

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 688

(Ano VIII)

(26/8/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

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

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

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

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

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



26/08/2016 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [Mandado de Prisão com Difusão Vermelha \(red notice\)](#)

ARTIGOS

26/08/2016 Caroline Riekehr Tabosa

» [A trajetória histórica da construção dos direitos humanos](#)

26/08/2016 Paula Siqueira Viana

» [A sujeição passiva tributária antecipada à luz da jurisprudência do supremo Tribunal Federal](#)

26/08/2016 Maura Dias Ferreira de Pinho

» [As limitações da autocomposição](#)

26/08/2016 Gisele Adriane Fonseca

» [O crime de denúncia caluniosa e a retratação dos fatos nos crimes de violência doméstica](#)

26/08/2016 Thais Campos Olea

» [A desigualdade de gênero e o feminino: para onde caminha o direito?](#)

26/08/2016 Marcos Mauricio dos Reis Souza

» [Advocacia Popular: uma latente necessidade em Alcântara-MA](#)

26/08/2016 Tauã Lima Verdun Rangel

» [Anotações ao Reconhecimento Jurisprudencial do Princípio da Não-Regressão Urbanístico-Ambiental](#)

MONOGRAFIA

26/08/2016 Gilson Nunes Loureiro

» [A não recepção do artigo 128, II do Código Penal](#)

MANDADO DE PRISÃO COM DIFUSÃO VERMELHA (RED NOTICE)

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Advogado. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Assessor de Procurador-Geral da Câmara Legislativa do Distrito Federal (PG/CLDF). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

No Brasil, salvo as hipóteses de flagrante delito, somente um juiz pode decretar uma ordem de prisão, sendo que até recentemente, uma prisão decretada por um juiz de uma unidade da federação, para ser cumprida em outra, exigia-se que o mandado fosse deprecado no juízo onde o procurado fosse localizado, o que as vezes, acabava gerando a soltura do detido, considerando a demora nos trâmites entre a expedição e o cumprimento de uma carta precatória. Isso somente foi amenizado com a alteração do CPP, pela Lei n. 12.403/2011, que acrescentou o art. 289-A, que determina que o juiz competente que expedir uma ordem de prisão (cautelar ou condenatória) deverá providenciar o imediato registro do mandado no banco de mandados de prisão a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

O Mandado uma vez registrado no banco de mandados do CNJ passa a ter a sua validade presumida em todo o Brasil, além de contar com ampla publicidade (difusão), facilitando, assim, o seu cumprimento em outra unidade da federação. Neste sentido, o procurado pode ser preso por qualquer agente policial, ainda que fora da competência territorial do juiz que expediu a prisão, mas somente se o mandado estiver registrado no CNJ. Do contrário, deverá a autoridade policial do local em que se deu o cumprimento da prisão fazer diligências cartorárias para verificar a autenticidade do Mandado de prisão, bem como comunicar ao juiz que a decretou, o qual, deverá providenciar o registro do mandado no banco do CNJ. Feito isso, a prisão será comunicada imediatamente ao juiz do local em que foi cumprida, que, por sua vez, providenciará a certidão extraída do registro no CNJ (via internet) e informará ao juízo que decretou a medida.

O preso será informado dos seus direitos constitucionais, nos termos dos incisos LXIII do art. 5º da CFRB, e, caso não informe o nome do seu advogado, deverá a autoridade responsável comunicar à Defensoria Pública local.

Assim, entendemos que o lançamento do mandado de prisão no banco de mandados do CNJ tem como efeito a difusão no território nacional da respectiva ordem judicial, autorizando a prisão do procurado por qualquer agente público, ampliando a jurisdição de um juiz local, no tocante aquela ordem judicial expedida.

Mas até aqui, nada se falou sobre o instituto da "difusão vermelha" (*red notice*), objeto do título do presente *paper*.

Pois bem.

A chamada "difusão vermelha" (*red notice*), nada mais é do que a notícia da existência de um alerta na Interpol, devidamente expedido pelas autoridades judiciais de um país-membro daquele organismo internacional, com vistas à extradição de pessoas procuradas pela justiça criminal.

A difusão vermelha, acaba gerando um efeito mundial ao mandado de prisão expedido por um juiz de primeira ou segunda instância. No entanto, a finalidade precípua é desburocratizar o trâmite policial para o seu cumprimento.

No Brasil encontra regulação na instrução normativa n. 01 de fevereiro de 2010 do CNJ, que dispõe sobre a indicação da condição de possível foragido ou estadia no exterior quando da expedição de mandado de prisão em face de pessoa condenada, com sentença de pronúncia ou com prisão preventiva decretada no país.

Referida instrução normativa foi criada tendo por base a adesão oficial do Brasil ao sistema da Interpol desde 1986 para difusão de informações relacionadas, sendo que o Departamento de Polícia Federal - DPF é o órgão brasileiro encarregado de centralizar as informações e a ligação com a Interpol para difusão entre os países membros em diferentes graus de gravidade.

A instrução normativa em referencia indica no seu art. 1º que: "

Art. 1º Os magistrados estaduais, federais, do eleitoral ou militares, juízes de primeiro grau, desembargadores ou juízes de segundo grau e ministros de tribunal superior, ao expedirem ordem de prisão por mandado ou qualquer outra modalidade de instrumento

judicial com esse efeito, tendo ciência própria ou por suspeita, referência, indica o ou declara o de qualquer interessado ou agente público, que a pessoa a ser presa está fora do país, vai sair dele ou pode se encontrar no exterior, nele indicarão expressamente essa circunstância".

A medida referida deve ser adotada nos mandados de prisão definitiva, de sentença de pronúncia ou de prisão preventiva, o qual será imediatamente encaminhado, por cópia, ao Superintendente Regional da Polícia Federal do respectivo estado, com vista   "Difusão Vermelha" para o seu cumprimento em qualquer país que tenha acordo internacional sobre o tema.

O problema da difusão vermelha   quando a ordem de prisão vem de outro país, uma vez que, nem sempre a prisão decretada em outro país   de natureza jurisdicional.   possível que a prisão tenha sido decretada por uma autoridade administrativa, exigindo-se para o seu cumprimento, ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois em tese, contraria a Constitui o brasileira que, salvo a prisão em flagrante, somente admite prisão por ordem judicial.

Além disso, apesar da boa inten o de dar celeridade no cumprimento de prisão de pessoas condenadas, cautelas são necessárias quando do cumprimento de prisão, veiculada pelo Sistema de Difusão Vermelha, devendo o Delegado da Polícia Federal apresentar o preso a um juiz federal, sob pena de constituir autoridade coatora, conforme já manifestou o STF:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM EM HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA AMEAÇA DE ATO DE DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. 1. A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar habeas corpus é determinada constitucionalmente em razão do Paciente ou da Autoridade Coatora (art. 102, inc. I, alínea i, da Constituição da República). 2. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o habeas corpus n. 119056-DF, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal. (STF, HC 119056, 2013)

O cumprimento do mandado de prisão por via da difusão vermelha, por si só não autoriza a apresentação do preso à autoridade estrangeira. Tudo deve ser feito nos termos da Lei n. 6.815/80 que trata do estatuto do estrangeiro. Neste sentido, segue julgado do STF:

EMENTA: PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXTRADIÇÃO. NACIONAL LIBANÊS NATURALIZADO BRASILEIRO. EXTRADITANDO EXPULSO DO PARAGUAI. TRÁFICO DE DROGAS. EXTRADITANDO PRESO EM FACE DE OUTRO MANDADO DE PRISÃO: DIFUSÃO VERMELHA. AUSÊNCIA DE CÓPIAS

DE TEXTOS LEGAIS, COMO EXIGE A LEI N. 6.815/80. OMISSÃO DO ESTADO-REQUERENTE EM FORMULAR O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO E DE COMPLEMENTAR A INSTRUÇÃO DO PEDIDO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA INDEFERIDO. CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA E DEFINIÇÃO DE PRAZO IMPRORROGÁVEL DE SESSENTA DIAS PARA CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS. 1. A República do Líbano não apresentou os documentos que completariam pedido de extradição, com promessa de reciprocidade, nem complementou a instrução nos termos da Lei n. 6.815/80, a despeito de ter sido fixado prazo peremptório, mais de uma vez, para que viesse esta documentação para a competente instrução do feito. 2. As peculiaridades da presente prisão preventiva para extradição, que não se limitam ao simples exame dos aspectos formais e à mera apreciação dos fins comuns a que se destina a maioria das extradições submetidas a este Supremo Tribunal, aliada à complexidade da causa, consubstanciada, dentre outros motivos, pela dificuldade da tradução do idioma árabe, ultrapassam os tradicionalmente inerentes às extradições de nacionais libaneses e constituem razões suficientes para a manutenção da prisão do Extraditando, não se podendo falar, portanto, em excesso de prazo da prisão. 3. Também em razão das singularidades do caso em pauta, é de ser concedido novo e improrrogável prazo para o

atendimento das diligências requeridas pelo Ministério Público Federal, cabendo ao Estado requerente valer-se do mesmo para o aperfeiçoamento de seus deveres, na espécie, se entender mantido o seu interesse na extradição, sob pena de se ter o indeferimento do pedido formulado. 3. Questão de ordem que se resolve no sentido da conversão do feito em diligência e a definição do prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, contados da publicação desta decisão plenária, para o atendimento das exigências. (STF, PPE 623, 2010)

O Supremo Tribunal Federal já concedeu ordem de Habeas Corpus preventivo em desfavor de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária estrangeira, em desfavor de pessoa residente no Brasil, em virtude da falta de pedido de extradição, conforme se verifica abaixo:

EMENTA: - Habeas Corpus preventivo. 2. Mandado de prisão expedido por magistrado canadense contra pessoa residente no Brasil, para cuja execução foi solicitada a cooperação da INTERPOL - Brasil. Inexistência de pedido de extradição. 3. Competência do STF - Art. 102, I, g, da Constituição Federal. 4. Em face do mandado de prisão contra a paciente expedido por magistrado canadense, sob a acusação de haver cometido o ilícito criminal previsto no art. 282, a, do Código Penal do Canadá, e solicitada à INTERPOL sua execução, fica caracterizada situação de ameaça à liberdade de ir e vir. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, concedido, para assegurar à

paciente salvo conduto em todo o território nacional. Em se tratando de pessoa residente no Brasil, não há de sofrer constrangimento em sua liberdade de locomoção, em virtude de mandado de prisão expedido por justiça estrangeira, o qual, por si só, não pode lograr qualquer eficácia no país. 6. Comunicação da decisão do STF ao Ministério da Justiça e ao Departamento de Polícia Federal, Divisão da Interpol, para que, diante da ameaça efetiva à liberdade, se adotem providências indispensáveis, em ordem a que a paciente, com residência em Florianópolis, não sofra restrições em sua liberdade de locomoção e permaneça no país enquanto lhe aprouver. 7. Habeas corpus não conhecido, no ponto em que se pede a cessação imediata da veiculação dos nomes e fotografias da paciente e de seus filhos menores no portal eletrônico da Organização Internacional de Polícia Criminal (O.I.P.C.) - Interpol, porque fora do alcance e controle da jurisdição nacional, tendo sido a inclusão das difusões vermelha e amarelas, relativas à paciente e seus filhos, respectivamente, solicitadas pela IP/Ottawa à IPSC, em Lyon, França. (STF, HC 80923, 2001)

Assim, a difusão vermelha (*red notice*), nada mais é do que o compartilhamento de informações pela Interpol com vista à cooperação entre as polícias dos países membros. Sendo que no Brasil, os mandados devem ser devidamente cadastrado no CNJ e em seguida, encaminhado à Polícia Federal que se incumbirá de promover no sistema da Interpol, noticiando-se a ordem de prisão de determinada pessoa a todos os países

membros visando a sua localização e captura. Assim, se a pessoa contra quem o mandado de prisão foi emitido ingressar em qualquer dos países que integram a Interpol, um alerta é automaticamente emitido para o país que expediu a ordem, por isso a expressão "Difusão Vermelha". A partir daí, cada país tem legislação própria quanto aos trâmites do pedido de extradição.

Para finalizar este paper, é importante mencionar que a Interpol se utiliza de vários mecanismos de cooperação entre as policias dos países membros, dentre eles as chamadas "difusões", que foram classificadas em cores, tais como: a) Difusão Vermelha: busca o cumprimento de uma ordem de prisão para fins de extradição; b) Difusão Azul: busca informações sobre pessoas que cometeram crimes; c) Difusão Amarela: busca pessoas desaparecidas ou perdidas, em razão de fato criminoso ou em caráter humanitário; d) Difusão Branca: busca a localização de objetos de alto valor roubados, incluindo obras de arte; e) Difusão Preta: busca a identificação de cadáveres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Instrução Normativa n. 01 de 10 de fevereiro de 2010.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8592:redencao-e-maracanau-sao-campeoes-em-acordos-no-primeiro-dia-de-conciliacao-no-ceara&catid=1:notas&Itemid=169. Acesso em 10 jun. 2014.

BRASIL, Presidência da República Federativa. *Código de Processo Penal - CPP - Decreto-Lei nº 3.689, 3.10.1941.* Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 06 ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Mandados de Prisão - BNMP - Resolução 137. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-carcerario-e-execucao-penal/banco-nacional-de-mandados-de-prisao-bnmp>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 119056 QO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000223125&base=baseAcordaos>. Acesso em 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. PPE 623 QO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-01 PP-00131 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 226-247. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168172&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 80923, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2001, DJ 21-06-2002 PP-00097 EMENT VOL-02074-02 PP-00410. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000099057&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jun. 2014.

A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CAROLINE RIEKEHR TABOSA: Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Assessora no Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Administrativo, pela Universidade Cândido Mendes (2015 - 2016). Aprovada no concurso para cargo de Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (2016- 4º lugar). Aprovada no concurso para o cargo de Procurador do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (2016). Aprovada para o cargo de Advogado da União - AGU (2015).

RESUMO: O presente artigo visa relatar, de forma breve, a trajetória histórica na construção dos direitos humanos. No contexto social atual, com o ressurgimento de movimentos terroristas, o deslocamento de massas refugiadas os direitos humanos se tornam novamente ponto essencial a ser evidenciado. Sob essa perspectiva, visa-se com o presente artigo colaborar para o conhecimento de parte da trajetória histórica conquistada na construção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Direitos Humanos. Trajetória Histórica.

1. INTRODUÇÃO

A concepção moderna de que o homem é um ser, e que somente pelo fato de sê-lo tem direitos e deveres inerentes a sua pessoa, adveio de uma construção gradual e vagarosa ao longo da história da humanidade. Passou-se por um processo de construção e elaboração do conceito de pessoa e depois de estabelecido conceitualmente esta definição, passa a humanidade por momentos históricos que caminham rumo à afirmação dos direitos humanos.

Direitos estes, que para Hannah Arendt não são um dado, mas um construído, uma inven o humana, em constante processo de constru o e reconstru o[1]. Nesse contexto, o homem passa a ser o centro fundamental da sociedade e a tomar posi o relevante no contexto internacional. Levando a uma preocupa o concreta e declarada em tratados e conven es de âmbito internacional.

2. AS PRIMEIRAS AFIRMA ES HISTÓRICAS DE DIREITOS HUMANOS

A Magna Carta assinada por João Sem-Terra, Rei da Inglaterra em 1215   o primeiro sinal de insatisfa o de um povo com o poder ilimitado de um soberano. Pretendia-se com esse instrumento, estabelecer limites ao poder do soberano. Reconheceu-se direitos próprios dos estamentos livres, qual seja, o clero e a nobreza, de que seus privilégios existem e não poderiam ser modificados, independentemente do reconhecimento destes pelo monarca.

O poder do monarca, passa nesse momento, a não mais ser limitado apenas pelos costumes ou por preceitos religiosos, mas também por direitos subjetivos de seus súditos. Ainda na Inglaterra, mas quase quinhentos anos depois, uma nova afirma o de direitos da pessoa, surge declarada, com a lei de habeas corpus inglesa de 1679. Tal lei representou um progresso na prote o jurídica da pessoa humana. O habeas corpus já era previsto e utilizado pelos ingleses antes da cria o desta lei. Contudo, era usado mais como um mandado judicial, a eficácia como um remédio jurídico era limitada, e foi o que se buscou ampliar com a edi o da lei.

Seguindo a trajetória inglesa, houve em 1689 a edi o da Declara o de Direitos da Inglaterra (o Bill of Rights inglês). Essa declara o não era propriamente uma declara o de direitos humanos, mas uma garantia institucional onde se consagrou a separa o dos poderes, que por via reflexa ocasiona a garantia dos direitos humanos. Tem-se nesse momento que a finalidade do

Estado é salvaguardar as garantias e direitos fundamentais do ser humano. Nesse âmbito, o direito de petição e de não sofrer penas cruéis estavam presentes na declaração.

Saindo do ambiente europeu, em 1776 a declaração de independência e constituição dos Estados Unidos da América do norte foi o instrumento seguinte a consagrar os direitos humanos em suas disposições. Nesse momento, o salto dado pela humanidade foi grande, os direitos consagrados nesta Carta impulsionaram o conceito que hoje damos à democracia moderna. O que de fato, mais surpreendeu todo o resto do mundo, foi a declaração expressa de que todos tem direito a felicidade. Essa condição impõe, que seja dado a todos, iguais condições para que busquem a felicidade.

A igualdade foi ressaltada de forma singular, foram expressos direitos de todos os seres humanos, independente de qualquer diferença que haja entre eles. Esse conceito de igualdade de direitos subjetivos e ainda a positivação da soberania popular foram as grandes inovações trazidas pela declaração de independência.

Em 1789 eclode um grande movimento na França, com a ideia de que há uma necessidade de limitação institucional dos poderes dos governantes e que um governo só é legítimo quando atende a vontade do povo. Desse movimento popular, nasce a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Essa declaração tornou-se ponto de referência para todos os processos de constitucionalização que viriam após o seu advento. Seu caráter universal torna o seu texto extremamente moderno e único. Fala-se nos direitos do homem e do cidadão, este último se referindo aos cidadãos franceses, e ao homem de forma global. A declaração atribui ainda em seu preâmbulo importância significativa aos direitos humanos, ao assim declarar “considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos...”.

Seguindo esse movimento revolucionário que dominou toda a França, adveio a Constituição de 1791, que reservou em seu texto espaço para uma declaração de direitos com a declaração, pela primeira vez na história, dos direitos sociais. Foi assegurado pelo texto constitucional um direito à assistência pública para a ajuda de necessitados, proporcionando educação às crianças e dando emprego aos desempregados. Ademais afirmou o caráter imutável dos direitos humanos, nesse sentido fica o legislativo impedido de criar leis que visem a prejudicar ou diminuir o exercício dos direitos naturais e civis.

