vai tentar disputar a eleição deste ano é do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, indicado pelo PT como candidato à Presidência. Reforça pelo voto do ministro do Tribunal Superior Eleitoral Luiz Fux a condição de inelegível daqueles que forem condenados em segunda instância, reconhecendo seu posicionamento, especialmente no caso do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva” (RESENDE, 2022, p.01).

A mobilização gerada em torno do deferimento ou indeferimento da candidatura do ex presidente Lula veio a trazer à tona e chamar atenção da sociedade essa discussão sobre a inelegibilidade de alguns candidatos atingidos pela Lei da Ficha Limpa. *“De acordo com Fachin, de fato, pelo que diz a Lei da Ficha Limpa, condenados em segunda instância são inelegíveis. Mas o pronunciamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU a favor da candidatura de Lula obriga a Justiça Eleitoral a autorizar o registro” (COELHO, 2020, p.01).*

Portanto, inúmeros são os casos que houve a aplicabilidade dos dispositivos da Lei da Ficha Limpa pelos tribunais brasileiros, relacionados ao deferimento ou indeferimento do registro de candidaturas. Nesse contexto, tem-se vedado o registro de candidaturas de candidatos que tenham sua condenação pelo colegiado, ou seja, em segunda instância pelos tribunais.

2.3 DIVERGÊNCIAS DO POSICIONAMENTO DO STF E EFICÁCIA DA LEI DA FICHA LIMPA

Sabe-se que com o advento da Lei n. 135/2010 houve uma ampliação do rol de crimes, conforme demonstrado na alínea “e”, do Art. 1º, inciso I. Em suma são elas:

- 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;*
- 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;*
- 3. contra o meio ambiente e a saúde pública;*
- 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;*
- 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;*
- 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;*
- 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;*
- 8. de redução à condição análoga à de escravo;*
- 9. contra a vida e a dignidade sexual; e*

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando” (BRASIL, 2010).

Denota-se que quanto a rejeição das contas referentes ao exercício das funções ou cargos públicos, e a necessidade de a conduta do agente apresente dolo, o ajuizamento da ação judicial e a exigência de suspensão ou anulação da decisão pelo Poder Judiciário.

Ademais, pode-se mencionar a abolição da necessidade da decisão em trânsito em julgado para o pretense candidato estar inelegível, isto é, basta que somente haja decisão de órgão judicial colegiado a partir de uma nova lei. Ora, verifica-se aqui uma violação do princípio da presunção de inocência, o que compromete incisivamente o devido processo legal e a possível polarização da soberania popular e insegurança jurídica, haja vista o eleitor não poder manifestar sua vontade, por meio do voto, naquele candidato que não está mais elegível por decisão de órgão judicial colegiado a partir de uma nova lei.

Ademais, o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz em seu inciso LVII *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988)*. Tida como exemplo de impunidade, é uma garantia constitucional ofertada à todos os cidadãos e, até que se prove o contrário deve ser mantida e praticada, evitando, assim, a antecipação dos efeitos de uma condenação que não transitou em julgado.

Nesse sentido, aduz Bottini:

“Ser brasileiro, alistado, ter domicílio na circunscrição, filiado, ter idade mínima, ou ser alfabetizado, por exemplo, são condições de elegibilidade cuja existência não se relaciona com qualquer comportamento anterior sobre o qual recaia uma reprovação. Já a inexistência de condenação colegiada tem íntima relação com o reconhecimento de culpa pela prática de um crime” (BOTTINI, 2012, p.01).

Todavia, contrariando tal princípio, o STF reconheceu a constitucionalidade a Lei da Ficha Limpa. A Suprema Corte entende que não há violação da presunção de inocência por não impor pena, mas sim veda a elegibilidade. Vendo por outro viés, verifica-se que há a restrição ao cidadão de pleitear um cargo político, isto é, de certa forma impondo uma penalidade antes mesmo de ser esse pretense candidato considerado culpado por decisão transitada em julgado.

“(…) a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia seus efeitos, sempre em favor das

peçoas, contra o abuso de poder e prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não criminais, em ordem de impedir, dentre outras graves consequências, no plano jurídico(...)" (PAGANELLI, 2013, p.01).

Nesse sentido, a Lei da Ficha Limpa permite que a inelegibilidade seja declarada após decisão de um órgão colegiado. O ministro Dias Toffoli invocou o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, que somente admite a suspensão de direitos políticos por sentença condenatória transitada em julgado. Com relação à retroatividade da lei, votou pela sua aplicação a fatos ocorridos anteriores à sua edição.

"Já o ministro Gilmar Mendes acompanhou a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli, pois a lei não pode retroagir para alcançar candidatos que já perderam seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica dos municípios. Segundo o ministro a lei não pode retroagir para alcançar atos e fatos passados, sob pena de violação ao princípio constitucional da segurança jurídica. O ministro Celso de Mello, votou pela inconstitucionalidade da regra da Lei Complementar 135/10, a Lei da Ficha Limpa, que prevê a suspensão de direitos políticos sem decisão condenatória transitada em julgado" (STF, 2022).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu no mês de março deste ano, por 6 votos a 4, negar um pedido de mudança na aplicação da Lei da Ficha Limpa. Cujas ações apresentadas pelo PDT em 2020 argumentavam que os políticos enquadrados na Ficha Limpa ficam inelegíveis, atualmente, por um período maior que os 8 anos previstos na lei, porque esse prazo só começa a contar após o cumprimento da pena (NEVES, 2022).

Portanto, a Lei Ficha Limpa representa de certo um marco para a observância da legalidade no que se refere a punição aqueles que infringem a lei, legalidade essa reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo assim, a inelegibilidade seria imposta a aqueles pleiteadores que tivessem o processo julgado com definitividade, ou seja, transitada em julgado, indo, assim, ao encontro do que determina a Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo teve como foco a análise da eficácia da Lei da Ficha Limpa na aplicação das sanções aqueles que agredem de forma ímproba o escrutínio e a vontade soberana da sociedade brasileira, bem como um panorama da aplicabilidade de

tais impedimentos sem a observância do devido processo legal, trazendo pontos importantes da Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa.

Desta forma, a inelegibilidade é uma consequência restritiva do exercício da capacidade eleitoral passiva, gerada a partir da conduta do candidato, que foi considerada, pelo ordenamento jurídico, incompatível com o exercício do mandato e com a ficha limpa

Ademais, foi mencionado acerca da inelegibilidade da ex-presidente Dilma, embora não enquadrada na Lei da Ficha Limpa, por ser condenada em um processo de impeachment, regido por lei específica. E do Fernando Collor que também não foi aplicado tendo em vista que ocorrido se deu antes da vigência da Lei da Ficha Limpa.

Sabe-se que a necessidade de regras para se pôr uma certa ordem em um mundo multifacetado, no sentido de anseios e necessidades, que, por conseguinte são, teoricamente, acatados por meio de seus representantes políticos.

Assim, em decorrência da finalidade pública, termos como representantes pessoas fichas limpas, torna-se algo grandemente ansiado por todos, tanto pela boa aplicação do dinheiro público, quando pela lisura pessoal daquele que nos representa, afinal e contas a vida pessoal de um pretense candidato a nos representar é, para muitos, um possível reflexo de sua conduta perante a sociedade.

Ademais, a Lei da Ficha Limpa, nos trouxe um certo conforto, no que diz respeito às inúmeras questões mal resolvidas em tempos anteriores, em que praticas ímprobas corruptivas das lideranças políticas eram tão visíveis e observáveis que a insatisfação e descrença de que o Brasil poderia se tornar uma grande potência político-econômica, pautadas no verdadeiro e real Estado Democrático de Direito.

Logo, pode-se responder a problemática apontada no começo deste artigo, que a ausência de regulamentação dos dispositivos legais da lei da Ficha Limpa possibilitou um entendimento pelo STF no sentido de que, bastando que haja decisão de órgão judicial colegiado a partir de uma nova lei, tornar-se-á inelegível, conforme previsto anteriormente (item 3.3). Embora possa, esse inelegível, em uma futura absolvição com sentença condenatória transitada em julgado, não ter praticados aquelas condutas as quais o acusaram. Além disso, no início deste ano o Supremo Tribunal Federal decidiu negar um pedido de mudança na aplicação da Lei da Ficha Limpa, no âmbito que os políticos enquadrados na Ficha Limpa ficariam inelegíveis, atualmente, por um período maior que os 8 anos previstos na lei, porque esse prazo só começa a contar após o cumprimento da pena.

Portanto, se conclui que, independentemente das divergências existentes na Lei da Ficha Limpa, trata-se de um dispositivo eficaz e ferramenta indispensável para combater a

corrupção, favorecendo a realização de eleições mais democráticas, e que não há dúvidas de que foi um passo dado adiante e que, afastados os entendimentos contrários à sua constitucionalidade, é um poderoso instrumento regulador da atividade pública eletiva, de forma a evitar que candidatos com ações penais contra si possam atuar como representantes do povo que os elegeram.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Pressupostos de Elegibilidade e Inelegibilidades. In: Estudo de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1976.

APOCRIFO. **Inelegibilidade, e a perda dos direitos políticos:** quais as situações que levam um pretense candidato a se tornar inelegível no Brasil. Disponível em: <https://perfilremovido1611507632640744293.jusbrasil.com.br/artigos/128810853/inelegibilidade-e-a--perda-dos-direitos-politicos-quais-as-situacoes-que-levam-um-pretense-candidato-a-se-tornar-inelegivel-no-brasil>. acesso em: 01 abr. 2021.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** 5.^a ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lei da Ficha Limpa fere a presunção de inocência.** Revista Consultor Jurídico. 13/03/2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio-presuncao-inocencia> Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Constituição (1988). Brasília, DF: Presidência da República, (2016). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL, **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.** Senado Federal/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

COELHO, Gabriela. **Brasil deve seguir decisão da ONU e autorizar candidatura de Lula, vota Fachin.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/brasil-seguir-onu-autorizar-candidatura-lula-fachin>. Acesso em: 05 abr. 2022.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade:** inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e o abuso de poder. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Renascer do Direito:** Direito e Vida Social, Aplicação do Direito, Direito e Política. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

DECONMAIN, Pedro Roberto. **Elegibilidade e inelegibilidade.** 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

GODOY, Celso Martins de. **Perda e suspensão dos direitos políticos.** Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/perda-e-suspensao-dos-direitos-politicos/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2021

HORWATH ALMEIDA, Felipe Neri. **Direitos Políticos:** Breves apontamentos. 2014. disponível em: <https://felipenha.jusbrasil.com.br/artigos/124828123/direitos-politicos>. acesso em: 01 abri. 2021

LELLIS, Leonardo. **Lula venceria em todos os cenários de segundo turno.** Veja, 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/cnt-md-a-lula-venceria-em-todos-os-cenarios-de-segundo-turno/>. Acesso em: 02 out. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito Constitucional.** Editora Atlas, 6ª. Edição, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 34ª Ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Rafael. **STF rejeita pedido que encurtaria punição de condenados na Ficha Limpa.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/eleicoes/2022/03/09/stf-rejeita-pedido-que-encurtaria-punicao-de-condenados-na-ficha-limpa.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

OLIVEIRA, Mariana; REIS, Thiago. **Veja casos de candidatos barrados pelo Ficha Limpa que seriam eleitos.** 2010. Disponível em: <https://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/10/veja-casos-de-candidatos-barrados-pelo-ficha-limpa-que-seriam-eleitos.html>. Acesso em: 14 abr. 2022.

PAGANELLI, Wilson. **A presunção de inocência e a Lei da Ficha Limpa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3475, 5 jan. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23368>. Acesso em: 13 nov. 2021.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal - noções gerais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMALHO, Renan; OLIVEIRA, Mariana. **TSE decide por 6 votos a 1 rejeitar a candidatura de Lula a presidente**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/31/maioria-dos-ministros-do-tse-vota-pela-rejeicao-da-candidatura-de-lula.ghtml>. Acesso em: 02 out. 2021.

RESENDE, Sara. **De saída do TSE, Fux diz que candidato condenado em segunda instância é inelegível**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/14/de-saida-do-tse-fux-diz-que-candidato-condenado-em-segunda-instancia-e-inelegivel.ghtml>. Acesso em: 05 abr. 2022.

RODRIGUES, Horácio W. **Acesso à Justiça no Dir. Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Faculdades de Direito e construção da cidadania**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SIQUEIRA, Leonardo Guimarães; NEVES, Anderson Santana. **Afinal de contas, o que é a Lei da Ficha Limpa?**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19080/afinal-de-contas-o-que-e-a-lei-da-ficha-limpa>. Acesso em: 02 abr. 2022.

STF, Supremo Tribunal Federal. **STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa**. Disponível em: <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3026779/stf-decide-pela-constitucionalidade-da-lei-da-ficha-limpa>. Acesso em: 14 abr. 2022.

TSE, Tribunal Superior Eleitoral. **TSE não conhece recurso do senador Ivo Cassol (RO) sobre inelegibilidade**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Setembro/tse-nao-conhece-recurso-do-senador-ivo-cassol-ro-sobre-inelegibilidade>. Acesso em: 12 abr. 2022.

O ACESSO À JUSTIÇA E AS PESSOAS COM HIPER VULNERABILIDADE ECONÔMICA

IGOR MATHEUS GOMES PEREIRA:
Graduando do curso de Direito da Faculdade
de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins
(FCJP). ¹¹⁷

ISA OMENA FREITAS ¹¹⁸

(orientadora)

RESUMO: O trabalho teve como objetivo identificar na literatura existente o questionamento da pesquisa: "se há uso excessivo (leviano) do judiciário brasileiro na Justiça Federal pelos que tem gratuidade de justiça"? A relevância do trabalho diz respeito aos impactos orçamentários sobre a prestação dos serviços judiciais em observância à gratuidade, no que prevê a CF do Brasil (1988), "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Os objetivos específicos serviram para fazer uma breve análise na doutrina sobre o tema e fundamentar alguns pressupostos da gratuidade de Justiça, com indicadores no abuso de direito. Para tanto, se usou do método da pesquisa teórico-documental, em pesquisa bibliográfica, buscando identificar as atividades voltadas na disseminação da Gratuidade Judiciária. Concluiu-se na literatura examinada, não ser possível identificar para responder se há uso excessivo (leviano) do judiciário. Isto se deu por esta, não possuir dados disponíveis e consistentes que validasse o problema proposto, sendo que as informações obtidas demonstraram que as situações podem ser bastante díspares havendo provável inconsistência nos dados na adoção de critérios na concessão de gratuidade na Justiça Federal.

Palavras-chave: Gratuidade da justiça. Acesso à justiça. Abuso de Direito.

ABSTRACT: The objective of this study was to identify in the existing literature the questioning of the research: "if there is excessive (frivolous) use of the Brazilian judiciary in the Federal Court by those who have free justice"? The relevance of the work concerns the budgetary impacts on the provision of judicial services in compliance with gratuity, as predicted by the CF of Brazil (1988), "the State will provide full and free legal assistance to those who prove insufficient resources". The specific objectives served to make a brief analysis in the doctrine on the subject and to base some assumptions of the gratuity of Justice, with indicators in the abuse of law. To this end, the method of theoretical-

117 E-mail: igormgpereira@gmail.com

118 Prof.^a Mestre da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

E-mail: isaomfreitas@gmail.com

documentary research was used in bibliographic research, seeking to identify the activities aimed at the dissemination of Judicial Gratuity. It was concluded in the literature examined, it was not possible to identify to answer if there is excessive (frivolous) use of the judiciary. This was because of this, not having available and consistent data that validated the proposed problem, and the information obtained showed that the situations can be quite different, with probable inconsistency in the data in the adoption of criteria in the granting of gratuity in the Federal Court.