Saindo do continente europeu, o instrumento afirmador de direitos humanos que sobreveio em seguida, e ganhou enorme importância foi a Constituição Mexicana de 1917. Extremamente influenciados pelos ideais surgidos com a Revolução Francesa, e ainda pela doutrina anarcossindicalista difundida na Europa, os mexicanos forçaram o ditador Porfírio Díaz a renunciar em maio de 1911. Nesse contexto de inconformidade com a ditadura foi criada a Constituição de 1917.

A Carta Política inovou ao atribuir aos direitos do trabalho o status de direitos fundamentais. Constam em suas disposições, a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, o trabalho noturno de menores e a idade mínima de admissão em empregos para trabalho em fábricas. O ser humano não era mais visto em sua mão-de-obra como uma pura e simples mercadoria.

Muito embora ainda deficiente em inúmeros quesitos a Carta Mexicana, propiciou uma equiparação entre o empregado e o empregador na relação contratual de trabalho. Nessa seara a liberdade de contratar encontrou limites, limites existentes nos direitos subjetivos do trabalhador, que pelo fato de vender sua mão-de-obra passa a adquirir. Nasce com a Constituição Mexicana o embrião do que viria a ser o Estado Social de Direito.

Seguindo a tendência de instituição de direitos sociais nasceu a Constituição Alemã de 1919, chamada Constituição de Weimar, que de forma mais organizada e elaborada delimitou em seu texto uma democracia social. Na seara dos direitos sociais a grande inovação foi o estabelecimento no texto constitucional da igualdade jurídica entre marido e mulher e a equiparação dos filhos havidos dentro e fora do matrimônio.

A política social descrita nas normas tem por finalidade a proteção à família e a juventude, conceitos e respaldos também inovadores trazidos pela Carta. A educação e o direito do trabalho também ganharam espaço no texto constitucional. É consagrada a função social da propriedade, estabelecendo que a propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse comum, a repartição de terras, a possibilidade de socialização das empresas, dentre outros. Esses aspectos sociais em conjunto formam a base da democracia social estabelecida por esta Constituição e disseminada pelo resto do Ocidente na conjuntura pós-guerra^[2].

A elevação dos direitos sociais à categoria de direitos fundamentais faz com que a Carta Mexicana e a Constituição Alemã reflitam a decadência do Estado liberal, e a ascensão do Estado social, de forma a colocar toda a sociedade no centro das atenções não mais valorizando somente o indivíduo. Isso se deu principalmente pela consagração dos direitos humanos sociais – ditos direitos de segunda dimensão, como o direito à cultura, a previdência, a educação, e ao trabalho.

3. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA 2º GUERRA MUNDIAL

A barbárie provocada pela Segunda Grande Guerra provocou perplexidade em toda a humanidade. A ideologia nazifascistas já nasceu de forma a ferir direitos humanos consagrados e assentados durante o curso da história. A igualdade e a dignidade da pessoa humana já assumidas como direitos inatos a qualquer um foram feridos de forma tão grave durante o decurso da guerra que jamais

cicatrizarão, e figurarão como motivo de vergonha por toda a história.

Quanto aos judeus, o tratamento era humilhante. Na Alemanha passaram a ser considerados inimigos do Estado, perderam a cidadania alemã, foram banidos dos empregos públicos e obrigados a usar a estrela amarela para diferenciá-los do restante da população. Não puderam exercer nenhuma profissão liberal. Em 1935 foram publicadas leis racistas, chamadas Leis de Nuremberg, onde se proibia aos judeus casar com arianos, por se considerar uma vergonha racial. O desrespeito a essa lei levava à prisão e consequente ida a um campo de concentração.

Uma conferência internacional foi improvisada na França a fim de buscar um lugar para onde os judeus pudessem se refugiar. A conferência foi um fracasso, ninguém queria se comprometer a refugiá-los. No decorrer da guerra, os campos de concentração foram transformando-se em campos de extermínio. Outro fator desumano propiciado pela segunda guerra, foi o ataque norte-americano à Hiroshima e Nagasaki, com as recém criadas bombas atômicas. Só neste ataque calculam-se quase cento e vinte mil mortes instantâneas, fora os males deixados pela radiação nuclear.

Quanto a esse ataque, vale lembrar, que os seus autores não foram levados ao tribunal de Nuremberg. O tribunal de Nuremberg foi criado com o fim da guerra, para julgar os responsáveis pelos crimes cometidos contra a humanidade durante o período de guerra. Como os ataques foram proferidos por um país das forças aliadas, vencedora da guerra, nenhum de seus responsáveis fora julgado.

Os números finais da guerra apontam para mais de sessenta milhões de mortos, e cerca de quarenta milhões de pessoas deslocadas. Foi uma catástrofe realizada por homens contra os próprios homens. Nesse momento, o mundo acorda para a necessidade de união a fim de manter uma convivência pacífica e a continuação da espécie. Nas palavras de Fábio Konder Comparato

“As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana”[3].

É neste contexto, com o fim da pior guerra já vista, que em 1945 se cria a Organização das Nações Unidas, através da Carta das Nações Unidas ou Carta de São Francisco. Há nessa carta, a intenção de se formar uma organização política mundial e para isso era preciso que todas as nações do mundo a ratificassem. É um instrumento de direito internacional em que não há previsão de denúncia, ou seja, uma vez filiado a ONU o Estado não pode mais sair dela, e desobrigar-se de suas disposições.

Houve na Carta uma tendência a privilegiar os direitos individuais. Não obstante, criou-se um órgão chamado Conselho Econômico e Social que ficou incumbido de favorecer entre as nações os níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social. Este Conselho aprovou o Estatuto da Comissão de Direitos Humanos, vindo a tornar-se em 2006 um Conselho de Direitos Humanos. Por fim, a ONU tem como objetivos a serem alcançados como a manutenção da paz e a segurança mundial.

A Comissão de Direitos Humanos criada pela Carta de São Francisco tinha, como uma de suas obrigações, a criação de uma declaração de direitos humanos, e assim o fez, em 1948 foi concluída e promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tecnicamente esta é uma recomendação feita através de uma declaração, aos membros das nações unidas. Não teria, portanto, efeito vinculante. Nesse ponto a doutrina diverge, já que hoje se reconhece a existência de direitos humanos independentemente de sua declaração em instrumentos jurídicos. Assim, a força vinculante adviria da própria natureza do direito e não pela espécie jurídica na qual o direito é consagrado.

Esta declaração representa o resultado de um processo ético que culminou no reconhecimento da igualdade dos seres humanos, os quais são todos dotados de uma dignidade característica, que independe de cor, raça, sexo ou qualquer tipo de diferenças. Inovação trazida foi a concepção contemporânea dos direitos humanos, marcados pela indivisibilidade e universalidade. Esta declaração é o ponto demarcatório para o início do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Outro fator relevante foi a consolidação da democracia como o único regime político compatível com a consagração dos direitos humanos. Nas palavras de Fábio Konder Comparato “O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado”. Não há direitos humanos sem democracia, e nem democracia sem direitos humanos. Vale dizer que o regime democrático é mesmo o mais contundente com o respeito e desenvolvimento dos direitos da pessoa humana.

A declaração universal dos direitos humanos foi completada em sua amplitude, anos depois pela publicação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ainda pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Posteriormente, em 1960 é celebrada em Roma, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, cujo ponto fundamental foi a introdução do homem como um sujeito de direitos internacional. Nessa seara, o indivíduo pode sozinho protocolar um pedido ou uma denúncia, o que normalmente não é previsto pelos textos dos tratados internacionais. A grande maioria dos tratados e acordos firmados pela criação de cortes de proteção dos direitos humanos só permitia a denúncia de estados em face de outros estados. Portanto, neste liame a Convenção teve grande importância no desenvolvimento da proteção do ser humano em seu aspecto internacional.

Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, já antes citados vieram integrar a Declaração Universal de Direitos Humanos. Foram aprovados em 1966 o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais. Com esses instrumentos uniram-se os direitos individuais aos sociais dando-lhes importância equânime, em oposição à tendência capitalista que privilegiava os direitos individuais em detrimento dos sociais.

Em 1969 na Conferência de São José da Costa Rica é aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos. O Pacto de São José da Costa Rica como também é chamado, reconhece os direitos civis e políticos similares ao Pacto Internacional destes direitos. Trata desses direitos de forma expressa, enunciando-os. Já quanto aos direitos sociais, não há a disposição de forma expressa.

Determina a Convenção que os Estados alcancem a plena realização desses direitos, por meio de medidas legislativas ou outras que se mostrem adequadas. Foi adicionado, tempos depois, à Convenção um protocolo de direitos econômicos e sociais. Neste protocolo a Convenção inova em relação aos pactos internacionais, porque consagra a concepção da prevalência do direito mais benéfico à pessoa humana. Ou seja, existindo mais de uma norma ou instrumento jurídico que possa ser aplicada ao caso concreto, deve-se aplicar aquela que melhor atender aos interesses do indivíduo.

Algumas décadas depois em 1981 é criada a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos. Já no preâmbulo pode-se verificar as novidades trazidas pela Carta. A atenção conferida às tradições históricas e aos valores da civilização africana, relacionado a isso, surge o direito dos povos, ou seja, o direito humano de ser reconhecido como povo em suas particularidades. Há diferentemente dos outros instrumentos anteriores uma visão coletivista dos direitos humanos.

Nesse âmbito, o povo não se configura propriamente em Estado, ainda que possa ser titular de direitos. Outro aspecto surpreendente foi o reconhecimento ao direito do desenvolvimento a partir de uma concepção unificadora dos direitos individuais e dos direitos sociais. Já no preâmbulo, vê-se tal pensamento “os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos[4]”.

É ainda interessante a concepção propagada pela Carta de que o indivíduo tem deveres, dizendo que o desfrute dos direitos e liberdades tem como consequência o cumprimento dos deveres de cada um. Fato é, que a África por todas as suas especificidades históricas, um continente extremamente explorado, com desenvolvimento tardio, respondeu ao sistema de proteção aos direitos humanos, à altura de sua diversidade cultural, mostrando que também é capaz de instrumentalizar a proteção dos direitos humanos.

Por fim, o último instrumento que merece destaque no processo de afirmação dos direitos da pessoa humana até os dias de hoje é o Estatuto do Tribunal Penal Internacional elaborado em 1998. Na conferência de Roma realizada pelas Nações Unidas, foi dado o primeiro grande passo para a efetivação da concepção do cidadão universal.

A decisão de mérito prolatada pelo Tribunal é revestida pelo instituto da coisa julgada material, não só dentro do próprio Tribunal, mas também para todos os países participantes. A competência do Tribunal envolve quatro espécies de crimes, o crime de genocídio, o crime contra a humanidade[5][1], o crime de guerra e o crime de agressão. Ocorrendo qualquer um desses crimes elencados, e sendo omissa ou ineficiente a jurisdição estatal, cumpre ao Tribunal Penal Internacional o julgamento do caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente artigo traçar uma trajetória histórica de afirmação dos direitos humanos mediante instrumentos jurídicos consagrados. Embora, tal como afirmado no curso do texto, a doutrina humanista afirme que os direitos humanos independem de instrumentos jurídicos positivadores, não se pode olvidar a importância e conquista dessas positativas.

Por fim, cumpre esclarecer que não se pretendeu exaurir todos os instrumentos de afirmação e consagração dos direitos humanos ao longo da história. Muitos deles não foram citados, mas são de extrema importância, como as Convenções de Genebra para o direito humanitário, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, entre outras. O que se pretendeu foi elencar aqueles instrumentos que se assumem mais relevantes para o processo de proteção dos direitos humanos, traçando a trajetória histórica de positivação desses direitos.

REFERÊNCIAS:

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo, Perspectiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo, Saraiva, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, San José, 2003.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, São Paulo, 2011.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Contemporâneo**, Rio de Janeiro, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo, Saraiva, 2010.

LECLERQ, Mariano Garreta; MONTERO, Julio. **Derechos Humanos, justicia y democracia em um mundo transnacional**, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**, São Paulo, Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público – Parte Geral**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**, São Paulo, Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia, **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil**, Revista PGE – SP, Revista 2, artigo 3.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**, São Paulo, Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] Hannah Arendt, As Origens do Totalitarismo em Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, Ed. 2011, pág. 36.

[2] [2] Nesse diapasão vale a passagem de Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua obra “Direitos Humanos Fundamentais” : Mirkine-Guétzévich, quem mais contribuiu para divulgar as “novas tendências do direito constitucional” dos anos vinte, exprime lapidarmente o núcleo da nova concepção. “O Estado moderno – escreve ele – não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo de condições jurídicas que permitam assegurar a independência social do indivíduo.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*, 12º Edição, pag. 67)

[3] [3] COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos, VII edição, pág. 226

[4] [4] Essa questão mereceu destaque do professor Fábio Konder Comparato ao desenvolver que “Se se admite que o

processo desenvolvimentista não é o resultado natural do livre jogo das forças do mercado, mas deve ser planejado e dirigido pelos poderes públicos, com a participação de todo o povo, parece óbvio que o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, primariamente, contra o Estado, entendido como o conjunto dos órgãos de Governo”. Segue o autor, indicando possibilidades para a efetivação desse direito: “Ora, para que isso possa ocorrer, é mister que a Constituição dote o povo de um sistema de representação próprio, diverso daquele que conduz ao preenchimento regular dos órgãos governamentais – o Legislativo e o Executivo -, pois estes não podem ser, ao mesmo tempo, sujeitos passivos da relação jurídica e representantes dos sujeitos ativos.”(A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, VII edição, pág. 412.)

[5] [5] Quanto ao crime contra a humanidade, vale a passagem de Fábio Konder Comparato “O reconhecimento da existência de crimes contra a humanidade, de modo geral, correspondeu à tomada de consciência de que, na atual fase histórica, a própria espécie humana, e não apenas os povos isoladamente considerados, é reconhecida como titular de direitos essenciais” (A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, VII edição, pág. 472)

A SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA ANTECIPADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PAULA SIQUEIRA VIANA: Advogada. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em 2012. Aprovada no concurso para Procurador do Município de Nova Iguaçu/RJ (2014). Aprovada no concurso para Procurador do Município de Curitiba/PR (2015). Aprovada no concurso para Advogado-Geral da União (2015-2016).

RESUMO: A sujeição passiva tributária antecipada é um mecanismo de arrecadação por meio do qual um terceiro é inserido na relação jurídico-tributária entre o Fisco e o contribuinte e é submetido à obrigação de pagar o tributo, por determinação legal. A finalidade principal é facilitar a arrecadação e a fiscalização dos tributos e fornecer maior razoabilidade e efetividade da tributação, com a simplificação de procedimentos e a diminuição das possibilidades de evasão fiscal. O presente trabalho tem por objetivo analisar esse instituto, tendo como foco as decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial o Recurso Extraordinário nº 213.396-5/SP e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1851/AL, bem como os julgamentos ainda pendentes, quais sejam, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.777/SP e nº 2.675/PE e o Recurso Extraordinário nº 593.849, os quais serão julgados em conjunto e poerão ensejar alteração do entendimento da Corte Suprema.

Palavras-chave: substituição tributária; mecanismo de arrecadação; efetividade da tributação; princípios constitucionais tributários; Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

A sujeição passiva tributária antecipada, também chamada de substituição tributária progressiva ou para frente, é um mecanismo de arrecadação por meio do qual um terceiro é inserido na relação jurídico-tributária entre o Fisco e o contribuinte e é submetido à obrigação de pagar o tributo cujo fato gerador deverá ocorrer posteriormente. O objetivo principal é facilitar a arrecadação e a fiscalização dos tributos e favorecer uma maior razoabilidade e efetividade da tributação, com a simplificação de procedimentos e a diminuição das possibilidades de evasão fiscal.

O instituto da sujeição passiva tributária antecipada foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo Código Tributário Nacional, e ganhou *status* constitucional com a inclusão, pela Emenda Constitucional nº 3/93, do §7º ao artigo 150 da Constituição Federal. Apesar de não ter criado o instituto, a emenda inovou ao prever o fato gerador presumido e a garantia de restituição preferencial e imediata do tributo quando o fato gerador presumido não se realizar.

No presente trabalho será apresentado o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 213.396/SP, no sentido da constitucionalidade do mecanismo da sujeição passiva tributária antecipada, em decisão proferida antes mesmo da edição da Emenda Constitucional nº 3/93.

Em seguida, será analisada a questão da restituição quando da operacionalização desse mecanismo, enfrentada pelo Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1851/AL, isto é, o alcance da parte final do §7º ao artigo 150 da Constituição Federal, que prevê a restituição preferencial e imediata quando não ocorrer o fato gerador presumido, para saber se ela será devida apenas nos casos em que não ocorrer o fato gerador presumido ou se também naqueles em que o fato gerador ocorrer em proporções diferentes daquelas que foram presumidas.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionado sobre o tema em exame, a questão voltou a ser discutida com o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.777/SP e nº 2.675/PE, bem como no Recurso Extraordinário nº 593.849, e o reconhecimento da diferença entre os objetos dessas ações e daquelas já analisadas é que pode ensejar um novo entendimento do Tribunal.

O presente artigo se propõe, destarte, a fornecer um estudo referente ao tema da sujeição passiva tributária antecipada, por meio da exposição e consequente análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2. BREVE CONCEITUAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA ANTECIPADA

O sujeito passivo da norma impositiva tributária é, em regra, o contribuinte. Ocorre que, a fim de facilitar a arrecadação e a fiscalização, o Estado pode se relacionar com terceiro – o substituto –, o qual fica obrigado a arrecadar o valor relativo ao tributo.

Na sujeição passiva tributária antecipada, o substituto fica obrigado a recolher o tributo cujo fato gerador deve ocorrer posteriormente. A lei, desde logo, determina que um terceiro pagará o tributo em razão da provável ocorrência do fato gerador no futuro. Ou seja, a incidência tributária ocorrerá somente na operação da frente – se esta vier a se realizar –, mas o pagamento do tributo é efetuado na operação anterior.

O instituto se propõe a facilitar a arrecadação e a fiscalização dos tributos e a conferir maior razoabilidade e efetividade à tributação, com a simplificação de procedimentos e a diminuição das possibilidades de evasão fiscal, tendo em vista a grande quantidade de contribuintes existentes e a consequente dificuldade para a fiscalização dos mesmos pelo Fisco.

3. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 213.396

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da sujeição passiva tributária antecipada no Recurso Extraordinário nº 213.396-5/SP, em que se discutia a constitucionalidade da exigência antecipada, do fabricante, do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidente sobre a distribuição de automóveis à concessionária e referente à operação subsequente, qual seja, a venda dos automóveis ao consumidor final.

A demanda fora ajuizada antes da edição da Emenda Constitucional nº 3/93, que introduziu o § 7º ao artigo 150 da Constituição da República[1], razão pela qual não se abordou, no caso, o fundamento constitucional de validade dessa norma.

Por maioria de votos, o Supremo declarou constitucional a sistemática da sujeição passiva tributária antecipada relativa ao ICMS. Confira-se a ementa:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, §2º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 (ART. 25) E ICMS Nº 107/89. ART. 8º, INC. XIII E §4º, DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89.

O regime da substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6º, §§3º e 4º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1.988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM nº 66/88, da competência prevista no art. 34, §8º, do ADCT/88. Essa circunstância,

entretanto, não inviabiliza o instituto que, relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista nº 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS nº 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6º, §4º, do referido Decreto-lei nº 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens. **A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador.** Acórdão que se afastou desse entendimento. Recurso conhecido e provido.”

O Ministro Relator Ilmar Galvão, em seu voto, sustenta que o mecanismo é antigo, tendo sido utilizado para alargar a sujeição passiva tributária com o objetivo de proporcionar a justiça fiscal, mediante a distribuição equitativa da carga tributária. Aduz que o legislador pode eleger um terceiro como sujeito passivo, transferindo a obrigação tributária a quem tem melhores condições de cumpri-la, tornando mais eficiente a tributação e evitando, assim, a sonegação fiscal.

Prossegue o Ministro afirmando que o instituto não representa violação os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da legalidade e da tipicidade, da vedação ao confisco e da não-cumulatividade.

Na defesa da constitucionalidade da presunção do fato gerador, o Ministro cita as lições de Marco Aurélio Grecco^[2], que entende que o “fato gerador do tributo” – fato tributável – ora assume a posição de gerador da obrigação, ora de legitimador do recolhimento antecipado, sempre atendendo à vinculação constitucional. Ainda que o legislador tenha liberdade para essa

escolha, isso não significa que ela possa ser aleatória ou arbitrária; deve estar vinculada com o fato tributável que irá ocorrer posteriormente.

Em outras palavras, o fato escolhido pelo legislador para ensejar o recolhimento antecipado deve ser uma etapa da realização do fato tributável, isto é, deve haver uma relação entre o momento da antecipação – fase preliminar – e o fato tributável – fase final. Para tanto, devem ser observados os conceitos de necessidade, adequação e proporcionalidade. Explica-se: deve-se verificar (i) se a fase preliminar atende a necessidade em relação ao evento final, isto é, verificar se sem a fase preliminar não haverá a fase final; se (ii) se a fase preliminar é adequada, ou seja, se possui elementos que permitam prever com certo grau de certeza a fase final; e (iii) se a dimensão pecuniária imposta na fase preliminar é proporcional à dimensão verificada na fase final.

Com base nesses ensinamentos, o Ministro Ilmar Galvão alega que, no caso em análise, os três requisitos são atendidos: a fase preliminar é a distribuição de veículos à concessionária, que está diretamente relacionada com a fase final/fato tributável, que é a venda do veículo ao consumidor final, *“uma vez que nenhum outro destino, a rigor, pode estar reservado aos veículos que saem dos pátios das montadoras, senão a revenda aos adquirentes finais”*.

O Ministro conclui seu voto sustentando que o instituto da substituição tributária progressiva convém a todas as partes envolvidas: *“ao Fisco, por simplificar o trabalho de fiscalização, (...), à montadora, por permitir o controle do preço final, (...), ao concessionário revendedor, por exonerá-lo de toda preocupação de ordem tributária, (...), e, por fim, ao consumidor final, por dar-lhe a certeza de que o preço pago corresponde ao recomendado pelo fabricante”*.

4. o posicionamento do supremo tribunal federal na a o direta de inconstitucionalidade n  1.851/al

Adotando-se o entendimento consagrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário 213.396-5/SP, no sentido da constitucionalidade da sujei o passiva tributária antecipada, surge a questão da restitui o da quantia referente   diferença entre o valor apurado para base de cáculo presumida e o valor efetivamente verificado, o que ensejaria a repeti o de indébito por tributo cobrado antecipadamente a maior.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão no julgamento da A o Direta de Inconstitucionalidade n  1851/AL, ajuizada pela Confedera o Nacional do Comércio (CNC) em face da cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 – editado pelo Conselho de Fazenda (CONFAZ) com o objetivo de harmonizar os procedimentos adotados pelos Estados no tocante   substitui o do ICMS – e dos às 6  e 7  do artigo 498 do Decreto n  35245/91.

Cumprir destacar que o objeto da ADI n  1851/AL   a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, bem como o às 6  e 7  do artigo 498 do Decreto n  35245/91 de Alagoas, que vedam a restitui o do tributo pago a maior, em razão de diferenças entre fatos presumidos e fatos ocorridos aos optantes pelo sistema de substitui o tributária progressiva. Ou seja, tratava-se de uma condi o   adesão dos contribuintes ao regime de substitui o tributária, com a conseqüente redu o da base de cáculo do ICMS.

A CNC alegou que os dispositivos violariam o artigo 150,   7 , da Constitui o Federal, ao negar o direito   restitui o do ICMS pago a maior no regime de substitui o tributária, quando a opera o subsequente se realiza por valor inferior ao presumido.

O CONFAZ, por outro lado, argumentou que a substitui o baseia-se no princípio da praticidade da tributa o, por

isso as quantias são pré-fixadas, e que a Emenda Constitucional nº 3/93 consagrou o fato gerador presumido, excetuando apenas a não ocorrência do fato.

4.1. A medida cautelar

Analisando, primeiramente, a medida cautelar requerida nos autos da ADI nº 1851/AL, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, deferiu, em parte, o requerimento, suspendendo a eficácia da cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, por considerar plausível a alegada violação à norma contida no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal.

O Ministro Relator Ilmar Galvão, em seu voto, considerou que o CONFAZ fez uma interpretação literal do dispositivo constitucional, concedendo restituição apenas nos casos de não ocorrência do fato gerador, quando, na verdade, o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal objetivou garantir a restituição nos casos em que o recolhimento antecipado do tributo se mostrar indevido.

Alega o Ministro que o Convênio ICMS 129 veio a corrigir a falha constante da cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, concedendo benefício fiscal de redução da base de cálculo do tributo, até o limite de 12%, para compensar as diferenças verificadas entre os valores da base de cálculo presumida e da base de cálculo real.

No tocante ao Decreto nº 35.245/91, que veio a instituir o benefício fiscal disciplinado pelo Convênio ICMS 129, condicionando-o à adoção do regime de substituição progressiva e à renúncia de toda e qualquer diferença resultante da variação de valores entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo real, o Ministro considerou ser caso de isenção condicionada, nos moldes impostos pelo Convênio, não se havendo falar em ofensa à Constituição. A declaração de inconstitucionalidade do decreto

transformaria o benefício em incondicionado, e o Supremo atuaria como legislador positivo, papel que lhe é vedado.

Os Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Carlos Velloso acompanharam o relator, não conhecendo a ADI nº 1851/AL no tocante ao Decreto nº 35245/91, e conhecendo a ação e deferindo a liminar com relação à cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, suspendendo sua eficácia.

4.2. O julgamento do mérito

Após alguns anos, ao analisar o mérito da ADI nº 1851/AL, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, caminhou em sentido oposto, mudando o entendimento anteriormente defendido quando da concessão da medida cautelar e, por maioria de votos, julgou a ação improcedente.

Confira-se a ementa:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6º E 7º DO ART. 498 DO DEC. Nº 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1º DO DEC. Nº 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO.

Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º). Impossibilidade de exame, nesta ação,

do decreto, que tem natureza regulamentar. **A EC nº 03/93**, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer **a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final**. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu **o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro**, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. **O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção**, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior

comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente.”

O Ministro Relator Ilmar Galvão, em seu voto, aduz que a Emenda Constitucional nº 3/93, ao prever a restituição preferencial e imediata caso não realizado o fato gerador presumido, acabou por inviabilizar o instituto da substituição tributária até a edição da LC nº 87/96, que veio a regular a cláusula de restituição.

Ressalta, por conseguinte, que todas as objeções ao instituto da substituição tributária progressiva foram afastadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 213.396-5/SP.

Alega que o §7º do artigo 150 da Constituição Federal antecipou o momento do surgimento da obrigação tributária e, conseqüentemente, da verificação do fato gerador, o qual, por esse motivo, fora definido como presumido. Ou seja, ocorre a antecipação do fato gerador e do tributo, o qual é calculado sobre uma base de cálculo estimada.

Sustenta, assim, que o fato gerador presumido não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, e aponta os seguintes motivos: *(i)* foi instituído pela própria Constituição e regulamentado por lei complementar que definiu sua base de cálculo, e *(ii)* é um modelo operacional, resultante de uma opção do legislador, que não contraria a Constituição.

Com relação ao primeiro motivo, aduz que a estimativa da base de cálculo é feita de modo a se aproximar o máximo possível da realidade, de acordo com as leis do mercado, sem onerar o contribuinte nem prejudicar o Fisco. Alega, ainda, que a LC nº 87/96 definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não se cogitando de outro momento futuro.

No tocante ao segundo motivo, aduz que as normas são produto de atos de vontade em que se agregam elementos que serão válidos desde que não contrariem a Constituição, e esta admite modelos operacionais que não violem os direitos e garantias dos contribuintes.

Para o Ministro, o desafio estaria, justamente, em *“encontrar o ponto de equilíbrio entre, de um lado, a simplificação para a melhoria da arrecadação e, de outro, a proteção do patrimônio e as garantias do contribuinte”*.

A sujeição passiva tributária antecipada resulta da opção do legislador de tributar uma fase preliminar, antecipando as consequências que, no modelo tradicional, só se dariam com a ocorrência do fenômeno jurídico. Essa escolha não é arbitrária, eis que deve atender aos requisitos: necessidade da fase preliminar em relação à fase final, previsibilidade do evento final e proporcionalidade da imposição pecuniária no momento da antecipação. Nas palavras do Ministro, deve haver *“compatibilidade e adequação entre a substituição, como modelo de exigência do tributo, e o respectivo pressuposto de fato, em face da Constituição”*.

O Ministro afirma, ainda, que o fato gerador e a base de cálculo do ICMS no regime de substituição tributária, apesar de serem presumidos, não são provisórios, e sim definitivos, exceto se não ocorrer o fato gerador presumido. Assim é que não há falar em tributo pago a maior ou a menor, tendo em vista que a base de cálculo foi definida pela lei, logo não haverá jurídico interesse em verificar se ela correspondeu à realidade.

Conclui seu voto sustentando que a parte final do § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, que prevê a restituição preferencial e imediata, refere-se apenas às hipóteses de não ocorrência do fato gerador presumido. Admitir o contrário acabaria por inviabilizar o instituto da substituição tributária progressiva, pois a compensação de eventuais excessos ou faltas considerado o

valor real da opera o determinaria “o retorno da apura o mensal do tributo, prática que justamente teve por escopo evitar”.

A Ministra Ellen Gracie e os Ministros Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves acompanharam o relator, aduzindo que deve ser garantido o direito   restitui o apenas na hipótese de não realiza o do fato gerador presumido, caso contrário se inviabilizaria o instituo da substitui o tributária progressiva.

O Ministro Sepúlveda Pertence alterou seu posicionamento inicial, quando votou pela concessão da medida cautelar, e também acompanhou o relator.

5. Os julgamentos pendentes no Supremo Tribunal Federal: AS A OES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N  2.777/SP e 2.675/PE E O Recurso Extraordinário n  593.849

A questão da restitui o na substitui o tributária progressiva, objeto do julgamento na ADI n  1851/AL, voltou a ser discutida nas ADI’s n  2.777/SP e n  2.675/PE, ajuizadas, respectivamente, pelos Estados de São Paulo e Pernambuco – não signatários do Convênio ICMS 13/97, objeto da discussão na ADI n  1851/AL – em face das respectivas leis estaduais n  9.176/1995 e n  11.408/1996, que determinam a restitui o do ICMS pago a maior quando a opera o ocorrer em valor abaixo daquele que fora presumido.

Ainda, o Supremo reconheceu a existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário n  593.849, em que se discute a constitucionalidade da restitui o do ICMS pago a maior no regime de substitui o tributária quando apurada diferença entre a base de cáculo presumida e a base de cáculo real. Após o reconhecimento da repercussão geral, o Supremo sobrestou as

ADI's nº 2.777/SP e nº 2.675/PE, para que ambas sejam julgadas em conjunto com o Recurso Extraordinário nº 593.849.

Assim é que o Supremo pode adotar posicionamento diferente daquele que prevaleceu no julgamento da ADI nº 1851/AL, uma vez que os casos agora analisados diferem daquele outrora decidido.

5.1. Objeto da ADI 1.851/Al *versus* objeto das ADIs 2.777/SP e 2.675/PE

Cumprе ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o mérito das ADIs nº 2.675 e 2.777 é distinto do mérito da ADI nº 1.851, já julgada pelo Tribunal. Nesta, a substituição tributária, baseada no Convênio ICMS 13/97, era facultativa, consistindo em benefício fiscal àqueles que por ela optassem, enquanto a substituição tributária analisada nas outras duas ações é obrigatória, caracterizando-se como um mecanismo de arrecadação do ICMS.

Em outras palavras, na ADI 1.851/AL discutiu-se a constitucionalidade de uma condição à adesão dos contribuintes ao regime de substituição tributária e a consequente redução da base de cálculo do ICMS aos optantes por esse sistema de tributação. Ou seja, a substituição tributária não era a regra, e os contribuintes que optassem por ela deveriam se submeter a certas condições, dentre elas renunciar ao direito de requerer a restituição do ICMS pago a maior quando as operações se dessem em valor inferior ao que fora presumido.

Naquele caso, o requerido da ação era o Governador do Estado de Alagoas, que não permitia – através do Convênio ICMS 13/97 e do Decreto nº 35245/91 –, que os optantes pelo regime de substituição tributária requeressem a devolução do tributo pago a maior.

Por outro lado, nas ADIs 2.675/SP e 2.777/PE, o regime de substituição tributária é a regra, isto é, sua aplicação é obrigatória e todos a todos os contribuintes, não sendo a restituição de valores pagos a maior uma condição para a submissão ao sistema, e sim um direito dos contribuintes, em observância ao dispositivo constitucional.

Assim é que as ações foram ajuizadas pelos próprios Governadores dos Estados de São Paulo e Pernambuco, com o objetivo de verem afastadas as normas estaduais que permitem a restituição do tributo pago indevidamente, quando o fato gerador ocorrer em valor inferior ao presumido.

Suscitada questão de ordem quanto à admissibilidade das ADIs 2.777/SP e 2.675/PE, no sentido de que o julgamento contrariaria a validade da norma declarada constitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos autos da ADI 1851/AL, o Supremo Tribunal Federal concluiu por admitir o julgamento das ações diretas, considerando que o efeito vinculante previsto no § 2º do artigo 102 da CF não condiciona o próprio Tribunal, limitando-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, além de já ter restado demonstrada a distinção entre os dispositivos impugnados nas presentes ações e a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97.

5.2. Os votos já proferidos^[3]

Em 2003 foi iniciado o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.777/SP e 2.675/PE contra dispositivos de leis estaduais que asseguram a restituição do ICMS pago antecipadamente a maior no regime de sujeição passiva tributária antecipada, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação for inferior à presumida.

O Ministro Carlos Velloso, relator original da ADI 2.675/PE, votou pela improcedência do pedido, julgando constitucional a restituição de eventual valor recolhido a maior no

regime de sujeição passiva tributária antecipada. Reportou-se aos fundamentos do voto proferido no julgamento da ADI 1.851/AL, no sentido de que, para que não ocorra enriquecimento ilícito por parte do Estado, se a operação realizar-se em valor inferior àquele que fora presumido, o contribuinte deve ser restituído da quantia recolhida a maior, eis que a base de cálculo do fato gerador é a sua dimensão material.

O Ministro Cezar Peluso, relator da ADI 2.777/SP, ressaltou, inicialmente, a diferença entre o objeto da ação sob exame e daquele analisado na ADI 1851/AL, destacando o caráter facultativo do regime de substituição tributária no Estado de Alagoas, que vedava – através da cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 – a restituição quando o fato gerador ocorresse em valor inferior àquele presumido, bem como a cobrança da diferença quando ele se efetivasse em valor superior, assegurando aos contribuintes optantes pelo sistema, em contrapartida, a redução da base de cálculo do ICMS.

Assim, o Ministro votou pela improcedência do pedido, para declarar a constitucionalidade da lei paulista que assegura o direito à restituição. Ou seja, na hipótese de não-ocorrência do fato gerador no valor presumido, o Estado tem o dever de restituir o montante pago a maior, sob pena de violação ao princípio constitucional que vedação ao confisco. No tocante à ADI 2.657/PE, o Ministro Cezar Peluso também votou pela improcedência do pedido, reiterando os fundamentos de seu voto na ADI 2777/SP.

O Ministro Nelson Jobim julgou procedente o pedido formulado na ADI 2.777/SP, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo da lei paulista que assegura o direito à restituição quando o fato gerador ocorrer em valor inferior ao que fora presumido. Afirmou que o regime de substituição tributária é método de arrecadação de tributo instituído com o escopo de facilitar e otimizar a cobrança de impostos, que possibilita maior justiça fiscal por impedir a sonegação, e não comporta a restituição de valores em

razão de o tributo pago antecipadamente ser repassado no preo de venda da mercadoria como custo.

Sustentou o Ministro que o recolhimento a maior não equivaleria   não-confirmao do fato gerador presumido, a ensejar a devoluo de valores, eis que esse entendimento inviabilizaria o sistema de substituio tributária antecipada, cujo objetivo   contornar problemas de ordem prática relativos   cobrana do imposto, sendo, pois, improcedente a alegao de confisco. Argumentou, ainda, que não se poderia admitir interpretao extensiva do artigo 150,   7 , da Constituio Federal, sob pena de se dar margem   guerra fiscal entre os Estados e comprometer a própria estrutura da Federao.

Ressaltou que a regra do art. 150,   7 , da CF, limita a restituio de valores na hipótese de não se configurar o fato gerador presumido. Ou seja, a presuno constitucional, nesse dispositivo, não se relacionaria com a base de cáculo concreta do imposto, a qual não poderia ensejar nem restituio do valor recolhido a maior pelo Fisco, nem pagamento suplementar do contribuinte pelo valor tributário recolhido a menor.