Keyword: Gratuitousness of justice. Access to justice. Abuse of Law.

1 INTRODUÇÃO

A administração pública tem nos princípios constitucionais a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, seu norteador para buscar soluções práticas para as exigências e anseios da coletividade. Dentre esses princípios constitucionais, estão à efetivação do acesso à justiça, que está atrelado a demandas de ordem econômicas, socioculturais, psicológicos e jurídicos, frente à burocratização do Poder Judiciário, naquilo que diz respeito as pessoas que se encontram em situação de hipervulnerabilidade econômica (ROKO, et al.; 2019).

De acordo Schmitt, (2017, p. 233), a hipervulnerabilidade pode ser conceituada como uma situação “social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor”.

A caracterização de pessoas hipervulneráveis está inserida no reconhecimento da insuficiência da categoria de vulneráveis e da necessidade de uma proteção qualificada pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e demais normas. Haja vista que o artigo 4º, XI da Lei complementar 80/1994, institui como papel institucional a Defensoria “exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”. (BRASIL, 1994).

Apesar do amparo a esses grupos sociais, não está alistado à hipossuficiência econômica, sendo esta considerada função institucional eminentemente atípica, tal que os avanços na doutrina e jurisprudência do sistema de defesa do consumidor têm auxiliado pessoas com diversas vulnerabilidades, em especial econômica, como salienta Carvalho; De Ávila Ávila, (2016, p.112), “de molde que os mesmos não se encontram mais relegado ao segundo plano da Justiça, principalmente pela falta de um porta-voz à altura das mazelas que lhes assolam”.

Entretanto, garantir hipossuficiência econômica, tem aberto margem para que haja interpretações das normas, acarretando distorções em decorrência de abusos do direito sem critério objetivo previamente definido. Ocorrendo dessa maneira, uma mitigação da garantia do amplo acesso à Justiça, de forma indiscriminada e promovendo a desordem no Poder Judiciário, em meio ao número de processos jurídicos que desembocam diariamente nos tribunais. (OLIVEIRA, 2018).

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo identificar se há uso excessivo (leviano) do judiciário brasileiro na “Justiça Federal” pelos que tem gratuidade de justiça, observando dois princípios constitucionais, previstos no art. 5º, incisos XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito — e LXXIV — o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, encontram-se em rota de colisão” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, a partir do objetivo já descrito acima, se buscou pesquisar neste estudo, os principais e recentes estudos sobre a gratuidade e acesso à justiça, observando conceitos e pressupostos apontados por autores como, Tartuce; Dellore, (2014); Roko, et al. (2019); Parizzi,. (2016). Neto, (2001). Oliveira, (2018); Carvalho; De Ávila Ávila, (2016); Scholz, (2016); Schmitt, (2014), etc., com foco e observância à questão: há uso excessivo (leviano) do judiciário brasileiro na “Justiça Federal” pelos que tem gratuidade de justiça?

Nesses pressupostos, para fundamentar os objetivos geral e específico se utilizou a pesquisa exploratória com ênfase no primeiro capítulo “da gratuidade de justiça”, junto a Leis e diretrizes etc., e, no segundo capítulo abordar “acesso a justiça” observando alguns indicadores do abuso de Direito, naquilo que diz respeito aos impactos orçamentários na prestação dos serviços judiciários (NETO, 2001)

Vale acrescenta que para realização destes capítulos, os dados bibliográficos foram realizados a partir da leitura de textos e livros, por via física e eletrônica, em especial o Google Acadêmicos, baseados em estudos relevantes e listados em Leis e documentos oficiais do Ministério da Justiça, de dados nacionais que entre outros estudos tivessem fontes especificamente em estudos científicos escritos na língua portuguesa e que decorresse identificar como se processa o uso da justiça gratuita no judiciário federal brasileiro.

Assim, para melhor compreensão e objetivo em pauta, se aponta no desenvolvimento do estudo, um breve referencial teórico, com os achados consistentes da pesquisa documental, e as considerações finais, onde se faz a conclusão, expondo o resultado final da pesquisa realizada.

2 DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

O acesso à justiça se consolidou na Constituição da República Federativa do Brasil (1988), que em seu artigo 5º, inciso LXXIV, intitula que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. (BRASIL, 1988). Isto conceitualmente, leva à compreensão de direito não só a assistência judiciária, ou seja, atos próprios de estar em juízo, mas também a gratuidade das despesas judiciais e a orientação préjudiciária ou extrajudicial (MARTINS, 2019, p. 205).

Contudo, a matéria gratuidade na justiça, mesmo que não seja recente, jamais deixou de ser um tema polêmico, onde historicamente a legislação nem sempre a tratou satisfatoriamente, cabendo à doutrina e à jurisprudência preencher as lacunas de acordo ao surgimento de casos concretos (DE OLIVEIRA, 2019).

É notório que a pobreza atinge um número muito grande de pessoas em especial no Brasil, sendo essa uma das maiores dificuldades de acesso ao poder judiciário pátrio, por ser também carentes de conhecimentos teóricos e práticos pra busca de seus direitos seja coletivos ou individuais. Levando a legislação somente para o campo da teoria, não passando de meras declarações, (NALINI, 2006). E ainda existe o fato de que a reforma do acesso à justiça, que diz respeito à assistência judiciária, carece do auxílio de um advogado, sendo este primordial para o desdobramento dos meios hábeis à celebração do pedido, onde ele é o instrumento para traduzir os dificultosos procedimentos estabelecidos pela ciência processual.

Diante daquilo que prediz à carta Magna a gratuidade de justiça é a isenção de pagamento das custas e despesas processual e honorário de um advogado. Nesse contexto a Assistência judiciária, será o auxílio prestado pelo Estado ao necessitado em atos judiciais. Assistência jurídica, gênero das espécies anteriores, envolve também a orientação extrajudicial daquele tido como necessitado na forma da lei (GALINDO, 2018).

As assistências jurídica e judiciária devem ser realizadas por meio de aparato Estatal ou de particulares em convênio com o Estado, que indicará advogados para a defesa dos interesses dos necessitados. Para tanto, atualmente no Brasil está à disposição os serviços da Defensoria Pública e dos advogados particulares conveniados a esta por meio da Ordem dos Advogados do Brasil. (MARTINS, 2019, p. 207).

A partir dessa citação, o acesso à Justiça também não concebe a possibilidade “de ajuizar uma ação judicial”. Sobre este tema Ramos (2017, p.13, apud CINTRA, p.33-35), aborda que existem outras implicações que sucedem deste direito essencial, tais como a ampliação “dos possíveis litigantes, seja com isenção de custas, seja mediante a tutela coletiva, a observância das regras procedimentais e a justiça e utilidade das decisões”.

De acordo o entendimento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 3), duas são os intuitos inesgotáveis deste direito basilar: 1. O meio para se reivindicar direitos e resolução de conflitos sob a tutela estatal; 2. E a justiça e retidão destas intervenções do Estado. Os autores enfatizam que a CF/88 não primou pela boa técnica redacional ao prever em seu art.5º, inserido no Capítulo I intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, direitos tidos como sociais.

Nessa visão, o Acesso à Justiça, insculpido tanto no inciso XXXV, como no inciso LXXIV45, ambos do aludido artigo, sobretudo no viés de “Assistência Jurídica gratuita disponibilizada pelo Estado, é exemplo desta falta de rigor conceitual”. (RAMOS, 2017, p.14). Em pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça – STJ é possível verificar o não reconhecimento da situação de hipervulnerabilidade do consumidor.

No julgamento do Recurso o *Acórdão 1359527, 07132904020218070000, do Relator: ALVARO CIARLINI, na Terceira Turma Cível, com data de julgamento: 28/7/2021, publicado no DJE: 18/8/2021, foi negado a gratuidade por “necessidade de comprovação de insuficiência – teto de 5 salários mínimos” (Termos Auxiliares à Pesquisa: JUSTIÇA GRATUITA, PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE, (<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/> Aceso em 15 de abr. 2022).*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. RESOLUÇÃO Nº 140 - DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na hipótese, a agravante pretende obter a reforma da decisão que indeferiu o requerimento de concessão da gratuidade de justiça.

2. A finalidade da justiça gratuita é garantir o amplo acesso à Jurisdição às pessoas notoriamente menos favorecidas economicamente.

2.1. O art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal e o art. 99, § 2º, do CPC, preceituam que a concessão desse benefício exige a efetiva demonstração da necessidade da medida, que não pode ser deferida com suporte na alegada presunção de hipossuficiência.

2.2. Por essa razão, é atribuição do Juízo examinar concretamente se o requerimento de gratuidade é realmente justificado pela hipossuficiência da parte.

3. O deferimento da gratuidade de justiça exige que o interessado demonstre efetivamente a alegada condição de hipossuficiência

financeira que o impede de arcar com as despesas do processo sem o comprometimento da manutenção de patrimônio mínimo.

4. A Resolução nº 140, de 24 de junho de 2015, editada pela Defensoria Pública do Distrito Federal, estabelece como pessoa hipossuficiente aquela que recebe renda mensal correspondente ao valor de até 5 (cinco) salários mínimos.

4.1. A adoção desse critério como parâmetro objetivo é suficiente para avaliar a possibilidade de deferimento da gratuidade de justiça em favor da parte que alega ser hipossuficiente economicamente.

5. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

Decisão: CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME.

Neste entendimento; o benefício da assistência judiciária é muito maior que o da justiça gratuita, pois conforme De Lira Neto, e De Menezes Magalhães (2015, p.3), em regra o próprio interessado na “concessão da gratuidade de justiça deve firmar uma declaração e na mesma garanta ser pobre no sentido legal do termo”, e/ou eleger sua pobreza através de documentos.

Carvalho e De Ávila Ávila, (2016, p. 120), afirmam que desses grupos hipervulneráveis implica no reconhecimento da “hipossuficiência da categoria de vulneráveis e da necessidade de proteção qualificada” pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e demais normas e no Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) que em seu Art. 98 também estabelece:

A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Achados em artigo, de Fábio Cristiano Woerner Galle (2007), aparecem como pobre ou grupos hipervulneráveis àqueles:

a) beneficiários da "Bolsa-Família" (Lei nº 10.836/2004), englobando famílias que tenham renda per capita situada entre R\$ 50,00 e R\$ 100,00;

b) beneficiários da Lei de Organização da Assistência Social (art. 203, V, da CF/88 c/c o art. 20, da Lei nº 8.742/93), englobando famílias que tenham renda per capita de até R\$ 95,00;

c) trabalhadores assalariados (art. 7º, IV, da CF/88 c/c o art. 1º da Lei nº 11.498/2007), englobando pessoas com renda mensal de R\$ 380,00;

d) contribuintes isentos do imposto de renda (art. 1º, I, da Lei nº 11.482/2007), englobando pessoas que recebam até R\$ 1.313,69 por mês;

e) beneficiários do Regime Geral da Previdência Social (art. 33 da Lei nº 8.213/91), englobando pessoas que recebam até R\$ 2.894,28 por mês;

f) valor do salário mínimo necessário 45, em oposição ao salário mínimo legal, orçado pelo Dieese – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos para o mês de agosto de 2007, em R\$ 1.733,88,

Nota-se que alguns destes critérios tem prevalecido na jurisprudência do STJ, pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, entendimento este de que não reúne condições de suportar as despesas do processo, sem prejuízo do sustento ou de família, em razão da evolução econômica, cada dia mais precária. Diante desse fato, emerge uma abordagem acerca do acesso à justiça conferida aos legítimos beneficiários na garantia constitucional em exame (SCHOLZ, 2016).

2.1 ACESSO A JUSTIÇA

Para adentrar no contexto do acesso à justiça é preciso enfatizar os conceitos e as características dos três entes, que concretizam substancialmente o Acesso à Justiça aos carenciados no ordenamento brasileiro: Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Gratuidade de Justiça (SCHOLZ, 2016).

Assistência Jurídica: como já mencionado a Constituição Federal de 1988, inaugura as previsões normativas sobre o Acesso à Justiça dos cidadãos carenciadas, prevendo em seu art. 5º, LXXIV119, a Assistência Jurídica integral e gratuita como um dever do Estado. Esta Assistência Jurídica integral e gratuita, conforme Ramos (2017, p.19) é o “corolário mais amplo para o Acesso ao Direito e à Justiça”. Esta garantia constitucional compreende tão-somente a isenção de despesas para o ajuizamento de ações judiciais, mas ainda a celebração judiciária gratuita, bem como consultas jurídicas e demais auxílios extraprocessuais.

A Assistência Jurídica cabal aos hipossuficientes adequa imparcialidade e equilíbrio na efetivação do Acesso à Justiça. A previsão contida no art. 5º, ainda, busca concretizar

119 “art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”. 62 O § 32, do art. 153, da EC nº 01/69, que alterou a CF/67, tinha esta redação: “§ 32. Será concedida assistência jurídica aos necessitados, na forma da lei.”. Por outro lado, a Lei 1.060/50, que regravava a assistência jurídica aos necessitados, assim preconiza em seu art. 1º, alterado pela Lei 7.510/86: “Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.”

outros princípios constitucionais fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (OLIVEIRA, 2018).

Vale ainda mencionar que para Ramos (2017, p. 20), o efeito da previsão da cautela constitucional que foi publicada em 12 de janeiro de janeiro de 1994- Lei complementar nº 80, que dispõe a Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, prediz que todo ente da federação em que tenha um "Poder Judiciário, deve instituir sua própria Defensoria" 120.

Assistência Judiciária: conforme Gajardoni, (2008, p.331) a Assistência Judiciária é o patrocínio gratuito de ações judiciais, é o serviço de postulação em juízo gracioso. Seguindo Cappelletti, (1988, p.13), o acesso à Justiça constitui, hoje, um movimento mundial, que pode, graficamente, se resumir em três fases (ou ondas) distintas:

- A primeira onda, preocupada pela assistência judiciária para os pobres.
- A segunda onda representou a mudança das regras tradicionais do processo civil para a tutela dos interesses coletivos e difusos.
- A terceira onda seria a etapa das reformas dos códigos existentes em função da necessidade de um enfoque de justiça mais efetiva.

120 A redação referente às funções institucionais da Defensoria Pública, incluída pela LC 132/09, especialmente os seguintes incisos:

"I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;
I

V – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;"

Autores como Nunes (2004) e Demo, (2001), enfatizam que é o ente mais utilizado pela população. O artigo 4º da Lei de Assistência Judiciária, como a popular lei 1060/50, promulga esse sentido ao dispor que:

A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar à custa do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

No entanto, é razoável exigir do cidadão a comprovação da insuficiência de recursos, mas somente quando se trate de assistência jurídica integral e gratuita, e isto por que:

- a) não se está falando apenas de ação judicial, mas de atos anteriores, de aconselhamento relativo ao comportamento que a pessoa deve ter diante do texto legal, de quais atitudes tomar, que caminhos, seguir, de assinar ou não um contrato, fazer uma queixa, firmar uma quitação, notificar alguém etc, podendo chegar, claro, na ação judicial já encampada e patrocinada totalmente pelo Estado;
- b) se está tratando de entrega direta de serviço público, com prestação de serviço completo, o que exige do Estado aparelhamento específico – escritórios, advogados etc. – e custo adicional. (Nunes, 2004, p.234).

Nesse caso, a doutrina delibera, sem sombra de dúvida, o que vem a ser a assistência jurídica integral e gratuita, e o Estado promoverá a assistência aos necessitados naquilo que se refere a aspectos legais, “prestando informações sobre comportamentos a serem seguidos diante de problemas jurídicos’, propondo ações e defendendo o necessitado nas ações em face dele postas”. (NERY JR, 2005, p. 77).