O Ministro Cezar Peluso aditou seu voto, refutando os fundamentos do voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, que abrisse divergência no julgamento, afirmando que este teria se apoiado em duas premissas independentes e dissociáveis para negar o direito   restituio de valor recolhido a maior: *(i)* a de que o valor do ICMS substituio tributária para frente integraria o preo de venda do substituto, tornando-se custo para o substituido, o qual o incorporaria ao preo de venda do seu produto, logo eventual diferena entre este preo e o preo presumido na substituio implicaria reduo do lucro do substituido; e *(ii)* a de que a incidência do ICMS na substituio tributária seria definitiva e o fato gerador legitimante seria sua condio resolutória.

Em relao   primeira premissa, o Ministro Cezar Peluso entendeu que o argumento só seria válido em caso de incidência

monofásica do ICMS ou de venda a consumidor final, hipóteses nas quais o imposto não permite a transferência jurídica do encargo tributário por meio do sistema de débitos e créditos. Sustentou que o substituído deve recolher a diferença se seu preço de venda for superior ao que fora presumido, e que o montante retido será abatido do valor devido, razão pela qual estaria afastado o argumento de que o valor retido integraria os custos do substituído. Por outro lado, se o imposto retido for maior do que o efetivamente devido, o substituído poderá restituir-se da diferença.

Quanto à segunda premissa, o Ministro asseverou que a substituição tributária progressiva é técnica de arrecadação fiscal que deve submeter-se aos limites constitucionais do tributo ao qual se aplica, antecipando o recolhimento do tributo a fim de tornar mais eficiente a arrecadação e facilitar a fiscalização. Aduziu que a relação econômica e jurídica do substituído é elemento essencial desse mecanismo de arrecadação, e legitimador de sua existência, razão pela qual a restituição no caso de o fato gerador legitimante ser inferior ao presumido é consequência lógico-jurídica do sistema, isto é, a obrigação de restituir o excesso não descaracteriza o sistema da substituição tributária progressiva, mas o legitima; é de caráter excepcional e depende de iniciativa do contribuinte.

Ressaltou, por fim, a provisoriedade do recolhimento antecipado, pois, se o fato gerador presumido fosse definitivo, também não se poderia admitir devolução quando o fato legitimante não se realizasse. Ou seja, a obrigação de restituir o tributo retido a maior baseia-se na falta de competência constitucional do Estado para tributar qualquer parcela que ultrapassasse o valor real da operação ocorrida.

O Ministro Eros Grau considerou descabida a complementação do imposto pago antecipadamente tanto no caso em que a operação final ocorrer em valor superior ao presumido, quanto no caso em que ocorrer em valor inferior, pois se devida fosse a substituição tributária seria inútil, argumentando que “não se

devem interpretar preceitos constitucionais de modo a torná-los vazios, ocos, v os”.

Aduziu que os argumentos favoráveis   improced ncias das ADIs “são inteligentes, mas insuficientes para justificar devolu o de montante de tributo recolhido no regime de substitui o tributária em situa o que não a expressamente indicada no preceito constitucional, ou seja, a de efetiva não realiza o do fato gerador”.

Sustentou, por fim, que, por ser o ICMS imposto indireto, seu valor se agrega ao preço do bem ou serviço, razão pela qual eventual restitui o acarretaria enriquecimento ilícito por parte do substituto. Alega que “se restitui o coubesse haveria de ser feita a quem suportou o valor do imposto recolhido a maior [o adquirente], não ao substituto tributário”.

Os Ministros Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, acompanharam a divergência iniciada pelo Ministro Nelson Jobim, votando pela procedência dos pedidos formulados nas ADIs 2.777/SP e 2.675/PE, isto  , entenderam ser inconstitucionais os dispositivos das leis estaduais que asseguram aos contribuintes a restitui o da quantia recolhida a maior quando o fato gerador ocorrer em valor inferior àquele que fora presumido.

O Ministro Ricardo Lewandowski sucede o Ministro Carlos Velloso, razão pela qual não vota na ADI 2.675/PE. Com rela o   ADI 2.777/SP, acompanhou o Ministro Relator Cezar Peluso, assim como os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, votando no sentido da improcedência dos pedidos formulados nas duas a o es, entendendo, assim, pela constitucionalidade do direito   restitui o do imposto recolhido antecipadamente a maior no regime de sujei o passiva tributária antecipada.

5.3. O empate no julgamento

Após o empate de votos na análise das ADIs 2.777/SP e 2.675/PE, em 2007 o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu o julgamento ante pedido de vista do ministro Carlos Ayres Britto – sucedido pelo Ministro Luís Roberto Barroso – que, até o momento, assim se encontra:

(i) votos pela **procedência** das ADIs 2.777/SP e 2.675/PE, no sentido de que as normas estaduais que autorizam a restituição do imposto recolhido a maior seriam inconstitucionais: Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie;

(ii) votos pela **improcedência** das ações, no sentido de que as normas estaduais que garantem o direito à restituição estariam de acordo com a Constituição Federal: Cezar Peluso (relator), Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

O voto do ministro Luis Roberto Barroso, sucessor do Ministro Carlos Ayres Britto, deverá desempatar o julgamento. Ou seja, o Ministro decidirá se os contribuintes sujeitos ao regime de substituição tributária progressiva – não por opção, mas por obrigação legal – têm ou não o direito de serem restituídos do tributo recolhido de forma equivocada, (i) seja porque o fato gerador presumido não se realizou, caso em que a devolução será do montante integral do tributo pago; (ii) seja porque a base de cálculo presumida é distinta daquela que realmente se realizou, hipótese em que a restituição será parcial.

6. CONCLUSÃO

Com base no que foi exposto, pode-se concluir que a sujeição passiva tributária antecipada não é instituto novo em nosso ordenamento jurídico, tendo nele ingressado com o Código Tributário Nacional, e ganhado *status* constitucional com a Emenda

Constitucional n^o 3/93, que inseriu o § 7^o ao artigo 150 da Constitui o Federal.

Não obstante a edi o da norma constitucional, as discussões atinentes a esse mecanismo de arrecada o continuaram e se acirraram, e a constitucionalidade da própria emenda constitucional foi questionada, por tender a abolir direitos e garantias constitucionais, violando o artigo 60, § 4^o, IV, da Constitui o Federal.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da sujei o passiva tributária antecipada no julgamento do Recurso Extraordinário n^o 213.396/SP e, naquela oportunidade, independentemente do disposto na Emenda Constitucional n^o 3/93, posicionou-se a favor da constitucionalidade desse mecanismo de arrecada o, exaltando a praticidade e a eficiência da tributa o propiciadas pelo instituto.

Quanto   questão da restitui o da quantia prevista na parte final do § 7^o do artigo 150 da Constitui o Federal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da A o Direta de Inconstitucionalidade n^o 1.851/AL, após conceder medida cautelar para suspender a eficácia da cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, que vedava o direito   restitui o do imposto recolhido a maior no modelo de substitui o tributária progressiva, fixou entendimento no sentido da interpreta o literal do § 7^o do artigo 150 da Constitui o Federal, permitindo a restitui o apenas na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido.

Apesar do Supremo Tribunal Federal já ter se posicionado acerca da sujei o passiva tributária antecipada, tanto com rela o   constitucionalidade do instituto, quanto   questão da restitui o, o tema não está pacificado, pois voltou a ser discutido com o ajuizamento das A es Diretas de Inconstitucionalidade n^o 2.777/SP e n^o 2.675/PE – cujos objetos diferem daquele já analisado na ADI n^o 1.851/AL –, bem como no Recurso

Extraordinário nº 593.849, os quais serão julgados em conjunto, o que demonstra que o entendimento pode ser alterado.

O presente artigo tem como foco, justamente, analisar os precedentes da jurisprudência Supremo Tribunal Federal e suscitar a possibilidade de mudança do entendimento até então prevalecente, sobretudo em razão do longo tempo decorrido desde a suspensão do julgamento, com a conseqüente alteração da composição dos Ministros da Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema Tributário Constitucional Brasileiro*. São Paulo, Editora RT, 1966.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Forense, 2010

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECCO, Marco Aurélio. *Substituição Tributária*. IOB, pág. 40 e ss.

MACHADO, Hugo de Brito. *O Supremo Tribunal Federal e a Substituição Tributária no ICMS*. RDDT nº 87, dez/2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Substituição Tributária “para frente”*. Critérios de determinação do preço final. RDDT nº 92, maio/2003.

MACHADO, Hugo de Brito e Hugo de Brito Segundo. *ICMS. Substituição Tributária. Art. 155, § 2º, XII, alínea b, da Constituição Federal. Delegação legislativa. Decreto. Impossibilidade*. RDDT nº 88, jan/2003.

NAVARRO, Sacha Calmon e DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito do sujeito passivo do ICMS de compensar o imposto pago a maior, em razão da técnica da substituição tributária progressiva*. RDDT nº 101, fev/2004.

PAULSEN, Leandro. *Direito Processual Tributário*. 6 ed. Livraria do Advogado, 2010

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha tributária, 1983.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Sujeição Passiva Tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Regra Matriz de Incidência Tributária in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 17 ed. Renovar, 2010.

NOTAS:

[1] Art. 150, § 7º: A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

[2] GRECCO, Marco Aurélio. *Substituição tributária in IOB*, pág. 40 e ss.

[3] Informações extraídas dos Informativos do Supremo Tribunal Federal nº 331, 332, 397, 428, 443 e 455.

AS LIMITAÇÕES DA AUTOCOMPOSIÇÃO

MAURA DIAS FERREIRA DE PINHO: Analista do Ministério Público de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Graduação em Tecnólogo em Recursos Humanos pela UNIFRAN. Especialista em Direito Processual do Trabalho, em Direito Processual Civil, em Direito Ambiental e em Direito Administrativo.

RESUMO: Objetivou-se a estudar autocomposição, como meio de solução de conflitos, e as suas limitações. Conceituou-se as formas de solução de conflito e destacou a legislação responsável pela sua regulamentação. Mereceu destaque os princípios que abarcam a constitucionalização do direito civil. A normalização do conflito, por meio da garantia da dignidade da pessoa humana, usando do devido processo legal, do princípio da proporcionalidade, permite a real satisfação da vontade das partes. De nada adianta um acordo, sem a devida satisfação das partes.

Palavras-chave: Solução de conflitos. Autocomposição. Normalização do Conflito.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A AUTOCOMPOSIÇÃO. 2.1 DEFINIÇÃO. 2.2 VICISSITUDES NA AUTOCOMPOSIÇÃO. 2.3 NORMALIZAÇÃO DO CONFLITO. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, prima pela solução social dos conflitos, buscando resolver conflitos de interesses entre as partes.

Tal pacificação social, entretanto, pode ser concretizada tanto pela jurisdição quanto por meio de formas alternativas de solução de conflitos.

Na Jurisdição, o Estado, usando o seu poder jurisdicional, interfere na esfera jurídica dos jurisdicionados, aplicando o direito ao caso concreto, resolvendo com definitividade a crise jurídica existente.

Já com relação às formas alternativas de solução de conflito, tem-se como destaque a autocomposição, a qual consiste em solucionar os desacordos por meio da vontade das partes.

A autocomposição traduz na participação popular no exercício do poder de solucionar os litígios, o que exprime o forte caráter democrático de tal instituto.

O presente trabalho tem como escopo refletir sobre a real importância e efetividade da autocomposição. Pois, até que ponto tal instituto tem sido devidamente aplicado na Justiça Brasileira?

A autocomposição vem se destacado no ordenamento jurídico brasileiro desde 2010, com a edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, que criou a política pública de solução de conflitos jurídicos. Tal resolução foi editada para disciplinar a autocomposição e a mediação no Brasil.

Sucessivamente, em 2015, o Novo Código de Processo Civil, suntuosamente ratificou e reforçou a solução negociada de um litígio, ao prever, no seu artigo 3º, a promoção pelo Estado, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos. Assim, tal dispositivo legal estabeleceu uma nova norma fundamental: o princípio da promoção pelo Estado da solução pela autocomposição.

Ocorre, no entanto, que, em concomitância com essa tendência de substituição da jurisdição pela conciliação, tem-se

percebido certo fanatismo pela autocomposição, com consequentes situações injustas, desiguais, e sem efetividade.

A busca exacerbada pelo acordo entre as partes precisa de amparo legal, com estrutura operacional adequada, competentes mediadores e conciliadores, e a conscientização de que nem sempre o acordo é a melhor solução para o caso concreto.

Não se pode prevalecer, no ordenamento jurídico brasileiro, a busca a todo custo por acordo. Deve-se focar no devido processo legal, com ambiente propício ao exercício da liberdade e da efetiva solução do conflito.

Assim, o objetivo geral desse presente trabalho é identificar, discutir a forma de garantir a efetividade da autocomposição. E mais precisamente, estudar, numa perspectiva crítica, as principais formas de conflito social no Brasil; conceituar a autocomposição, analisar a legislação brasileira sobre tal assunto, bem como a doutrina e a jurisprudência sobre o tema; e verificar até que ponto a autocomposição garante a efetividade da vontade entre as partes.

Logo, com o intuito de abordar e estudar sobre as vicissitudes que afloram o instituto da autocomposição no Brasil, o presente artigo será desenvolvido por meio de um capítulo que discorrerá sobre tal tema em três subtítulos, os quais irão, respectivamente, relatar sobre a definição da autocomposição, a respeito das suas vicissitudes, e a normalização dos conflitos.

2 A AUTOCOMPOSIÇÃO

2.1 DEFINIÇÃO

A autocomposição é um instituto que visa a solução de um conflito por meio do sacrifício, integral ou parcial, dos interesses das partes, mediante a vontade desses sujeitos.

De acordo com o exercício da vontade das partes, pode-se dividir a autocomposição em transação, submissão e renúncia.

Assim define tais institutos, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves:

A autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação- a mais comum-, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício da vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretense direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência.^[1]

O Novo Código Processo Civil, nos artigos 165 a 175, traz duas formas consensuais de solução de conflitos: a conciliação (autocomposição) e a mediação. O referido diploma legal, embora conduza diferenças sutis com relação a esses dois institutos, define a conciliação e a mediação como formas de solução de conflito com a presença de um terceiro com a função de auxiliar as partes a atingirem a autocomposição.

Ocorre, entretanto, que na mediação, diferentemente da conciliação, não há sacrifício de interesse pelas partes, pois o

mediador descobre a causa do conflito e a remove, resolvendo o problema entre as partes. Como denota Didier:

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador de diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por sim mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados.^[2]

É importante destacar, no entanto, que a conciliação e a mediação não ocorrem indiscriminadamente, pelo contrário, o Novo Código de Processo Civil estruturou com maestria o procedimento para tais institutos, de forma que os conflitos sejam resolvidos com igualdade e efetividade.

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, do autoregramento da vontade, da normalização do conflito, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Outrossim, o Novo Código de Processo Civil dispôs que a conciliação e a mediação deverão ocorrer, respectivamente, por conciliadores e mediadores devidamente aprovados em curso realizado por entidade credenciada, em centros judiciários de solução consensual de conflitos, regidos por normas do Conselho Nacional de Justiça, vinculados aos Tribunais de 2º grau na Justiça Estadual e Federal.

Há de destacar, ainda, que a lei de mediação (lei 3140/2015) exige que o mediador seja graduado, há pelo menos dois anos, em curso superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação.

Percebe-se, portanto, que a conciliação e a mediação foram devidamente estruturadas pela legislação brasileira, embora existam inúmeros problemas aflorando na aplicação destes institutos, talvez, em virtude da busca excessiva pela realização de um acordo.

2.2 VICISSITUDES NA AUTOCOMPOSIÇÃO

Muito embora as disposições principiológicas e as regras sobre a atividade dos conciliadores e mediadores, trazidas ao bojo do ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil, o que se tem presenciado no mundo fático da justiça brasileira é a falta de estrutura do Poder Judiciário e a busca desregrada pela autocomposição.

Como exposto acima, o Novo Código de Processo Civil trouxe, como requisito para a autocomposição, a formação de Centros Judiciários de solução consensual dos conflitos e a formação de conciliadores e mediadores por cursos especializados.

A realidade, no entanto, não tem apresentado consonância com o disposto legalmente. O que se tem vivenciado na prática, principalmente, nos interiores dos Estados, são audiências de autocomposição realizadas, administradas por estagiários da área do dinheiro, em ambientes totalmente desestruturados.

É de extrema importância a capacitação e a imparcialidade dos conciliadores e mediadores, pois estes têm o dever de estimular as partes a melhor resolver os seus conflitos e a se perceberem reciprocamente como seres humanos merecedores de respeito e atenção.

Sem contar, outrossim, que muitas vezes a diferença do poder aquisitivo entre as partes pode perpetrar acordos totalmente injustos e sem qualquer cunho de pacificação social.

Há uma forte tendência de um propício e crescente desrespeito ao direito material, em virtude dos detentores do poder passarem a atuar baseados na teoria de que a “ilicitude compensa”, haja vista a possibilidade de um acordo com a outra parte. Ou seja, o infrator contumaz poderá enxergar na autocomposição uma alternativa para sempre atuar em desconformidade com a lei.

Flávio Luiz Yarshell, em 2009, na Folha de São Paulo, questionou os problemas que se pode ter com a supervalorização da autocomposição:

A conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes- direito mais que legítimo- passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes- direito mais que legítimo- passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos.^[3]

Tamanho é o fanatismo pela autocomposição, que o Código de Processo Civil, no artigo 334, §4º, exige a manifestação expressa de ambas as partes, quanto ao desinteresse na composição consensual, para a dispensa de realização da audiência de autocomposição. Não basta uma das partes expor o seu desinteresse pela conciliação, a audiência será realizada de qualquer forma, com a obrigatoriedade de presença no ato, sob pena de sanção pecuniária.

Sobre essa celeuma que aflora o ordenamento jurídico, assim expõe Daniel Amorim Assumpção Neves:

A exigência de que o desinteresse na realização da audiência seja manifestado de forma expressa por ambas as partes é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito da solução consensual do conflito. Como diz o ditado popular, “quando um não quer, dois não fazem”, de modo que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse.”^[4]

Não restam dúvidas a respeito da importância da autocomposição, o que não se pode permitir é o uso de tal instituto como solução de todos os problemas no campo dos conflitos de interesses.