Gratuidade de Justiça: O acesso à justiça incide numa grande gama de garantias, que podem ser expressas pelo direito de parte do poder e ir até o Poder Judiciário e pleitear razões, para receber tratamento adequado dos auxiliares da justiça, juízes, obtendo assim, assistência jurídica e gratuidade da justiça, conforme forem o caso, mesmo em momento anterior à instauração de processo judicial, bem como, ter este resolvido por uma decisão efetiva e justa (Defensoria Pública, LC 132/09).

Diante esta constatação, a Lei 1.060/50, representou no Brasil um grande marco legislativo, embora que, muito antes dela, já se aplicava, de forma muito tímida, a gratuidade da justiça no país (ROKO, 2019).

Em síntese, corrobora-se com Tartuce; Dellore, (2014, p. 3) afirmando que: (i) assistência jurídica é a orientação jurídica ao hipossuficiente, em juízo ou fora dele; (ii) assistência judiciária é o serviço de postulação em juízo (portanto, inserido na assistência jurídica) e (iii) justiça gratuita é a isenção de custas e despesas (seja diante do serviço prestador de assistência jurídica, seja diante do advogado privado).

Buscando um entendimento melhor sobre este tema se faz uma breve abordagem na busca de justiça a partir da gratuidade no poder judiciário:

2.1.1 Gratuidade de justiça como forma de facilitação do acesso ao judiciário

O tema da gratuidade costuma ensaiar ponderáveis controvérsias e diversificadas visões por estudiosos, onde por um lado não nega que as partes carentes merece ter acesso à justiça com isonomia, de outro lado costuma-se desconfiar dos pleitos de gratuidade formulados em juízo, pressupondo ser fruto de dolo. (TARTUCE; DELLORE, 2014).

Em especial com fundamento na Lei 1.060/1950, que regula a assistência judiciária gratuita: e prevê um sistema estruturado para que a parte vulnerável economicamente faça jus ao acesso à justiça, buscando tornar sem efeito os óbices pecuniários que poderiam comprometer sua atuação em juízo.

Acordo Kuniuchi, (2013, p.37), a Lei 1.060/1950, por ser a única fonte normativa que regula o "tema da gratuidade no direito positivo brasileiro, sofreu várias mudanças ao longo dos anos, mas ainda tem dispositivos que se encontram atualmente fora de contexto"¹²¹

Resumindo pode-se dizer que houve uma onda renovatória de acesso à justiça referindo à assistência judiciária aos pobres. Neste mesmo sentido obtempera Raquel Pizetta (2014, p.33), aos membros da sociedade economicamente necessitados, surgiu a necessidade de garantir a todos o acesso à prestação à tutela jurídica do Estado. Este primeiro passo de assegurar a assistência judiciária, ficou conhecido como a Primeira ordem do acesso à justiça

A segunda foi marcada pela imprescindibilidade dos direitos e interesses difusos, enfatizando a importância das ações coletivas, objetivando fazer valer o direito de massa,

¹²¹ No Brasil, um critério objetivo para regular satisfatoriamente a concessão da assistência judiciária aos necessitados, ainda normatizada em parte pela Lei nº 1.060, de 5/2/1950, assim como para disciplinar o deferimento da justiça gratuita, que passou a ser regulamentada pelo novo CPC, desde quando entrou em vigor no dia 18/3/2016, sem, contudo, positivar o referido critério objetivamente, abrindo margem para que uma interpretação meramente literal de seu texto acarrete indesejáveis distorções em decorrência de abusos do direito e má-fé processual.

carente de conhecimentos técnicos e ignorada por grandes empresas e até mesmo pelo Estado (SCHMITT, 2014).

Mauro Cappelletti e Bryan Garth vão alegar que (1988, p. 18):

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está-se desenvolvendo do processo civil.

A angústia da segunda ordem culminou da incapacidade de o processo civil tradicional, de natureza individual, servir para a garantia dos direitos coletivos. É que a processo civil sempre foi visto como um instrumento para a disputa de particulares, tendo como intuito a resolução do conflito entre si a respeito de seus próprios anseios individuais.

Assim, esta “onda renovatória permitiu a mudança de postura do processo civil, que, de uma visão individualista, funde-se em uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos” (MELLO, 2010, p. 23).

De uma perspectiva equivocada, em que se pensava que se o direito ou interesse pertencia a todos é porque não pertencia a ninguém, percebeu-se que se o direito ou interesse não pertencia a ninguém é porque pertencia a todos, e, a partir desse enfoque, cuidou-se de buscar meios adequados à tutela desses interesses, que não encontravam solução confortável na esfera do processo civil (MELLO, 2010, p.22).

A mistificação processual não deixava brecha para a garantia desses direitos coletivos. Assim, o processo era vislumbrado como uma norma que tratava apenas de duas partes, tratando tão somente de assuntos de anseios individuais.

Não obstante, os direitos coletivos não se enquadravam nessa forma, até mesmo a diferença das normas procedimentais, as regras de legalidade, sobre tudo a atividade dos juízes que não procuravam interpretar as demandas por direitos coletivos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Assim, Mello (2010, p.23) argumenta que:

Essa nova concepção do direito pôs em relevo a transformação do papel do juiz, no processo, e de conceitos básicos como a citação e o direito de defesa, na medida em que os titulares de direitos difusos,

não podendo comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar em uma determinada região – é preciso que haja um “representante” adequado para agir em benefício da coletividade. A decisão deve, em tais casos, ser efetiva, alcançando todos os membros do grupo, ainda que não tenham participado individualmente do processo.

A sociedade atual com suas lides de massa, tendo por resultado a elevação do nível de dificuldade em suas relações, abre caminho para os direitos transindividuais, por esse motivo que é imprescindível o uso de mecanismos para conduzi-los quando precisarem. Nesta perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor (nº. 8.078/90) e a lei nº 7.347/85 estão elencados nesses fatores. E o CDC, em seu artigo 81 conceitua os direitos coletivos, como também os individuais:

Art. 81 - Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste código os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, ou transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária com uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

Nesse contexto, a falta de acesso à justiça não pode ser compreendida dissociada da realidade social. As pesquisas realizadas constataam a presença de barreiras econômicas, sociais, pessoais e jurídicas que prejudicam a realização desse direito de forma igual a todos (SCHMITT, 2014).

Nesse contexto, e com foco no objetivo dessa produção emerge uma pequena abordagem acerca do possível uso excessivo e/ou leviano do judiciário brasileiro da justiça federal pelos que tem gratuidade na justiça, sendo este um dos grandes entraves da garantia constitucional.

2.2 DO ABUSO DE DIREITO

Como já citado acima, as hipóteses que se pretende discutir aqui não são sobre o direito ao acesso à Justiça gratuita, mas sim, os entraves que o judiciário brasileiro enfrenta

com a quantidade de feitos a ele exposto, por não conseguiu atender aos seus jurisdicionados com a eficiência e celeridade previstas no texto constitucional, inseridos, respectivamente em seu art. 37 e art. 5º, inciso LXXVIII.

Em ênfase a essa problemática, observa-se que uma das principais causas dessa questão que se dá por conta de o direito ao acesso à justiça, a partir da Constituição de 1988, ter se configurado como direito fundamental e petrificados do cidadão, sendo o acesso ao judiciário concebido como o único meio legítimo para a solução de conflitos. Essa ideia pode ser explicada, em parte, pela observação do fenômeno da Constitucionalização dos direitos processuais (GALINDO, 2018).

Contudo, autores como Oliveira, (2018, p.298), afirmam que não existe no Brasil não existe, no Brasil, um critério objetivo para regular satisfatoriamente a concessão da assistência judiciária aos necessitados. E o mesmo autor ainda enfatiza que:

Normatizada em parte pela Lei nº 1.060, de 5/2/1950, assim como para disciplinar o deferimento da justiça gratuita, que passou a ser regulamentada pelo novo CPC, desde quando entrou em vigor no dia 18/3/2016, sem, contudo, positivar o referido critério objetivamente, abrindo margem para que uma interpretação meramente literal de seu texto acarrete indesejáveis distorções em decorrência de abusos do direito e má-fé processual. (Oliveira, 2018, p.298).