2.3 A NORMALIZAÇÃO DO CONFLITO

A conciliação e a mediação têm como fundamento o princípio do autoregramento da vontade, o qual determina a necessidade de estruturar o instituto da autocomposição de forma que as partes definam a melhor solução para o seu problema jurídico. Ou seja, deve ocorrer a efetiva normalização do conflito, com a satisfação das partes.

A normalização de um conflito consiste na sua real solução, com a concreta satisfação das partes envolvidas. Não se pode considerar como efetiva pacificação social quando não se tem a satisfação das partes.

O aplicador da lei, sendo ele mediador ou conciliador, deverá se respaldar no princípio da dignidade da pessoa humana, impedindo situações injustas e díspares entre as partes.

O artigo 8º do Novo Código de Processo Civil justamente estabelece a necessidade de atender os fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, além de observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a publicidade e a eficiência, na aplicação do ordenamento jurídico. Tal dispositivo legal, como se pode perceber, valoriza a dignidade como norte do aplicador da lei.

Portanto, diante do exposto acima, conclui-se que a conciliação e a mediação devem ser valorizadas, buscando sempre a solução dos conflitos entre as partes, mas desde que embasadas nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, promovam a dignidade da pessoa humana, garantindo a normalização do conflito, em respeito à vontade das partes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como denotado acima, o ordenamento jurídico brasileiro expõe o instituto da autocomposição como meio eficaz de solução dos conflitos entre as partes.

Ocorre, entretanto, que nem sempre essa autocomposição é eficaz a ponto de garantir a efetividade da vontade das partes, o que faz concluir pela necessidade do uso de tal instituto de acordo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, primando sempre pela dignidade da pessoa humana.

Não se pode querer um acordo a todo custo, deve-se primar pela eficiência e efetividade na solução dos conflitos sociais, de forma a satisfazer o interesse de cada sujeito do direito.

A autocomposição somente será eficaz e eficiente se for planejada e exercida, nas devidas situações, com estrutura adequada e por pessoas eficientes e qualificadas, o que permite a real satisfação da vontade das partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Vade mecum- método- legislação 2016. 4 ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2015, v.1.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça de Minas Gerais. *O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil (lei n.º. 13.105/15): principais inovações e aspectos específicos da atuação ministerial*. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 8ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

NOTAS:

[1] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 8ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2016. p.5.

[2] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de*

Conhecimento. 17 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2015, v.1, p. 276.

[3] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2015, v.1, p. 280.

[4] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 8ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2016. p.573.

O CRIME DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA E A RETRATAÇÃO DOS FATOS NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

GISELE ADRIANE FONSECA: Bacharel em Direito.
Analista do Ministério Público de Minas Gerais.

RESUMO: O artigo tem por finalidade discutir a possibilidade de imputação do crime de denúncia caluniosa em desfavor da mulher vítima de violência doméstica que retrata dos fatos. O método utilizado foi o qualitativo utilizando-se da pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que as motivações para a desistência da denúncia pelas mulheres podem ser diversos, e tal fato deve ser levado em consideração pelo operador do direito, interpretando a lei de acordo com as peculiaridades das condições da vítima de violência doméstica. Assim, não prospera a persecução penal, salvo indício de dolo de caluniar.

Palavras chaves: Retratação. Violência doméstica. Denúncia Caluniosa.

Introdução

O artigo tem por finalidade compreender a possibilidade de imputação do crime de denúncia caluniosa em caso de retratação dos fatos pela vítima de violência doméstica. Assim, se propõe como problema de pesquisa: Caberia a imputação do crime de denúncia caluniosa à mulher vítima de violência doméstica que desiste da representação contra seu agressor?

Para tanto, há que se investigar como a jurisprudência e o Ministério Público têm atuado neste sentido, como o fim de verificar se há aplicação direta do tipo penal de denúncia caluniosa, se

não se aplica o tipo devido à análises principiológicas ou se a aplicação do tipo depende da análise do caso e do dolo do agente.

Uma em cada cinco mulheres brasileiras já foram vítimas de violência doméstica. O tema se mostra dos mais importantes, uma vez que a violência contra a mulher vitima milhares de mulheres brasileiras, sendo que, de acordo com a Central de Atendimento à Mulher, no período entre janeiro e outubro de 2015, 38,72% das mulheres que ligaram no telefone 180 afirmaram que sofrem violência diária e 33,86% semanalmente. Afirmaram as mulheres que 88,85% ocorrem no ambiente doméstico, longe dos olhos da sociedade. Constatou-se também que 67,36% tem por agressor homens com quem se tem vínculos de afeto, tal como cônjuges e namorados (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2015).

O método escolhido foi o qualitativo, na medida em que tem por objetivo compreender a condução da temática a nível doutrinário, através de consulta a livros e artigos, bem como, jurisprudencial, análise de súmulas e enunciados, e ainda, pesquisa documental nos textos de lei.

A denúncia caluniosa no caso de retratação dos fatos narrados contra o agressor em casos de violência doméstica

A Lei Maria da Penha, Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, em tributo à Maria da Penha Fernandes, mulher que sofreu diversas tentativas de homicídio por parte de seu cônjuge, e que se empenhou na luta pelo combate à violência contra a mulher. O processo judicial que tratou do seu caso foi iniciado em 1984, entretanto apenas foi finalizado em 2002, uma vez que foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos em decorrência da morosidade com que foi conduzido (LIMA, 2015).

O Brasil foi condenado por descumprimento ao compromisso assumido no combate a violência doméstica, através do relatório 54/2001 da aludida corte. Após 5 anos do relatório foi sancionada a Lei 11.340, cumprindo o exigido quando da ratificação da

Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, da Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU (Organização das Nações Unidas) (LIMA, 2015).

O art. 1º da Lei Maria da Penha apresenta sua finalidade, que consiste na criação de mecanismos capazes de coibir a violência doméstica e familiar, regulando assim o art. 226 da Constituição Federal, em seu parágrafo 8º, que dispõe: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

A implementação dos dispositivos legais consta em ação afirmativa compensatória diante da histórica desigualdade entre gênero masculino e feminino, atendendo à determinação constitucional prevista no art. 5º, I de igualdade entre homens e mulheres São também consideradas “discriminações positivas”, que consistem em políticas implementadas de forma temporária com o fito de minimizar os efeitos da discriminação social (LIMA, 2015, p. 903).

A própria Lei orienta como devem ser realizadas as decisões, preservando os direitos e garantias da mulher. O art. 4º afirma que: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”, e os artigos 2º e 3º aduzem que o legislador, julgador e interprete da lei devem se atentar para facilitar e oportunizar à mulher uma vida sem violência física e mental, assegurando o direito à vida, à segurança e à saúde (BRASIL, 2006).

Quando a lei fala em “condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar” significa que os operadores do direito devem ter cuidado para com o caso concreto

e interpretando e aplicando a lei de acordo com seus fins sociais de proteger a vida e a dignidade da mulher (BRASIL, 2006).

A denúncia pela mulher da violência sofrida é ato dos mais sensíveis, e por vezes o único modo de se conhecer a realidade de milhares de brasileiras no recôndito de seus lares. Assim, é um mecanismo importantes para dar visibilidade à serie de agressões sofridas, sejam físicas, morais, psicológicas, patrimoniais ou sexuais, no âmbito doméstico (NUCCI, 2013, p. 616-618).

Para dar efetividade a este mecanismo foi criada a Central de Atendimento à Mulher, que orienta e encaminha as mulheres para delegacias ou serviços de atendimento de emergência, sendo que no ano de 2015 foram aproximadamente 179 ligações diárias (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2015).

Diante das divergências de entendimento quanto a natureza da ação penal, se pública condicionada ou incondicionada, e com o fim de atender aos fins sociais da norma, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 4424, pacificou que a violência doméstica e familiar realizada através de lesão corporal, seja dolosa ou culposa, mesmo se leve ou a contravenção penal de vias de fato, deve ser considerada ação penal pública incondicionada, o que implica na obrigatoriedade de investigação e instauração de inquérito policial mediante mero conhecimento da agressão por autoridades policiais e Ministério Público, sem depender da representação da vítima.

Tal posicionamento também é adotado pelo Ministério Público, como se nota no Enunciado nº 8 da COPEVID (Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), *in verbis*:

Enunciado nº 08 (001/2012): Considerando a confirmação pelo STF da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (ADIN 4424 e ADC 19), julgadas no dia 09/02/2012, a ação penal nos crimes de lesão corporal leve e contravenção penal de vias de fato, praticadas com violência

doméstica e familiar contra a mulher, é pública incondicionada, sendo os efeitos de tais decisões *extunc*, vinculantes e *erga omnes*, não alcançando somente os casos acobertados pela coisa julgada. (Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 28/03/2012 e pelo Colegiado do CNPG de 31/05e 01/06/2012).

O COPEVID integra o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, comissão criada em 9 de outubro de 1998, sendo associação nacional, sem fins lucrativos, com a finalidade de auxiliar os promotores públicos no exercício de suas funções.

Entretanto, os crimes de ameaça e estupro continuam sendo de ação penal pública condicionada a representação, e, conseqüentemente, possível de retratação. Há uma diferença entre retratação e renúncia, uma vez que a renúncia é verificada quando se “abre mão de um direito que ainda não fora exercido”, diferentemente da retratação que consiste em “voltar atrás, arrepender-se; pressupõe o prévio exercício de um direito”, assim, o art. 16 da Lei Maria da Penha fala claramente de retratação, em que pese estar escrito renúncia (LIMA, 2015).

Diante da seriedade da retratação, uma vez que o crime já foi noticiado, é que se exige alguns requisitos para sua ocorrência. Primeiramente, a “manifestação da vítima perante o juiz em audiência especialmente designada com tal finalidade”. Importante frisar que há grandes divergências jurisprudenciais sobre a obrigatoriedade da audiência, contudo, há que atentar para os fins sociais, sendo tal audiência oportunidade para compreender as motivações da vítima e suas “peculiares condições”, tal como já abordado anteriormente. Posteriormente à audiência, o Ministério Público deve ser ouvido (LIMA, 2015). E por fim o período, na medida em que a Lei Maria da Penha prevê que a audiência ocorre após o oferecimento da denúncia, há que se entender que nos casos de violência doméstica é possível a retratação posteriormente

ao recebimento da denúncia, ao contrário do que dispõe o art. 25 do CPP e 102 do CP (CUNHA, PINTO, 2015, p. 131).

A desistência do prosseguimento da a o penal decorre de motivos diversos, tal como o afeto pelo companheiro, a f  na manuten o da rela o familiar, por pressão de companheiro e parentes, por dependência financeira ou ainda devido ao medo de novas agressões (JONG, SADALA, TANAKA, 2008).

Na retrata o a vítima nega a existência do crime, o que se adéqua ao tipo penal de denuncia o caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal, em nota: “Dar causa   instaura o de investiga o policial, de processo judicial, instaura o de investiga o administrativa, inquérito civil ou a o de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente” (BRASIL, 1840).

Deste modo, noticiar informa o que enseja a instaura o de investiga o criminal, pela polícia ou Ministério Público, de pessoa certa, no caso suposto agressor de violência doméstica, permitindo inclusive o prosseguimento do processo judicial através da denúncia, se adéqua ao tipo penal de denuncia o caluniosa e enseja a instaura o de inquérito policial, uma vez corresponder a crime de a o pública incondicionada.

No crime de denuncia o caluniosa o sujeito passivo   o Estado e o acusado da prática do crime. No caso em análise, percebe-se que o agressor, réu no processo de violência doméstica, passa a ser vítima parte autora no processo de denuncia o caluniosa (GRECO, 2015). Contudo, o crime de denuncia o caluniosa tem por requisito o dolo, como se nota na expressão “imputando-lhe crime de que o sabe inocente”, de modo que há que se observar a inten o do agente quando imputou o crime a pessoa determinada.

Encontra-se jurisprudência imputando o crime de denuncia o caluniosa   mulher que denuncia o homem pelo

cometimento de violência doméstica e familiar e, posteriormente, desiste do ato, como se nota:

Ementa APELAÇÃO - DENUNCIÇÃO CALUNIOSA - CRIME CONFIGURADO - RECURSO DESPROVIDO. - Se a acusada deu causa a instauração de inquérito policial contra ex-marido, **sabendo, perfeitamente, que este não havia praticado os atos que lhe imputara**, não há dúvida de que restou configurado o crime do artigo 339 do Código Penal. Consta dos autos que a ré teria comparecido à Procuradoria de Justiça de Bicas para noticiar ter sido agredida pelo companheiro Antônio Alexandre Alves, afirmando, inclusive, ter sofrido aborto em função das aludidas agressões. (fls. 02/03). Posteriormente, **a ré compareceu espontaneamente perante a autoridade policial reconhecendo serem falsas as imputações feitas contra o ex-companheiro, afirmando que teria inventado a história da agressão e aborto por estar nervosa em razão do rompimento do relacionamento afetivo**(fl.15). Após a instauração de inquérito para apuração dos fatos, com oitiva de várias testemunhas, apurou-se a não-ocorrência de crime por parte de Alexandre Alves. As enfermeiras e médicos que atenderam a ré no hospital por ocasião do aborto espontâneo sofrido por esta, são unânimes em afirmar que não havia qualquer hematoma ou marca de violência no corpo da ré na data da agressão relatada por ela. Afirmam ainda, que a ré nada disse sobre a possível agressão no período em que esteve hospitalizada (fls. 81/86) (MINAS GERAIS. TJMG. 2007).

Analisando a ementa acima   possível observar que houve investiga o, corroborada por testemunhas, que nega a existência de violência, tendo a mulher afirmado que noticiou as agressões devido ao rompimento do relacionamento afetivo.

Noutro lastro, Enunciado do COPEVID entende incabível a imputa o de crime de denuncia o caluniosa, salvo se comprovado que o depoimento prestado pela mulher era inverídico, como se nota a seguir:

Denuncia o caluniosa Enunciado n  15 (001/2014): Considerando as pressões para a retrata o a que as mulheres vítimas de violência doméstica estão usualmente expostas, caso a mulher afirme na fase investigativa que foi vítima de crime praticado em situa o de violência doméstica e familiar e posteriormente negue os fatos em Juízo, o seu processamento por crime de denuncia o caluniosa apenas será admissível se houver outros indícios suficientes de que o primeiro depoimento foi inverídico (Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 14/03/2014 e pelo Colegiado do CNPG de 29/04/2014).

O dolo de caluniar   requisito essencial para a configura o do crime, sob pena de tornar o agressor em vítima e a vítima em agressor. Neste sentido a jurisprudência abaixo, que tranca a a o penal diante da inexistência de *animus caluniandi*:

EMENTA: HABEAS CORPUS - REPRESENTA O DE AGRESSÃO - LEI MARIA DA PENHA - RETRATA O NA DELEGACIA - NECESSIDADE DE SER FEITA PERANTE JUÍZO - RETRATA O NULA - INSTAURA O DE A O PENAL CONTRA A SUPOSTA VÍTIMA DE AGRESSÃO POR CRIME DE "**DENUNCIA O CALUNIOSA**" -

DESCABIMENTO - ABSOLUTA AUSÊNCIA DE "ANIMUS CALUNIENDI" - ATIPICIDADE DA CONDUTA OU AUSÊNCIA COMPLETA DE MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PARA SUPEDANEAR INQUÉRITO OU AÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EVIDENCIADA - MEDIDA DE EXCEÇÃO - ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAR AÇÃO PENAL.

- Nos crimes cometidos com violência doméstica, sujeitos aos ditames da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida só tem validade se feita **perante o juízo**, como explicita o art. 16 da Lei 11.340/06. A inobservância dessa exigência legal torna nula a retratação, dela não podendo decorrer nenhuma efeito.

- A instauração de ação penal por denúncia caluniosa, quando a própria calúnia é evidentemente inexistente, e quando **ausente o dolo de calúnia**, é de todo descabida. Aliás, seu caso ilustra os motivos que levaram o STF, na semana passada, decidir, por maioria, pela natureza incondicionada dos crimes cometidos contra mulheres, em situação de violência doméstica. São evidentes, mesmo na precária instrução deste HC, que os indícios levam a crer que o sr. Adilson da Costa não só coagiu a paciente a se retratar, mas também a agride costumeiramente. Isso porque, ainda que as agressões que a levaram à Delegacia na primeira oportunidade (dia 13/09/2010) decorressem mesmo de um assalto (o que é muito pouco provável), a imputação delas ao sr. Adilson não teria sido feita com o intuito de caluniá-lo. Não. **Ela deixa claro que fez aquilo com o propósito de afastá-lo, senão do seu**

convívio, do convívio de seus familiares (MINAS GERAIS, TJMG.2012) (grifo nosso)

Isto porque as motiva es para a desistência pode ser de várias ordens e estas devem ser levadas em conta pelo aplicador do direito, na medida que a aplica o da lei em sua literalidade por vitimar novamente a vítima.

Conclusão

Conclui-se que a Lei Maria da Penha deve ser observada, interpretada e implementada pelos operadores atendendo a seus fins sociais, que   salvaguardar a vida e dignidade da mulher, devendo aos aplicadores da lei, seja policiais, advogados, promotores de justiça ou juízes considerar as peculiares das vítimas de violência doméstica e familiar.

Com essa perspectiva, conseguimos responder a pergunta inicial, após análise da doutrina e jurisprudência. **Não   cabível** a imputa o de crime de denuncia o caluniosa   mulher que se retrata, afirmando a inexistência do crime de violência doméstica que havia noticiado anteriormente, exceto que verificada que há indícios de que o depoimento foi inverídico e com dolo de caluniar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 179 relatos de violência contra mulheres por dia em 2015: o balanço do Ligue 180. 2015. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/179-relatos-de-violencia-contra-mulheres-por-dia-em-2015-o-balanco-do-ligue-180>> Acesso em 21 fev 2016

BRASIL. Decreto-lei n  2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário oficial da União**31 de dezembro de 1940

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. **Diário oficial da União** 7 de agosto de 2006

CAMARA DOS DEPUTADOS. Audiência Pública nº 0355/14. Debate sobre o Projeto de Lei nº 4.501, de 2012, que dispõe sobre a repressão à violência contra a mulher, alterando dispositivos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 — Lei Maria da Penha, e dá outras providências. 10/04/2014. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/documentos-1/notas-taquigraficas/notas-taquigraficas-2014/notas-taquigraficas-do-dia-10-04.2014>> Acesso em 21 fev 2016

COMISSÃO PERMANENTE DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (COPEVID). Ação penal incondicionada (lesão corporal

e vias de fato) Enunciado nº 08 (001/2012). Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 28/03/2012 e pelo Colegiado do CNPG de 31/05 e 01/06/2012.