Para tanto, O art. 187 do Código civil dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Para Fiuza; De Figueiredo (sem data p.9) o abuso de direito ocorre, quando uma pessoa, “ao exercer direito legítimo, excede os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, ou seja, é mesmo ato ilícito, não intrinsecamente ilícito, como o homicídio, ou um avanço de sinal de trânsito, e neste sentido, a questão que se levanta é no entendimento de que o legislador mistura os dois institutos, analisando-os apenas pelos efeitos, o que poderia tornar insuficiente a sanção atribuída aos casos de abuso de direito.

Assim, vale importar e analisar o uso e abuso da justiça gratuita *versus* o princípio constitucional do amplo acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito, devido à ilusória desarmonia¹²² entre referidos institutos, com a intenção de exibir uma proposta

¹²² Lei Federal 8.078 de 1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que está disposto no Código Civil Brasileiro, considera, em seu art. 28, abuso de direito e ato ilícito como institutos independentes, a destacar: *Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da*

de compatibilização para garantir aos jurisdicionados a possibilidade de efetivação dos seus direitos em juízo, quando o benefício for regularmente concedido e, surpreendentemente, mesmo se restar indeferido, "por ser destituído de fundamento e em desacordo com a situação econômico financeira do postulante, de modo a evitar efeitos nocivos sobre todo o sistema, através da preservação da saúde orçamentária institucional" (DE OLIVEIRA, 2019, p. 119).

Nesse pressuposto, a legislação é clara e invidiosa, inclusive, no STJ:

Processual – Pedido de Assistência Judiciária gratuita – Requisito – Prazo – É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício da justiça gratuita – Recurso provido isso porque a garantia que está em jogo é a do acesso à Justiça e não a do direito do Estado arrecadar taxas, contudo o. §1º do art. 4º da Lei de Assistência Judiciária, (Lei 1060/50) resolve a pendência: Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais (BRASIL, 1950).

Pode-se acrescentar, que as consequências do abuso de direito, enquanto ilícito funcional pode ser as mais diversas, variando da simples indenização à anulação do ato, dentre outros.

Vale acrescentar que apesar de não reconhecer nitidamente a doutrina do abuso de direito, como fazem outras legislações, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/90) distingue o ato abusivo do ato estritamente ilícito, considerando-os independentemente.

Contudo ainda há a temática dos direitos subjetivos que leva algumas divergências quando não eliminou a teoria do abuso de direito, pois, considerando o que o direito objetivo permite e proíbe, restaria uma zona intermediária, preenchida pelo abuso quando se reconhece e a existência do problema do abuso, bem como a grande quantidade de exemplos práticos da abusividade em nosso cotidiano, mas acredita-se, contudo, que o direito não pode considerar o ato abusivo sem a modificação da própria Lei.

Autores como Tartuce; Dellore, (2014); Demo (2001); Gajardoni, (2018) entre outros apontam, que tem se amontoado inúmeros processos na Justiça Federal, isto se dá em função ao crivo da Justiça em qualquer questão ou suposta lesão a direito, por mais

sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos do contrato social. [...]

insignificante que, aparentemente, fosse. Como também o litigar judicialmente, não acarretasse custos, tal proposição seria válida e inatacável.

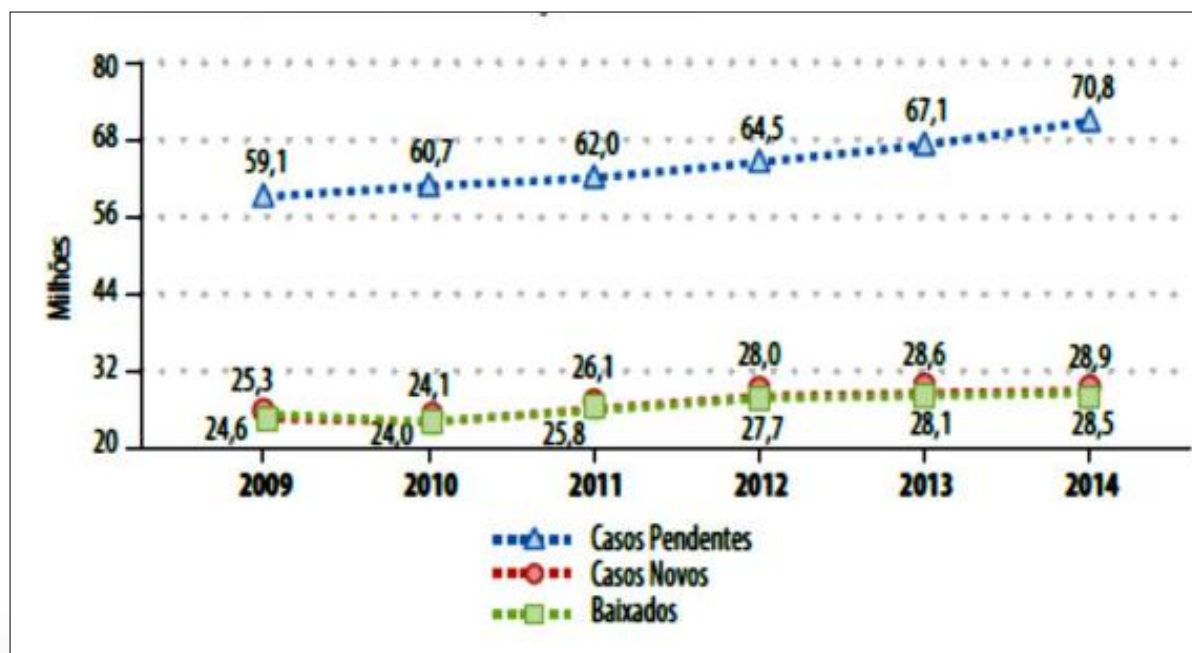
A realidade, todavia, é outra, já que os custos existem e, no caso das ações judiciais, são elevadas e suportadas não apenas pelas partes dos processos, mas por todo conjunto da sociedade.

Os autores Tartuce; Dellore, (2014 p. 2), enfatizam que embora haja afirmações correntes sobre a suposta abusividade nos pedidos de gratuidade em juízo, faltam dados concretos sobre sua verificação. Avaliam que não há dados consistentes precisos para responder os seguintes questionamentos:

A maior parte dos litigantes pleiteia gratuidade? Em caso positivo, quantos têm seus pedidos atendidos? Quantos desses atendimentos são corretos? Sem dados qualitativos é difícil concluir se há abusos, embora cada advogado, em seu próprio “laboratório de casos”, tenha suas impressões a respeito.

No entanto, estas prerrogativas são fatos que além da capacidade de prolação de decisões do Poder Judiciário é interpretado como limitada, observando que, quanto maior o número de processos ajuizados, mais demorada será, em média, a solução de cada um deles. Como se sabe, a celeridade é condição primordial para a efetividade das decisões judiciais. A figura 01 abaixo mostra o relatório da justiça em números no período de 2009 a 2014

Figura 01: Números de casos pendentes na justiça:



Fonte: Relatório Justiça em Números 2015.

Observando esses números de casos Parizzi, (2006, p.30) aponta em seus estudos que 2009 até 2014 o número de casos novos por ano aumentou de 25,3 milhões para 28,9 milhões, o que representa um acréscimo de aproximadamente 14% no número de ações ajuizadas.

O acervo de processos pendentes, por sua vez, aumentou em cerca 19%. Isso nos leva à conclusão de que mais pessoas ingressam no judiciário e mais processos se acumulam diante da incapacidade de se resolverem todas essas demandas. O mesmo relatório afirma que as despesas em 2014 foram de R\$ 68,4 bilhões, o que representou um crescimento de 4,3% em relação a 2013 e 33,7% em relação ao último sexênio. (PARIZZI, 2006, p.30).

Ao observar essas demandas entre 2009 e 2014, o número de casos pendentes subiu de 59,1 milhões para 70,8 milhões, de forma que a cada ano o número de ações ajuizadas somente cresce, enquanto que a quantidade de processos baixados é inferior à quantidade de processos novos. (PARIZZI, 2006, p.9). Conforme mostra a figura 1, essa grande quantidade de processos debelados ao Judiciário que se aglomeram nas prateleiras, a doutrina brasileira alcunhou de “crise numérica do judiciário Mancuso, (2001, p.44)”, e se caracteriza quando a resolução dos conflitos já postos perante o judiciário não se mostra mais célere que o surgimento de novas demandas, conforme constatações e dados acima (CNJ, 2014).

A chamada “crise numérica do judiciário” pode ser definida pela constatação da incapacidade do Poder Judiciário brasileiro em lidar com a quantidade de processos que lhes são submetidos anualmente. Isto é, a cada ano os processos se acumulam gerando um congestionamento⁴ que compromete a eficácia dos direitos substantivos, tornando a justiça cada vez mais lenta e ineficiente. (PARIZZI, 2006, p.9).

Ainda no limiar da “crise numérica”, quando a efetividade da prestação jurisdicional é afetada pela imensa e quase inesgotável quantidade de processos submetidos ao crivo do Judiciário, pode dizer que as demandas que não possuem possibilidade de êxito, ou que decorrem de condutas ilegais institucionalizadas estão ocupando indevidamente um espaço que deveria pertencer às causas que realmente padecem de prestação jurisdicional (GALINDO, 2018).

2.2.1 Os números da gratuidade na Justiça Federal

O Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, estruturado nos termos de Resoluções tem buscado contribuir e aprimorar o funcionamento do Poder Judiciário, por meio de medidas que permitam a redução judicializada e racionalização de procedimentos, propondo notas técnicas, tendo por base os critérios e os impactos da concessão da gratuidade judiciária no âmbito da Justiça Federal, com sugestões para o aperfeiçoamento das ações relacionadas ao instituto e para a redução dos respectivos impactos sobre o orçamento e a litigiosidade. Em especial por ter se observado que na Justiça Federal de primeiro e segundo grau, é bastante expressiva a proporção de concessões de gratuidade da justiça nos processos em tramitação, sendo que o maior percentual está concentrado nas ações dos juizados especiais.

Uma nota em destaque é do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal - NOTA TÉCNICA N. 22/2019; estruturada nos termos da Resolução n. 499/2018, junto ao Conselho da Justiça Federal – CJF, que no exercício da função descrita no art. 2º, inciso I, a e d123 e inciso II, a e b124, a referida Resolução, direciona soluções para essas demandas.

Essa nota técnica ainda identifica os dissensos na adoção de critérios para a concessão da gratuidade e propõe que o tema seja objeto de análise neste Centro Nacional, além de debates internos entre os magistrados na busca de alinhamentos.

Nesse contexto, insere-se esta nota técnica, por meio da qual se procurará trazer ao conhecimento e promover o compartilhamento de informações sobre critérios e impactos da concessão da gratuidade judiciária no Poder Judiciário Federal, com vistas a uma mais ampla compreensão dos efeitos do uso intenso do instituto e à proposição de eventuais medidas que contribuam para o seu uso mais racional, previsível e com menores impactos sobre o custeio da prestação dos serviços judiciários (BRASIL, Resolução n. 499/2018).

123 Art. 2º Compete ao Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal: **I - o monitoramento de demandas judiciais, visando:** a) prevenir o ajuizamento de demandas repetitivas ou de massa, a partir da identificação das possíveis causas geradoras do litígio, com a possível mediação e encaminhamento de eventual solução na seara administrativa; d) informar aos Tribunais Regionais Federais e à Turma Nacional de Uniformização a possibilidade de adoção de mutirões de julgamentos de processos que versem sobre matéria idêntica, bem como propor soluções de natureza não jurisdicional em razão de conflitos repetitivos ou de massa;

124 **II - o gerenciamento de precedentes, visando:** a) subsidiar a indicação de recurso especial ou extraordinário representativo de controvérsia, nos termos do art. 1.036, caput e § 1º, do CPC, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, com a apresentação de dados do impacto numérico (quantidade de processos ajuizados e suspensos, assim como de pessoas abrangidas) e do impacto financeiro relacionado a processos em tramitação fundados em idêntica questão de direito;

Entretanto, buscando alinhar algumas demanda a nota quantifica a proporção de processos com assistência judiciária gratuita enfatizando que não há dados totalizados nacionalmente que permitam uma estimativa precisa da proporção de processos com gratuidade judiciária concedida (Resolução n. 499/2018). Mas informações ali contidas apresenta que as situações podem ser bastante díspares nas regiões, salientando que há uma provável inconsistência nos dados, uma vez que nem todos os sistemas adotam esta informação como obrigatória, e em alguns casos, ela fica na dependência da alimentação pelo advogado, ao ajuizar a demanda.

O quadro 01 abaixo demonstra os dados disponibilizados no relatório, da Nota Técnica n. 22/2019, que de alguma elucida o quanto os impactos da concessão, pode-se avaliá-los sob o aspecto do custo do serviço e sob a perspectiva do acesso à Justiça, que decorrem da isenção de custas e das despesas com perícias, estas imputadas, em grande medida, ao orçamento do Poder Judiciário brasileiro.

Quadro 01: Números de processos em tramitação e deferidos no judiciário

Origem/2016/2019	Processos em tramitação	Gratuidade Judiciária Deferida
4ª região	1.819.922,	426.034
TRF4	167.400	52.328
2ª Região,	1.022.754	56.751

Fonte: Adaptada pelo autor.

O quadro apresenta um do total de "1.819.922, processos em tramitação, sendo que, há registro no sistema de que a gratuidade judiciária foi deferida em 426.034 processos e isto correspondentes a 23,41% dos casos". No entanto, vale mencionar que estes dados ainda estão subestimados por falta de informação em outros sítios e regiões. Ainda aponta que no TRF4 estão em tramitação 167.400 processos, havendo concessão de gratuidade judiciária a 52.328 em processos correspondendo a 31,26% dos feitos.

O relatório ainda prediz que se for retirado do total de processos em tramitação as demandas de juizado especial federal, "partindo-se de um total de 1.060.287 processos, a proporção média de feitos com gratuidade judiciária deferida cai para 7,51% alcançando 79.676 casos".

Observa-se que a dificuldade reside no uso exagerado e, por vezes, abusivo do instrumento e no convite que vem sendo feito ao seu uso temerário, pelo próprio Poder Judiciário, na medida em que é muito grande a diversidade de critérios objetivos sobre os pressupostos para a obtenção da gratuidade judiciária. (ROKO, et al. 2019)

Tendo em vista que tal garantia é um direito fundamental do cidadão, cabe ao Estado assegurar a efetividade da norma. Sobretudo no que concerne a democratização da justiça para viabilizar ao cidadão ser ouvido nos tribunais, bem como terem acesso às informações sobre direitos de proteção judiciária e possibilidades da assistência gratuita, sem causar danos ao poder judiciário, ligado ao artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste parâmetro, atesta-se que, em tese, a viabilização ao acesso à justiça está assegurada; contudo, existem óbices acerca da efetivação da acessibilidade à ordem jurídica equitativa, que em muitos casos, espécies de convite ao ajuizamento de demandas sem qualquer necessidade de análise de custo-benefício ao requerente, leva-o ao tentar a sorte na Justiça, ainda que com demandas temerárias, e muitas vezes com riscos da eventual litigância muito pouco

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição teórica serviu como basiladores para compreender a necessidade de introduzir aos gestores públicos às disciplinas de gestão ao acesso à justiça, uma vez que é uma exigência da constituição Federal, na gestão do Poder Legislativo na sua área de atuação. Assim, os magistrados devem considerar, estrategicamente, o conhecimento das normativas como seu mais relevante ativo.