COMISSÃO PERMANENTE DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (COPEVID). Denúncia caluniosa. Enunciado nº 15 (001/2014): Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 14/03/2014 e pelo Colegiado do CNPG de 29/04/2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 6ª Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial, volume IV. - 11. Ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2015.

JONG, LinChau; SADALA, Maria Lúcia Araújo; TANAKA, Ana Cristina D' Andretta. **Desistindo da denúncia ao agressor**: Relato de mulheres vítimas de Violência doméstica. Revista da Escola de Enfermagem da USP. 42(4):744-51, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3ª edição revista, ampliada e atualizada. Editora Juspodivm. 2015

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: Habeas Corpus Criminal 1.0000.12.002897-2/000 0028972-26.2012.8.13.0000 (1) Relator(a): Des.(a) Flávio Leite Data de Julgamento: 28/02/2012 **Data da publicação** da súmula: 09/03/2012

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: Apelação Criminal 1.0069.02.009427-7/001 0094277-90.2002.8.13.0069 (1) Relator(a): Des.(a) José Antonino Baía Borges Data de Julgamento: 22/03/2007 **Data da publicação** da súmula: 11/04/2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. Ligue 180. Uma década de conquistas. Balanço 10 anos. 2015. Disponível em <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/balanco180-10meses-1.pdf> acesso em 20 fev 2016



www.conteudojuridico.com.br

A DESIGUALDADE DE GÊNERO E O FEMININO: PARA ONDE CAMINHA O DIREITO?

THAIS CAMPOS OLEA: Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

Resumo A desigualdade entre gêneros e opressão do feminino ainda presentes em nossa sociedade faz com que se impute consequências sociais, políticas e jurídicas diversas a condutas iguais meramente em razão do gênero. Em contrapartida, surgem teorias feministas do direito, que visam analisar o fenômeno jurídico que também é reprodutor dessas discriminações. Todavia, tais teorias são majoritariamente construídas no âmbito internacional e pouco difundidas do Brasil. O presente trabalho pretende demonstrar a necessidade da consolidação de Teorias Feministas do Direito no contexto nacional. Identificar e problematizar as desigualdades de gênero é de suma importância para a boa formação de um jurista, afinal, a igualdade formalmente garantida deve ser efetivada. Para tanto, é necessário o reconhecimento da violência e opressão de gênero, para que juristas, enquanto responsáveis pela aplicação da lei reconheçam e reafirmem sua responsabilidade de zelar pela promoção da equidade.

Palavras Chave: teorias feministas do direito; feminismo; discriminação de gênero.

Introdução

Estreitamente vinculado ao advento da ciência moderna e expansão colonial europeia, a lógica sexista teve sua maior exteriorização durante o Iluminismo. Para legitimar o modelo ocidental de progresso, baseado na exploração e subordinação, foi necessário distinguir o que era valioso (ciência, homens brancos e burgueses), daquilo que era destituído de valor (natureza, mulheres, população negra e pobre). Assim, com o objetivo de “otimizar” a mão de obra humana para a produção da riqueza, foi atribuído valor superior àqueles indivíduos, enquanto estes foram destituídos de

sua qualidade humana, determinando-se, dessa maneira, quem deveria ser selecionado e quem deveria ser eliminado daquela sociedade.

Ao longo dos anos, graças às lutas dos movimentos feministas, esse paradigma foi questionado e avanços foram conquistados. Através do sufrágio, por exemplo, considerado por muitos como a primeira onda do feminismo, alguns objetivos ligados à organização familiar, oportunidade de estudo e cidadania foram alcançados. Mas este era apenas o início de uma luta que não iria cessar com a concessão de alguns direitos e igualdade formal.

Mas mesmo após progressos constitucionais consagrarem a igualdade entre gêneros na atualidade, a efetivação desse direito fundamental esbarra em uma cultura discriminatória, perpetrada historicamente na sociedade e ainda muito presente no ensino jurídico, e conseqüentemente, dentro do próprio Poder Judiciário.

O presente trabalho busca fomentar a discussão acerca do espaço da mulher no cenário jurídico brasileiro, problematizando as práticas que reafirmam o machismo dentro da academia e da estrutura judiciária em geral. Procuraremos demonstrar de que forma se dá a desvalorização do feminino nesse meio, defendendo a necessidade da construção e consolidação de teorias feministas, no âmbito do direito, aplicáveis a realidade brasileira, no mesmo sentido que vem se observando, especialmente nas últimas décadas, diversos trabalhos internacionais no estudo jurídico para a promoção da igualdade.

A metodologia utilizada nesta pesquisa será majoritariamente bibliográfica e documental e adotará os métodos dialético e descritivo com a finalidade de analisar as divergências doutrinárias, e histórico para posicionar a discussão espaço-temporalmente.

Identificar e problematizar as desigualdades de gênero é de suma importância para a boa formação de um jurista, a fim de que, em sua atuação profissional, consiga identificá-las e, assim, possa

contribuir na promoção de uma mudança de paradigma. Tanto o direito à igualdade quanto o direito à diferença que nos são garantidos devem ser efetivados. Para tanto, é necessário o reconhecimento da violência e opressão de gênero, e que juristas, enquanto responsáveis pela aplicação da lei reconheçam e reafirmem sua responsabilidade de zelar pela promoção da equidade. Nesse sentido, visamos também demonstrar de que forma a discriminação de gênero interfere na produção das leis, nos institutos jurídicos, doutrinas e jurisprudência, bem como entender de que maneira as mulheres brasileiras tem sido consideradas pela legislação pátria e se elas têm sido vítimas de omissões e exclusão por trás de um suposto discurso de “neutralidade de gênero da lei”.

1. Um olhar para os feminismos e a (des)igualdade de gênero

Com a recente emergência de debates que dizem respeito a questões de gênero na sociedade brasileira, como aconteceu durante as votações dos planos nacional, estaduais e municipais de educação, em que foram amplamente discutidas suas redações originais por preverem a inclusão de discussões sobre gênero dentro das escolas; ou também como vêm ocorrendo com diversos projetos que tramitam no Congresso Nacional prevendo, inclusive, o cerceamento de direitos já garantidos a mulheres vítimas de violência sexual (como é o caso do PL nº 5.069/13), ao mesmo tempo que as lutas de movimentos feministas ganharam maior visibilidade, percebemos também o quão pouco a comunidade em geral tem conhecimento sobre o movimento. Isto porque não é incomum que ouçamos, por exemplo, que o feminismo almeja a supremacia de mulheres frente aos homens, ou que o “humanismo” seria uma busca mais “adequada”, entre diversas outras manifestações equivocadas a respeito dos múltiplos movimentos de luta de mulheres existentes. Mas, afinal, que é feminismo?

O termo feminismo pode encontrar diversos sentidos, como demonstra Maccise:

La palabra feminismo designa, en efecto, distintas cosas. Por un lado, hace referencia a la serie de movimientos sociales, encabezados principalmente por mujeres, cuya finalidad primordial ha sido conseguir que las mujeres obtengan un estatus — jurídico, económico, político, psicológico y social— de igualdad, respecto de los hombres y hacer visible la situación de subordinación en la que se encuentran dentro de la sociedad. Movimientos como las manifestaciones por el derecho a decidir de las mujeres el número de hijos e hijas que quieren tener son un ejemplo de lo que feminismo en esta acepción quiere decir. Por otro lado, engloba a las distintas teorías que se han desarrollado para explicar la posición de desventaja de las mujeres respecto de los hombres, sus orígenes y consecuencias. Ello quiere decir que algo así como una teoría feminista, en el ámbito de la academia, no existe. Estas teorías difieren principalmente sobre dónde sitúan el origen o principal aspecto de opresión de las mujeres y en los cambios —y el grado de los mismos— que deben generarse para modificar esa circunstancia. (MACCISE, 2011, p. 137).

Assim, percebe-se que o feminismo, além do seu viés de movimento social, que luta pela igualdade, respeito e visibilidade de mulheres, tem também um viés teórico, que se dedica ao estudo dessas situações de discriminação, analisando suas origens, consequências e buscando novas perspectivas. Nesse sentido, o feminismo é composto de muitos feminismos, ou seja, diferentes vertentes teóricas que buscam explicar a necessidade de mudança da ordem social para a promoção da equidade.

Conforme Maccise (2011, p. 148), podemos identificar três principais fases do desenvolvimento de teorias feministas especialmente no que diz respeito ao direito, quais sejam a da igualdade, na década de 1970; a da diferença, na década seguinte;

e a da diversidade, a partir dos anos de 1990. A primeira fase deu ênfase para a eliminação das diferenças normativas em razão do sexo, buscando destacar as semelhanças entre homens e mulheres, e o acesso das mulheres a direitos e oportunidades nos mesmos termos que os homens.

Todavia, é na segunda fase que teóricas do feminismo perceberão que as reformas legais não sanariam as desigualdades existentes entre homens e mulheres. Até esse momento, a igualdade formal era tida como sinônimo de tratamento igual, o que não se verificava na prática, posto que mulheres e homens não partiam da mesma posição, e conseqüentemente, o tratamento idêntico pela lei não proporcionaria o mesmo espaço para uns e outras: “A esto se lellamódiscriminaciónindirecta o por resultado, puesto que enrazón de este diferente punto de partida de hombres y mujeres, laaplicación de la norma produciríaeffectos distintos, creandoasísituaciones jurídicas diferenciadas para cada sexo” (MACCISE, 2011, p. 150).

Dessa conclusão surgiram diferentes olhares para o problema - um deles ficou conhecido como feminismo cultural, que inova a partir do destaque que dá para as diferenças entre mulheres e homens, sejam biológicas ou culturais, outorgando ao feminino o valor social que lhe foi negado e destacando que a solução, diferentemente da defendida pelas feministas liberais na década anterior, não é apenas dizer que homens e mulheres são iguais, mas valorizar o feminino em sua forma particular de ser (MACCISE, 2011, p. 150). A crítica a tal vertente reside no fato de que favoreceria uma visão essencialista e estereotipada das mulheres, sendo pouco representativa daquelas que não se enquadram ao paradigma de feminino e quase desconsiderando a grande diversidade de mulheres existentes.

A outra visão, nesse período, foi a desenvolvida pelo feminismo radical. Ele procurou explicar a subordinação das mulheres através das relações de poder, construindo uma crítica estrutural, considerando que as instituições sociais eram

alicerçadas em normas do masculino. Seu principal expoente, MacKinnon:

La desigualdad viene primero; las diferencias después. La desigualdad es sustantiva e identifica una disparidad; la diferencia es abstracta y falsamente simétrica. Si esto es así, el discurso de la diferencia de género sirve como ideología para neutralizar, racionalizar, y cubrir la disparidad de poder, aunque aparente criticarla. (McKinnon *in* MACCISE, 2011, p. 151).

Assim, essa vertente não nega que existam diferenças que se originem no sexo, mas seu foco está na origem da desigualdade e não das diferenças construídas sobre elas. Não aceitam tratar o problema da subordinação a partir da ideia de igualdade como identidade e diferença, porque para elas, nos dois casos, o referencial persiste sendo o do masculino (MACCISE, 2011, p. 153). Contudo, MacKinnon não chega a explicar a razão pela qual essa desigualdade exista:

Na análise de MacKinnon, ainda que as relações sexuais sejam definidas como sociais, não há nada – salvo a desigualdade inerente à relação em si mesma – que possa explicar porque o sistema de poder funciona assim. A fonte das relações desiguais entre os sexos está, no fim das contas, nas relações desiguais entre os sexos. Apesar de afirmar que a desigualdade, tendo suas origens na sexualidade, está corporificada em “todo um sistema de relações sociais”, ela não explica como este sistema funciona. (SCOTT, 1995, p. 77-78).

A partir dos anos de 1990, começou-se a notar que, até então, as diferentes correntes feministas ainda tratavam o problema como questão homens-mulheres, ou seja, como mera questão de desigualdade de gênero. Surgem então diversas críticas nesse sentido, das quais devemos destacar os movimentos de mulheres negras e de mulheres lésbicas. Assim, a terceira etapa, que Maccise

refere em seu trabalho como fase da diversidade (2011, p. 153), surgiu como uma resposta a pouca representatividade das teorias existentes, salientando as infinitas maneiras de ser mulher que existem, isto é, “lapluralidad de identidades y contextos particulares de cada persona” (idem). Nesse sentido:

La literatura anti-esencialista de los noventa parte de lapremisa de que laexperiencia vivida por lasmujeres (la vida real) difiere dependiendo de factores como laraza, laclase, la etnia, lasdiscapacidades y laorientación sexual. Dada esta complejidad, tiene más sentido sustituirla meta de crear una estrategia feminista que pretendía abarcar todo, conel objetivo, menos grandioso, de considerar laactividad legal desde la perspectiva de diferentes grupos de mujeres (Chamallasin MACCISE, 2011, p. 154).

Nessa etapa, encontramos como já mencionado, o feminismo crítico negro e o feminismo lésbico. E nesse sentido, é importante destacar que ainda hoje em nossa sociedade perdura, inegavelmente, uma hierarquia racial e étnica, e por isso, a situação de subordinação a que são submetidas as mulheres também variará concretamente em forma e intensidade de acordo com esses parâmetros. Isso não significa que se determinadas mulheres viverem em condições sociais, econômicas ou culturais semelhantes terão a mesma percepção da situação de subordinação a que estão submetidas, afinal, cada mulher é única.

Muito embora o feminismo seja um movimento múltiplo e com demandas variadas, algumas questões são transversais, importando a todos, em maior ou menos intensidade. A situação de subordinação das mulheres, que acontece de diferentes formas, tem servido como base para a sustentação da organização nossa social, exprimindo e fundamentando inclusive as relações de poder

O gênero é umas das referências recorrentes pelas quais o poder político tem sido concebido, legitimado e criticado. Ele não apenas faz referência

ao significado da oposição homem/mulher; ele também o estabelece. Para proteger o poder político, a referência deve parecer certa e fiz a, fora de toda a construção humana, parte da ordem natural ou divina. Desta maneira, a oposição binária e o processo social das relações de gênero tornam-se parte do próprio significado de poder; pôr em questão ou alterar qualquer de seus aspectos ameaça o sistema inteiro (SCOTT, 1995, p. 92).

A situação de subordinação das mulheres que perdura somada à desvalorização dos femininos em suas múltiplas formas gera situações de violência e de invisibilidade. Tal fato é um problema também concernente a todos os poderes de um estado constitucional que zele pela equidade e dignidade humana. Não obstante, a comunidade jurídica, que é peça fundamental para a erradicação das desigualdades, diversas vezes tem servido de instrumento para a manutenção do status quo.

2. A reafirmação da discriminação de gênero pelo sistema jurídico brasileiro

Não obstante o Direito possa servir como instrumento para mudança social e emancipação dos sujeitos, ele ainda cumpre majoritariamente uma função de manutenção da ordem vigente, reforçando práticas discriminatórias. E quando o assunto é a opressão de gênero, não é diferente.

A começar pelo crescente conservadorismo no parlamento, onde ainda estão tramitando projetos de lei como o da criação do “dia do orgulho homossexual” (PL nº 1.672/11); da criminalização da discriminação contra homossexuais (PL nº 7.382/10); além do projeto de “estatuto da família” que marginaliza famílias homoparentais, certificando exclusivamente as uniões entre pessoas de sexo oposto (PL nº 6.585/13). Nesse contexto, também vieram à pauta os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: ao passo que se torna cada vez mais difícil avançar no

desenvolvimento de uma legislação sobre aborto que verdadeiramente respeite a autonomia e liberdade de mulheres sobre o seu corpo, surge grande movimentação em sentido contrário, a exemplo do Projeto de Lei nº 5.069/13 que pretende dificultar o aborto em casos de estupro, restringindo direitos já conquistados por movimentos de mulheres.

Para além do processo legislativo, também podemos encontrar situações de desigualdade analisando a estrutura do poder judiciário. Nesse sentido

[...] inegável que há um aumento do número de mulheres que ingressam através de concursos públicos em todas as carreiras jurídicas, dentre as quais a magistratura. No entanto, o aumento do número de mulheres não se repete com a mesma intensidade quando se analisam os cargos mais prestigiados do Poder Judiciário. De forma que a participação feminina vem aumentando, tanto em cargos de menor poder quanto nos cargos mais elevados, mas nesses últimos o ingresso feminino tem se dado de forma lenta e desproporcional ao número de mulheres que ingressam nas primeiras instâncias. (SERAFIM, 2010, p. 329)

Para confirmar tal suposição, basta que voltemos nosso olhar para a supremacorte e os tribunais superiores: no Supremo Tribunal Federal, dos 11 cargos de ministros apenas dois são ocupados por mulheres atualmente; no Superior Tribunal de Justiça, que é composto por 33 ministros, apenas seis são mulheres; já entre os 14 ministros do Superior Tribunal Militar, há apenas uma mulher. Ainda a esse respeito

O VI Relatório Nacional Brasileiro realizado pelo Comitê CEDAW, em 2008, expressa textualmente a preocupação pelo fato das mulheres brasileiras ainda serem sub-representadas em todos os níveis e instâncias em que ocorrem tomadas de decisões política, seja nos cargos eletivos, na diplomacia ou

nos níveis mais elevados do judiciário – o qual, ainda de acordo com esse relatório, é o espaço de poder mais impermeável à participação feminina. [...] Assim, a inserção feminina na magistratura pouco tem auxiliado na desconstrução da ideologia dominante, seja porque essas mulheres não se sentem capazes de confrontar o padro patriarcal, por não estarem dispostas a fazê-lo e arcar com as consequências ou simplesmente porque no possuem consciência dessa opressão (SERAFIM, 2010, p. 329-330).

O padrão patriarcal referido por Serafim é observado inclusive dentro da doutrina desenvolvida dentro do direito pátrio, que não raras vezes reafirma a dominação/subordinação do feminino na estrutura social. Bem se observa, a exemplo disso, as infelizes observações de Nascimento, ao abordar em sua obra o tema da rescisão do contrato de trabalho

Compreende a rescisão contratual de iniciativa do empregador como um direito potestativo. Ora, estes, os direitos potestativos, são como ensinam Aftalión, Olano e Vilanova, “direitos sobre a pessoa de outro, são os que se exercem sobre forma de autoridade de um indivíduo em relação a outro e à administração dos bens que lhe pertencem. Nessa categoria de direitos encontram-se **o poder marital exercido pelo marido sobre a mulher [...]**” [...] É fácil que que o empregado, por ser empregado e enquanto tal, não deve ser juridicamente equiparado ao demente, ao menor, **à esposa legalmente constrangida, como se fosse incapaz.** (NASCIMENTO, 2012, p. 1171-1172) [grifos nossos].

Tal percepção do feminino, aliás, produz a invisibilidade da problemática no próprio ensino jurídico, afinal, a maioria dos acadêmicos e acadêmicas de Direito concluem suas graduações sem jamais terem discutido ou sequer informados sobre a existência de teorias feministas aplicáveis ao Direito e, assim,

[...] sem terem tido a oportunidade de perceber de forma crítica a incidência das normas jurídicas sobre as mulheres brasileiras e sobre aqueles valores tidos por nós como tipicamente femininos. Essa situação de negação epistemológica é absurda tendo em vista a realidade social das mulheres brasileiras, paulatinamente agravada por decisões judiciais orientadas conforme concepções discriminatórias. (SERAFIM, 2010, p. 320).

Além disso, é comum que os estudos que se voltem pra essa questão dentro das Universidades sejam desmerecidos ou tidos como desatualizados, demonstrando outro argumento machista para a produção da invisibilidade e manutenção do status quo. Nessa mesma perspectiva, Serafim defende que “Argumentos como esse buscam tornar natural o silenciamento acerca das problemáticas enfrentadas pelas mulheres em nossos dias, tentando fazer crer que o machismo é questão superada” (2010, p. 330). Todavia, como bem demonstramos, ainda é de suma importância lutar a favor da concretização do direito das mulheres, assumindo uma postura feminista, tendo em vista que tais direito ainda estão longe de serem plenamente efetivados.

Diante do exposto, a problemática acaba refletindo-se também nas práticas jurídicas, em que podemos identificar decisões que também reiteram a desigualdade de gênero. Em 2006 o Brasil teve um grande marco legislativo no que diz respeito a proteção da mulher vítima de violência doméstica: a “Lei Maria da Penha” foi promulgada depois do país ser constringido internacionalmente diante da condenação pública pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em razão da negligência do Poder Judiciário frente ao caso emblemático (porém não o único) de violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes.

Entretanto, a partir da vigência da lei, começaram a surgir diversas decisões que contestavam a constitucionalidade da lei, através do controle difuso de constitucionalidade. Assim, a lei era

considerada por alguns magistrados como inconstitucional, sob o argumento de ferir o princípio da igualdade, sendo vedada a discriminação em razão de sexo, e portanto, não era aplicada. Muito embora se saiba no meio jurídico que uma das premissas básicas para a efetivação da equidade seja tratar os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades, e que homens e mulheres não se encontram em situação de igualdade substantiva, foi necessário que o Presidente, representado pelo Advogado Geral da União, ajuizasse, no Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 19) para que se confirmasse a constitucionalidade da lei, o que aconteceu por votação unânime. No voto da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, ela observou que tal julgamento demonstrava que “para mulher que a luta pela igualação e dignificação está longe de acabar”.

3. Teoria feminista do direito: uma questão de justiça

Muitas já foram as rupturas epistemológicas do paradigma de ciência dominante, porém poder pensar e desconstruir a estrutura patriarcal consolidada por tanto tempo e enraizada de forma tão profunda na sociedade, constituídas dentro de uma cultura onde circulam representações negativas ou inferiorizantes sobre as feminilidades ainda é um processo em andamento; É preciso ainda questionar as assimetrias seculares estabelecidas entre homens e mulheres.

A lógica perversa do capitalismo que se renova e se adapta às críticas, feministas encontrando novas formas de opressão que lançam as mulheres à precarização do trabalho e à remuneração deficitária.

A ciência jurídica acompanhou este processo, servindo de instrumento de perpetuação desta condição e a manutenção da sociedade patriarcal opressiva, relegando à mulher o papel de -ser humano de segunda categoria?, reafirmando a ideia de fragilidade e incapacidade e destinando-lhe ao espaço privado do lar para atividades consideradas de menor valor socialmente, atribuindo-lhe capacidade relativa para gerir a si e sua vida, necessitando do aval

de um homem para poder ingressar ao mercado de trabalho que poderia lhe proporcionar meios de subsistência que, talvez pudessem lhe conferir alguma autonomia no plano social. Mostrou sua face mais perversa ao permitir ao homem o assassinato da esposa em caso de adultério e as atenuantes para os crimes em defesa da honra, dentre tantas aberrações históricas que poderiam ser enumeradas.

A dívida da ciência jurídica para com as mulheres é histórica, e mesmo na contemporaneidade, quando visa a reparar esta lacuna, o discurso empregado por ela ainda deixa a desejar. Os direitos garantidos formalmente não se efetivam muitas vezes nos casos concretos. Por si só o Direito, como arcabouço teórico, não é suficiente para modificar o estado de coisas que se impôs às mulheres e é neste sentido que se percebe os Estudos Decoloniais como possibilidade de diálogo e desconstrução destas hierarquizações na ciência em questão, pois procura romper com os universalismos e binarismos estabelecidos na modernidade ao criticar a colonialidade dos saberes. Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro é -cópia malfadada de ordenamentos de outros países, em que a colonialidade parece bastante forte, muitas vezes não produzindo os efeitos necessários para a concretização dos valores democráticos que se pretendeu exaltar na Constituição Federal de 1988.

Conclusão

É preciso superar, nos espaços da justiça, a racionalidade androcêntrica e sexista ainda preponderante, que dificulta que o atendimento a mulheres em situação de violência seja eficaz. Não é possível que o poder judiciário persista um espaço pouco representativo das mulheres, bem como que o ensino jurídico permaneça invisibilizando problemas sociais como este.

Referências

MACCISE, Regina Larrea. **Feminismo(S), Perspectiva de Género y Teorías Jurídicas Feministas**. Revista Derecho en Libertad. Facultad Libre de Derecho: Monterrey, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônima Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Revisão de Tomaz Tadeu da Silva. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº2, jul/dez. 1995, pp. 71-99.

SERAFIM, Fabrícia Pessoa. **Teorias feministas do direito: uma necessidade no Brasil**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília nº 9. Universidade de Brasília: Brasília, 2010.

ADVOCACIA POPULAR: UMA LATENTE NECESSIDADE EM ALCÂNTARA-MA

MARCOS MAURICIO DOS REIS SOUZA: Advogado, formado em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

RESUMO: Este trabalho analisa os problemas sociais dos moradores do município de Alcântara, vítimas de distorções decorrentes do projeto de implantação do CLA (Centro de Lançamentos de Alcântara). Comunidade formada por pessoas de baixa renda, demandam atuação de uma advocacia popular, de sorte que este artigo está fundamentado em uma análise, política e jurídica, desenvolvida com base em dados empíricos, doutrina e depoimentos colhidos.

Sumário: 1. Introdução; 2. CLA (Centro de Lançamentos de Alcântara): Uma Perspectiva de Progresso; 3. A Resposta dos Remanejados ao Intuito Real do Projeto; 4. Por uma Defesa dos Direitos Fundamentais Através da Atuação da Advocacia Popular; 5. Conclusão; Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Alcântara; CLA; STR; Justiça e Advocacia Popular.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos ocorridos em uma determinada região sempre trazem consigo expectativas de crescimento nas taxas de qualidade de vida da população e esperanças para toda a sociedade local. Entretanto, fatores outros existem que se mostram lesivos no decorrer da implantação de novas formas de produção, promovendo mudanças nas relações sociais existentes.

Necessidades antes impensáveis, tornam-se urgentes de serem sanadas. E este é o caso da população rural de Alcântara -

MA, que, após a implantação do CLA passou por diversas transformações. Direitos e deveres que antes desconheciam passaram a ter importância primordial no cotidiano dessas populações.

Para tanto, precisam primeiro conhecer a realidade que os cerca e como eles próprios estão nela inseridos e, então, compreenderem o papel que lhes cabe para, por fim, terem ciência de suas seguranças legais previstas constitucionalmente e também através de leis específicas. Dessa forma, torna-se necessário uma advocacia popular no município, para que esses tais Direitos sejam garantidos nesse novo cenário cultural e econômico que se instalou na cidade.

2. CLA (Centro de Lançamentos de Alcântara): Uma Perspectiva de Progresso

A instalação do Centro de Lançamentos de Alcântara segue de um projeto mais ambicioso, definido como Missão Espacial Completa Brasileira (MECB), fundamentada na existência de maiores pesquisas no setor aeroespacial e a conquista uma autonomia no setor tecnológico. Destes argumentos, a instalação do CLA pelo MAer em conjunto com a COBAE (Comissão Brasileira de Atividades Espaciais), no planejamento, e pelo GICLA (Grupo para Implantação do Centro de Lançamentos de Alcântara), na instalação, tornou um fato concreto; assim, conhecido como o mais ambicioso projeto científico que um país em desenvolvimento já planejou.

Em seguida, o MAer se engajou em obter o apoio local e passou a utilizar por meio do discurso da “letargia” (CHOAIRE, 1996, p. 59), que desde o séc. XIX para cá, Alcântara, passou por um período de insuficiência econômica pela falta de investimentos, trazendo consigo um formato de capitalismo primitivo, baseado na subsistência. Dessa forma, fundamenta o projeto CLA, na transformação da pacata Alcântara, satisfazendo-a pelo progresso e o desenvolvimento e estruturando-a com investimentos na

educação, saúde, na conservação do patrimônio, na geração empregos, garantias no fornecimento de energia elétrica, distribuição de água, implantação de um sistema de telefonia e assim por diante; ocasionados em benefícios que o projeto concederia na finalidade de aprovação da opinião pública a respeito do que seria ter um projeto dessas proporções e a suas vantagens a respeito dela dentro da população alcantareense.

Grande parte desses projetos não saiu do papel, não passou de promessas que na intenção dirimir focos de tensão foram prometidos a população; num primeiro momento, as opiniões eram a favor da implantação do projeto no município, nas palavras do pesquisador César Choire, em seu livro “Alcântara vai para o Espaço”, evidencia:

Os moradores mais otimistas chegaram a considerar o CLA como uma “nova Prefeitura, disposta a fazer o que nunca fez a Prefeitura local”. Evidentemente que, no princípio, embora as opiniões tenham se dividido, o início dos trabalhos serviu para dirimir as dificuldades decorrentes. (p. 73)

Para tanto, alguns projetos tiveram compromisso com a comunidade, não com a finalidade de beneficiá-las, mas devido à necessidade de o projeto possuir tal estrutura. Utilizaram-nas como meio de barganha para formação da opinião pública favorável ao projeto, forneceram de energia elétrica; distribuíram de água; implantaram um sistema de telefonia; fizeram “a construção de um píer para atracação de lanchas do CLA, que transportam seus funcionários e técnicos; a construção da rodovia Alcântara-Itaúna, necessária como única via terrestre de acesso para transporte de equipamento” (CHOAIRE, 1996, p. 72). Admite-se que realmente são benefícios ao município, porém utilizados por um discurso mascarado, quando a intenção latente é promover o projeto.

3. A Resposta dos Remanejados ao Intuito Real do Projeto

O discurso do MAer, com o tempo foi perdendo forças aos grupos de pressão estabelecidos frente ao projeto espacial, entes como o STR(Sindicato dos Trabalhadores Rurais); CPP(Comissão Pastoral dos Pescadores); FASE(Federação dos Órgãos de Assistência Social e Educacional) e a própria igreja católica, assumiram a postura de fazer valer o progresso e o desenvolvimento do município prometido pelo CLA. O STR, apoiado pela igreja, coordenou as reivindicações ao CLA e ao desenvolvimento do “Projeto Junto Venceremos” no intuito assessorar juridicamente e politicamente a comunidade quanto às conseqüências que o projeto geraria.

A intenção do STR não era opor ao projeto, é fato que o CLA geraria desenvolvimento para ao município, como para todo o Brasil; trata-se de um projeto que daria ao país o status de potência no setor de pesquisas e tecnologias aeroespaciais; o problema é somente a forma como se daria a efetivação do decreto Nº 7.820, assinado pelo então governador João Castelo, no dia 12 de setembro de 1980; autorizada a desapropriação correspondente a quase a metade de toda a área do município, cerca de 52000 hectares, atingindo, de acordo com os dados do STR de 1987, aproximadamente 10 mil pessoas, perto de duas mil famílias. Nestes dados, o STR passara a pressionar diretamente ao MAer para que tomasse uma posição sobre o problema, que por tanto tempo deixou de ser mencionado pelo discurso desenvolvimentista na região, ocultando sua real intenção.

Após a declaração da construção das agrovilas para a recolocação dos remanejados, novos problemas surgiram; o tamanho ofertado pelo MAer no tamanho das glebas de terra passaram ao foco do problema; mas enquanto a discussão se assentava no tamanho dos lotes, mudanças ocorriam nas relações sociais existentes, valores e costumes passaram por transformações na qual, em sua dissertação de mestrado pelo curso de Ciências Sociais da UFMA, Ana Tereza Ferreira Rocha fundamenta:

As famílias transferidas compulsoriamente para a *agrovila* Peptal eram originárias das localidades de Santa Rosa, Peptal, Paulo Marinho e Camaleão. Apesar de distintas, em virtude de aspectos relacionados com suas origens, redes de parentescos, sistemas de trocas e festas religiosas, elas podem ser pensadas articuladamente, como se compusessem uma unidade sociológica. Tal compreensão deve-se não somente aos processos sociais que asseguravam a circulação de bens e serviços, mas também à relação com os recursos naturais entre os diferentes povoados, ancoradas, sobretudo, nas relações de parentesco e compadrio.(p. 33)

É fato que mudanças existiram nas relações sociais decorrentes do novo projeto e a luta por direitos passaram a se tornar cada vez mais próximo dentro comunidade, os remanejados passaram a exigir cada vez mais por justiça; era evidente a carência jurídica no município, traduzida pela demanda real por uma advocacia popular, que por este motivo será aprofundado neste artigo.

4. Por uma Defesa dos Direitos Fundamentais Através da Atuação da Advocacia Popular

O encontro do acadêmico de direito com as experiências do povo, certamente abre-lhe os olhos para a urgência das necessidades deste de resguardar seus direitos fundamentais, em especial os de caráter coletivo, mais básicos. Esse choque é fundamental para motivar o estudante a buscar o estudo da prática jurídica coletiva, além de logo convencer-lhe do que afirma Castanheira Neves, quando diz que o direito é “normativamente inadequado e institucionalmente ineficiente”. (NEVES *apud*ALFONSIN, p. 5)

Em países que adotam sistemas jurídicos como o nosso, constantemente perde-se de vista a ligação existente entre o poder judiciário e a sua imanência no poder constituinte originário (povo) . Isso ocorre porque, ao contrário do que acontece nos poderes legislativo e administrativo, os componentes do judiciário não são eleitos por voto popular, mas por meio de concurso de provas e títulos. Dessa forma, esquece-se que todo poder emana do povo na forma do art. 1º, parágrafo único da constituição federal. Quando essa relação direta torna-se imperceptível até mesmo aos olhos dos operadores do direito, nosso sistema corre o risco de não deter-se à sua função precípua que é a garantia das liberdades e dos direitos individuais e coletivos, exercida na pacificação de conflitos através de sua função jurisdicional.

Como consequência, por inúmeras vezes vemos o direito utilizado como arma de defesa dos interesses das classes dominantes. Assim ocorre, por exemplo, no caso a que se prende este estudo. De fato, os operadores do direito (advogados, juízes, promotores *et coetera*) e também os legisladores, em sua maioria, estão atrelados a essa classe, seja por questões econômicas, favores, e até mesmo por costumes e identificação cultural. Portanto, intencional ou inconscientemente, tornam-se tendenciosos a defender os interesses da elite em detrimento dos interesses populares das camadas menos privilegiadas.

No caso em análise, os direitos sociais da coletividade de Alcântara estão sendo feridos por conta de interesses econômicos de uma elite supostamente pautada na legalidade. Acordos foram firmados e garantias fixadas para que a estrutura pudesse resguardar o bem-estar das comunidades desapropriadas; porém, o que de fato ocorreu é que essas promessas foram feitas apenas com o intuito de pacificar os discursos contrários à implantação, bem como os possíveis movimentos insurgentes, e não com a real intenção de serem cumpridas.

Toda a transgressão dos direitos fundamentais dessas comunidades foi realizada sob a justificativa da legalidade, daí a

necessidade da consolidação de uma advocacia popular que possibilite uma prática jurídica insurgente emancipatória por parte das comunidades afetadas e das entidades que buscam defendê-las, com o escopo de garantir a defesa dos direitos humanos básicos dessa sociedade.

A função do advogado popular é a de lutar por uma causa, de lutar contra o monismo jurídico e caminhar em busca da transformação da estrutura da sociedade. Dessa forma, garantir que as organizações populares menosprezadas e oprimidas pelo “possuidores” do direito resguardem seus direitos e garantias fundamentais. “Assim, advogado popular pode ser entendido, como aquele que trabalha para coletividades com o objetivo de facilitar o acesso à justiça” (RIBAS, 2009, p. 122).

Valendo-se do uso alternativo do direito ou mesmo da busca por um direito alternativo, a advocacia popular pode assistir aos movimentos sociais para, juntos, encontrarem uma maneira de tutelarem seus direitos coletivos fundamentais. Nesse sentido, afirma Benedito Calheiros Bomfim: “Desse desencontro entre a lei e o direito, entre os códigos e a justiça, nasce o Direito Alternativo, que nada mais é que a aplicação da lei em função do justo, sob a ótica do interesse social e das exigências do bem comum” (BOMFIM, 1999)

Empiricamente encontramos algumas entidades que, mesmo precariamente, prestam assistência às comunidades alcantarenses afetadas pela implantação do CLA, por exemplo, o STR e atualmente o Movimento dos Atingidos pela Base Espacial - MABE. Porém, nenhuma possui a configuração necessária para encaixar-se nos critérios de uma atuação de advocacia popular.

Entendemos que os problemas enfrentados pelas comunidades rurais de Alcântara devem ser resolvidos com a urgência que o caso exige, visto que arrasta-se desde a década de 80. E para isso, a atuação da advocacia popular junto às entidades de mobilização política dos atingidos e também da própria

comunidade faz-se extremamente necessário. Dessa forma, a consolidação de uma prática popular insurgente poderá defender os direitos humanos fundamentais dessa comunidade, bem como emancipá-la da tutela de um monismo jurídico opressor.

5. CONCLUSÃO

O município de Alcântara, afetado pelo ambicioso projeto científico do MAer, o CLA, por décadas, conflitos foram travados entre a comunidade local e o projeto, quem mais efetivamente se preocupou com os assuntos do município o STR na busca por direitos básicos tolhidos pelo projeto. Famílias de pescadores e agricultores mais se prejudicaram com o novo contexto instalado; perderam direito de utilizar o mar como fonte de sustento, aconteceu de serem removidos compulsoriamente das terras mais férteis da península, e todo o restante da comunidade, incluindo alguns povoados formados por remanescentes de quilombos, foram abalados em sua cultura originária, perderam grande parte de suas peculiaridades culturais centenária consolidada alheia aos anseios capitalistas.