Deste modo, as práticas que estejam relacionadas ao acesso gratuito devem propor um amplo debate entre os magistrados e seus impactos na prestação da justiça, observando que estes sugerem respectiva afetação, com vistas à eventual formação de precedente vinculante para além da garantia do direito de acesso ao Poder Judiciário. Entendendo que a concessão em grande quantidade do benefício da gratuidade da justiça tem produzido importantes efeitos sobre alitigiosidade de massa, e vem configurando, em muitos casos, espécie de convite ao ajuizamento de demandas sem qualquer necessidade de análise de custo-benefício ao requerente.

Estas prerrogativas devem ser consideradas como elemento promissor para justiça federal uma vez que tornam possível a transmissão de muitas informações de uma gestão para outra, evitando que os investimentos no uso excessivo (leviano) do judiciário na gratuidade de justiça, deixem de ser investido na capacitação de pessoal e na implementação de projetos comprometidos com mudança desses gestores na busca de alinhamentos.

Nesse entendimento a contribuição teórica veio somar às discussões sobre o tema e contribuir para o preenchimento lacunas existentes na formação acadêmica.

Já enquanto contribuições práticas, não há dúvida sobre a vasta quantidade de informações que existe dentro e fora do judiciário brasileiro, sendo que o trabalho desenvolvido possibilitou a transferência do conhecimento gerado a partir dos fluxos de informações sendo relevante identificar às questões sobre o uso da gratuidade da justiça e o acesso à mesma. Desse modo, a que elaboração, dessa produção (TCC II) foi indispensável para se ter o conhecimento prático sobre tema proposto alcançando o objetivo principal que foi identificar se há uso excessivo (leviano) do judiciário brasileiro na “Justiça Federal” pelos que tem gratuidade de justiça concluindo que a partir da literatura examinada, não foi possível responder o problema da pesquisa por esta não possuir dados disponíveis para verificar se há uso excessivo (leviano) do judiciário brasileiro na “Justiça Federal” pelos que tem gratuidade de justiça, observando que as informações obtidas demonstraram que as situações podem ser bastante díspares havendo provável inconsistência nos dados na adoção de critérios para a concessão da gratuidade.

. As recomendações para trabalhos futuros, leva a considerar que ainda é um desafio criar condições para fazer do Poder Público em especial o Judiciário Federal, um ambiente propício à geração, documentação, preservação, disseminação e compartilhamento de dados sobre o uso e o abuso da justiça gratuita. Esses fatos vêm contribuindo para a construção de novos e variados critérios para a avaliação da insuficiência econômica com vistas à assistência judiciária gratuita, gerando ainda maior dispersão da jurisprudência sobre o tema.

Recomenda-se, deste modo, estender a pesquisa a todos os envolvidos nas atividades da justiça federal, incluindo, atividades de apoio da instituição. Sugere-se, ainda, o estudo das barreiras e facilitadores da implantação da gestão sobre o acesso a justiça gratuita, após delinear os fatores críticos para o sucesso da gestão judiciária, de modo que, novos atores possam a partir disso, trocar informações e conhecimentos agregando valor na proposta de medidas mais específicas pertinentes à racionalização das perícias nos processos em que é deferida a gratuidade judiciária.

REFERÊNCIAS

BRASIL DO CONSUMIDOR, Código de Defesa. Diário Oficial da União. **Brasília, DF**, v. 12, 1990.

BRASIL. Constituição. Presidência da república. **Decreto Lei**, n. 200, 1988.

BRASIL. **Lei 1.060 de 5 de fevereiro 1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467. de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 580.880. Rel. Min. Menezes Direito, votação unânime, j. 07/04/2009;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 550.202. Rel. Min. Cezar Peluso, votação unânime, j. 11/03/2008.

BRASIL. NOTA TÉCNICA. Rel., p/ acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. em 25.11.2009, DJe 27.09.2010.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Reimpresso em 2002.

CENTRO NACIONAL DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NOTA TÉCNICA N. 22/2019; BRASIL, **Resolução n. 499/2018.**

CARVALHO, José Lucas Santos; DE ÁVILA ÁVILA, Flávia. A Hipervulnerabilidade Social do Sujeito de Direito a Partir do Estudo de Caso da Comunidade Carrilho, Município de Itabaiana/SE. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, v. 2, n. 2, p. 110-129, 2016.

CNJ. **Justiça em números 2020.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 02 de mar. 2022.

DE LIRA NETO, André Xavier; DE MENEZES MAGALHÃES, Caio Júlio. O USO INDEVIDO DO TERMO "POBRE NA FORMA DA LEI" DE ACORDO COM O NOVO CPC. **SUPERIOR DE JUSTIÇA.** Belo Horizonte 2019.

DE OLIVEIRA, Lupércio Paulo Fernandes. Uso e abuso da justiça gratuita ante o princípio constitucional do amplo acesso à justiça e respectivos impactos no orçamento do TJMG. **Revista Amagis Jurídica**, v. 2, n. 14, p. 101-129, 2019. Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/> Acesso em: 14 mar. 2022.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Assistência judiciária gratuita. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 3, n. 31, 2001.

FIUZA, CÉSAR; BRITO, LUCAS PIMENTA DE FIGUEIREDO. PARA UMA COMPREENSÃO INTEGRAL DO ABUSO DE DIREITO. (Sem data)

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2008. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

GAJARDONI, Fernando. Gestão De Conflitos Nos Estados Unidos e No Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n. 3, 2018. Disponível em:

<https://scholar.google.com.br/> Acesso em: 02 mar. 2022.

GALINDO, Eloah. **O acesso à Justiça e as pessoas com hipervulnerabilidade econômica**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/34098>. Acesso em: 16 abr. 2022.

GALLE, Fábio Cristiano Woerner. Justiça de todos - Operadores devem refletir sobre assistência gratuita. **Revista Consultor Jurídico**, 22 out. 2007. Disponível em: <<https://conjur.estadao.com.br/static/text/60580,1>>. Acesso em: 16 abr. 2022.

KUNIOCHI, Hamilton Kenji. **Assistência jurídica aos necessitados: concepção contemporânea e análise de efetividade**. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 80, 2011., 2001.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. A Gratuidade de Justiça no Novo Código de Processo Civil. *Juris Poiesis-Qualis B1*, v. 22, n. 30, p. 203-229, 2019.

MELO, Clóvis Alberto Vieira de. **Corrupção e políticas públicas: uma análise empírica dos municípios brasileiros**. 2010.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

NETO, Inácio de Carvalho. **Abuso do direito**. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, Lupércio Paulo Fernandes De. **Uso e abuso da justiça gratuita ante o princípio constitucional do amplo acesso a justiça e respectivos impactos no orçamento do TJMG**. 2018. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/> Acesso em: 12 abr. 2022

PARIZZI, João Hagenbeck. **Abuso do direito de litigar**: Uma interpretação do direito de acesso ao judiciário através do desestímulo econômico dos litigantes habituais. 2016.

PIZETA, Raquel; PIZETTA, Edimar Pedruzi; RANGEL, Tauã Lima Verdán. A Morosidade Processual como entrave ao Acesso a Justiça. **Boletim Jurídico, Uberaba/MG**, a, v. 5.

RAMOS, Felipe Pavan. **Os legítimos beneficiários da gratuidade de justiça na ordem constitucional brasileira**. 2017. Tese de Doutorado.

ROKO, João Victor Ferreira et al. O ACESSO À GRATUIDADE DA JUSTIÇA. **Anais do EVINCI-UniBrasil**, v. 5, n. 1, p. 171-171, 2019.

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

SCHOLZ, Júlia Farah; DAL RI, Luciene. ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DE SANTA CATARINA? OS DESAFIOS DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. **Revista Direito em Debate**, v. 25, n. 45, p. 28-44, 2016.

SCHWARTZ, Fabio. A Defensoria Pública e a proteção dos (hiper) vulneráveis no mercado de consumo. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-19/>. 2016. Acesso em: 02 mar. 2022.

STOCO, Rui. **Abuso de direito e a má-fé processual**. São Paulo: RT, 2001.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. Gratuidade da justiça no novo CPC. In: **Revista de Processo, São Paulo**. 2014. p. 305-323.