Portanto, atesta-se a necessidade de uma assistência prestada por advogados populares no município de Alcântara, para que juntos possam trilhar o caminho que os levará ao encontro da prestação jurídica justa, da tutela de seus direitos, em suma, do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jaques Távora. **Sujeitos, tempo e lugar da prática jurídico-popular emancipatória que tem origem no ensino do direito**. P. Alegre, 20 p.(texto digitado)

BONFIM, Benedito Calheiros. **O uso do Direito Alternativo**. Disponível em:

<http://www.solar.com.br/~amatra/cb-37.html>. Acesso em outubro de 2013

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Direito alternativo brasileiro e**

pensamento jurídico europeu. Lumen Juris, 2004

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

RIBAS, Luis Otavio. **Direito insurgente e pluralismo jurídico: assessoria jurídica de movimentos populares em Porto Alegre e no Rio de Janeiro (1960-2000).** 2009. 148 f. tese (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ROCHA, Ana Tereza Ferreira. **A Festa Inacabada: A implantação do Centro de Lançamento de Alcântara e a constituição de sujeitos liminares. Programa de Pós- Graduação em**

Ciências Sociais da UFMA. São Luís: 2007. Dissertação de Mestrado.

ANOTAÇÕES AO RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO URBANÍSTICO-AMBIENTAL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto

indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Artificial. Princípio da Não-Regressão Urbanístico-Ambiental. Estatuto das Cidades.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo; 4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano; 5 Anotações ao Reconhecimento Jurisprudencial do Princípio da Não-Regressão Urbanístico-Ambiental .

1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito',*

tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de*

uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4].* Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão

recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**” ^[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como

prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Ora, é conveniente anotar que os direitos inseridos sob a rubrica *terceira dimensão* assenta seus feixes principiológicos na promoção e difusão da solidariedade. Ao lado disso, não é possível olvidar que tal sedimento ideológico volta-se para a espécie humana na condição de coletividade, superando a tradicional ótica que privilegia o aspecto individual do ser humano. Ademais, segundo o magistério de Paulo Bonavides, “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo^[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal^[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o

advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma. Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. O direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do

povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na hígidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies). Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnado de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do

justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo^[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa:Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não

fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo

civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e

veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”*[17]. Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[18], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [19].

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal[20], são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da

cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, *“dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida”*^[21], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o

planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

EMENTA: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do

município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano:

Inicialmente, cuida anotar que o meio ambiente artificial não está disciplinado tão somente na redação do artigo 225 da Constituição Federal[22], mas sim é regido por múltiplos dispositivos dentre os quais o artigo 182 do Texto Constitucional, que disciplina a política urbana, desempenha papel proeminente no tema em comento. Nesta toada, é possível evidenciar que o meio ambiente recebe uma tutela mediata e imediata. *“Tutelando de forma mediata, revela-se o art. 225 da Constituição Federal, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente. Imediatamente, todavia, o meio ambiente artificial recebe tratamento jurídico no art. 182 do mesmo diploma”*[23]. Salta aos olhos, deste modo, que o conteúdo atinente ao meio ambiente artificial está umbilicalmente atrelado à dinâmica das cidades, não sendo possível, por consequência, desvincula-lo da sadia qualidade de vida, tal como a satisfação dos valores estruturantes da

dignidade humana e da própria existência do indivíduo. A política urbana afixa como preceito o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo esta observada na satisfação dos axiomas alocados nos artigos 5º e 6º da Carta da República Federativa do Brasil de 1988[24]. Ora, sobreleva ponderar que a função social da cidade é devidamente materializada quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, tal como assegura a todos um piso vital mínimo, abrangendo os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros insertos na redação do artigo 6º do Texto Constitucional vigente.

Com efeito, não se pode olvidar que o pleno desenvolvimento reclama uma participação municipal intensa, consoante estabelece a redação do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal[25], *“que atribui ao Município a competência de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”*[26], tal como estabelecendo competência suplementar residual. Em um aspecto mais amplo, é possível destacar que a função social da cidade é devidamente atendida quando propicia a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, mantendo harmonia com os feixes axiomáticos irradiados pelo artigo 225 da Carta de 1988. Nesta perspectiva, é possível destacar que uma cidade só cumpre a sua função social quando possibilita aos seus habitantes uma moradia digna, incumbindo o Poder Público, por conseguinte, proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação. Tais ponderações são, ainda mais, robustecidas ao se verificar que a Constituição Federal, em seus artigos 183[27] e 191[28], consagrou modalidades especiais de usucapião urbano e rural. *“Outra função importante da cidade é permitir a livre e tranquila circulação, através de um adequado sistema da rede viária e de transportes, contribuindo com a melhoria dos transportes coletivos”*[29]. O tema em debate recebe ainda mais realce nos grandes centros urbanos, porquanto o trânsito caótico se apresenta como um óbice à livre e

adequada circulação. Além disso, para uma cidade cumprir a sua função social é imprescindível que destine áreas ao lazer e à recreação, edificando praças e implementando áreas verdes. Incumbe, ainda, à cidade viabilizar o desenvolvimento de atividades laborativas, produzindo reais possibilidades de trabalho aos seus habitantes, com o escopo de assegurar a existência de condições econômicas destinadas à realização do consumo de produtos e serviços fundamentais para a existência da pessoa humana, bem como da ordem econômica estabelecida no país.

5 Anotações ao Reconhecimento Jurisprudencial do Princípio da Não-Regressão Urbanístico-Ambiental

Agasalhado nas ponderações articuladas alhures, é verificável que o Estatuto das Cidades, na condição de lei que ambiciona o equilíbrio ambiental na órbita das cidades, estabeleceu a garantia do direito a cidades sustentáveis, colocando-a como diretriz geral entalhada na redação do artigo 2º, inciso I, da Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[30], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Desta feita, “os direitos enumerados no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade, garantidos também pela Lei n.10.257/2001, têm caráter meta individual, sendo tutelados não só pelo próprio Estatuto da Cidade como particularmente pelas Leis n.7.347/85 e 8.078/90”[31].

Nesta seara, a garantia do direito a cidades sustentáveis significa, por extensão, importante diretriz destinada a nortear a política do desenvolvimento urbano em proveito da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, compreendendo-se os brasileiros e os estrangeiros residentes no território nacional, a ser executada pelo Poder Público municipal, dentro da denominada tutela dos direitos materiais metaindividuais. Decorre de tal ideário a necessidade de estabelecer-se o conteúdo de cada um dos direitos que edificam a garantia do direito a cidades sustentáveis, no viés de adotar posição clara diante da defesa em decorrência de episódica lesão ou ameaça a esse rol de importantes componentes constituintes do meio ambiente artificial. Há que se destacar que se

trata, com efeito, de diretriz geral vinculada aos objetivos da política urbana estabelecida como patamar de direitos metaindividuais destinados a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, a partir de uma perspectiva de tutela do meio ambiente artificial, objetivando realizar os objetivos contidos na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[32], que regulamenta os arts.182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Com clareza solar, é perceptível que apenas por meio dos instrumentos da política urbana, estabelecida no Estatuto das Cidades, que será possível a concreção da gama de direitos agasalhados em seu âmago, afigurando, neste aspecto, proeminente a gestão orçamentária participativa alçada ao status de importante instituto econômico orientado a viabilizar recursos financeiros para que cada cidade possa estruturar seu desenvolvimento pautado na sustentabilidade em face não apenas de suas necessidades, mas também de suas possibilidades. Estabelecido em decorrência da estruturação do direito ambiental constitucional, como bem afiança Fiorillo, “a garantia do direitos acidades sustentáveis em nada se vincula com superados conceitos de direito administrativo que teimam em compreender as cidades como ‘abstrações’ única e exclusivamente formais adaptadas ao ‘princípio da legalidade’”[33].

Em harmonia com as ponderações expendidas até o momento, sobretudo no que toca ao primado das cidades sustentáveis como ambiência do homem contemporâneo, cuida reconhecer que o princípio da não-regressão urbanístico-ambiental configura proeminente corolário substancializado pela jurisprudência nacional. Trata-se, com efeito, de reconhecer o direito à cidade sustentável e ao meio ambiente artificial como integrante do mínimo existencial socioambiental, o qual, com destaque, não comporta mitigação nem diminuição sob risco de materializar afronta à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, inclusive, é possível colacionar o paradigmático julgamento:

Ementa: Processual Civil, Administrativo, Ambiental e Urbanístico. Loteamento City Lapa. Ação civil pública. Ação de nunciação de obra nova. Restrições urbanístico-ambientais convencionais estabelecidas pelo loteador. Estipulação contratual em favor de terceiro, de natureza *propter rem*. Descumprimento. Prédio de nove andares, em área onde só se admitem residências uni familiares. Pedido de demolição. Vício de legalidade e de legitimidade do alvará. *Ius variandi* atribuído ao município. Incidência do princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso) urbanístico-ambiental. Violação ao art. 26, VII, da Lei 6.766/79 (Lei Lehmann), ao art. 572 do Código Civil de 1916 (art. 1.299 do Código Civil de 2002) e à Legislação Municipal. Art. 334, I, do Código de Processo Civil. Voto-mérito. [omissis] 9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas. 10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos. 11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o

licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição. [omissis] (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 302.906/SP/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 26 ago. 2010/ Publicado no DJe em 01 dez. 2010).

Desta feita, harmonizando-se como alicerces estruturantes do Estado Democrático do Direito, é possível colocar em destaque que a diretriz geral que consagra a garantia do direito a cidades sustentáveis propiciará a todos os brasileiros e estrangeiros

residentes em território nacional uma tutela mais adequada do equilíbrio ambiental. Com efeito, trata-se de paradigma jurídica impregnado de aspectos de solidariedade, bem como de valores provenientes do meio ambiente ecologicamente equilibrado, içado à condição de princípio fundamental que viabiliza a materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, denota-se que o Estatuto das Cidades, na condição de diploma inspirado pelos valores consagrados pela nova ordem inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetiva a materialização de uma nova realidade na qual seja possível conjugar a urbanização com o meio ambiente, de modo a obter núcleos urbanos sustentáveis e sensíveis aos elementos primordiais para se alcançar a materialização do superprincípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIA:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. **Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980**. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6803.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal,

estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região**. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 15 ago. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 15 ago. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 15 ago. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a

existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 15 ago. 2016.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2016.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2016.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2016: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade

(CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

[18] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2016..

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2016..

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2016..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2016. “**Art. 30**. Compete aos Municípios: [omissis] **VIII** - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

[26] FIORILLO, 2012, p. 550.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2016. “**Art. 183**. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

[28] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2016. “**Art. 191**. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

[29] FIORILLO, 2012, p. 550.

[30] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

[31] FIORILLO, 2012, p. 564.

[32] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes

gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

[33] FIORILLO, 2012, p. 580.



**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SERRA DOS ÓRGÃOS - FESO
CENTRO UNIVERSITÁRIO SERRA DOS ÓRGÃOS – UNIFESO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - CCHS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GILSON NUNES LOUREIRO

A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128, II DO CÓDIGO PENAL

TERESÓPOLIS

2016

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SERRA DOS ÓRGÃOS - FESO
CENTRO UNIVERSITÁRIO SERRA DOS ÓRGÃOS – UNIFESO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - CCHS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GILSON NUNES LOUREIRO

A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128, II DO CÓDIGO PENAL

Projeto de monografia apresentada
ao Curso de Graduação em Direito
como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito, sob
a orientação da (Marcelo Neves de
Mello Raposo)

TERESÓPOLIS

2016

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SERRA DOS ÓRGÃOS - FESO
CENTRO UNIVERSITÁRIO SERRA DOS ÓRGÃOS – UNIFESO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - CCHS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GILSON NUNES LOUREIRO

A não recepção do artigo 128, ii do código penal

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito do Centro Universitário Serra dos Órgãos como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharelem Direito e submetida à avaliação da banca composta pelos seguintes membros:

Prof. Marcelo Neves de Mello Raposo
Orientador

Membro-examinador

Membro-examinador

Teresópolis _____ de _____ de 2016.

DEDICATÓRIA

“Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém” (Romanos 11-35). Não poderia ter palavras melhores para expor todo meu amor e dedicação a Deus, pois somente Ele pode proporcionar ao homem todas as bênçãos inerentes a vida. E quero dedicar esse trabalho a minha esposa que de forma muito especial sempre esteve ao meu lado, juntamente o meu filho, que em todo momento nunca reclamou quando eu dizia que não poderia brincar com ele, pois estava estudando. Sou imensamente grato a esses aqui mencionados.

AGRADECIMENTOS

“Que darei eu ao Senhor, por todos os benefícios que me tem feito? Salmos” (116:12). Primeiramente quero agradecer a Deus por tudo que ele me proporcionou até aqui, pois tenho certeza que tudo o que passei, estavam nos planos de Deus para o amadurecimento do meu caráter. Com grande amor, expresso aqui toda minha gratidão a minha esposa e meus filhos, que muitas vezes, e não foram poucas, se privaram de tantas coisas para que eu pudesse dar andamento a minha vida acadêmica. Não por menos a minha mãe, meu pai e minha madrasta, pois como ajudaram, como foram compreensíveis, nunca negaram ajuda, e vinha deles grande apoio e carinho; foram várias noites tomando conta do Arthur para que eu e minha esposa pudéssemos ir à faculdade, sou grato a Deus por eles serem meus pais. Mas não foram só esses, teve outros que corroboraram na família, que muitas vezes se prontificaram em me ajudar, foram eles a minha eterna irmã Joelma (em memória) que sempre dizia: “quando você se formar será o meu “adevogado””, Thainá que muitas vezes deixava o aconchego da sua casa para se deslocar até minha casa para poder tomar conta do Arthur, minha irmã Kátia que em muitas vezes me dava bronca quando eu falava que iria parar e toda sua família que de forma muito carinhosa sempre cuidaram do Arthur também. Não menos o meu filho Pablo em que muitas vezes ficava sozinho na marcenaria para que eu pudesse passar dias na faculdade durante o dia estudando. E no decorrer do curso, tive outras pessoas fora da família, mas não menos merecedores do minha gratidão, e são elas; o meu orientador e amigo Marcelo Raposo, que com muito carinho sempre pode me compreender e me orientar a medida do possível, a minha eterna coordenadora Tânia Barone, que no início da faculdade foi essencial para minha continuidade na instituição, pois a todo momento se manteve pronta a me ajudar. Como se esquecer de pessoas como o Ronaldo, que nas minhas dificuldades financeiras, estava sempre ali preocupado em arrumar um serviço para que eu pudesse ganhar meu sustento e por fim, a minha amada Igreja Casa de Oração, pois quantos domingos faltosos, sem ser criticado por ela, mas sim, sempre dando o total apoio. Enfim, é notório ver o quando fui privilegiado por Deus em

ser rodeado de pessoas de valores imensuráveis e que irei levá-las em meu coração por toda vida.

RESUMO

O fito desse estudo tem a intenção de esclarecer a não recepção do artigo 128, II do Código Penal¹, mostrando no que tange a Constituição, nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, que o direito a vida é uma prerrogativa inviolável. Sabemos que há um grande desafio para a sociedade ir contra a um senso comum criado por ativistas, pela mídia, por aqueles que se taxam como os politicamente corretos, fazendo com que todos que são a favor à vida, pensar que a mulher tem direito absoluto sobre seu corpo, e na realidade ela tem, porém, não a tem sobre a vida do nascituro, pois cientificamente, a mãe somente empresta seu útero para o desenvolvimento do feto, todavia, esse ser é quem dita todas as regras para o seu desenvolvimento, ou seja, é ele quem escolhe à hora de se alimentar, de digerir os alimentos, a hora de dormir etc. Por isso é correto afirmar, que a mãe não tem o direito de interromper essa vida. Essa interrupção que tem sua assistência jurídica garantida no Código Penal vem ferir princípios fundamentais da Constituição Federal, onde será correto afirmar que o dispositivo 128 II do Código Penal, não deveria ter sido recepcionado pela nossa Carta Magna.

Palavras-chave: Aborto; não recepção; métodos abortivos; vida.

¹BRASIL. Direito Penal (1940). **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado 1940.

ABSTRACT

The aim of this study is intended to clarify the non-receipt of Article 128, II of the Criminal Code², showing with respect to the Constitution, our Constitution, in Article 5, that the right to life is an inviolable right. We know there is a great challenge for society to go against common sense created by activists, the media, by those tax as politically correct, so that all who are in favor of life, to think that a woman has an absolute right over his body, and in fact it has, however, not to have on the life of the unborn child, because scientifically, the mother only lends her uterus to the developing fetus, however, this being is who dictates all the rules for its development ie, it is he who chooses the time to eat, to digest food, bedtime etc. So it is correct to say that the mother has no right to stop this life. This interruption has its guaranteed legal assistance in the Criminal Code has hurt the fundamental principles of the Constitution, where it will be correct to say that the device 128 II of the Criminal Code, should not have been approved by our Constitution.

Keywords: Abortion ; no reception ; abortifacient method; life.

² BRASIL. Direito Penal (1940). **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado 1940.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O INÍCIO DA VIDA E A HISTORICIDADE DO ABORTO COM SEUS IMPACTOS	12
2.1 DO ABORTO E MÉTODOS PARA O ATO.....	14
2.2 MÉTODOS ABORTIVOS	15
2.3 O IMPACTO DO ABORTO NOS ÂMBITOS SOCIAIS	17
2.4 ABORTO, CRIME OU PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA?	20
2.4.1 Estaria o Estado cometendo crime de omissão por comissão?.....	22
3. A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128, II DO CÓDIGO PENAL DE 1940 E PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	25
3.1 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	25
3.1.1 Teoria natalista	27
3.1.2 Teoria mista	27
3.1.3 Teoria concepcionista	29
3.1.4 Conceito do nascituro	31
3.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	32
4. A COLISÃO DE PRINCÍPIOS – VIDA VS DIREITOS DA MULHER	35
4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	37
4.2 O DESCUMPRIMENTO DE VEDAÇÃO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	41
4.3 A INTRANSCEDÊNCIA DA PENA	44
5. CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1. INTRODUÇÃO

Em consonância com a linha de pesquisa do CCHS³, em seu tópico que tem por prerrogativa abordar os direitos fundamentais e novos direitos, e no que regi o eixo temático dos princípios constitucionais e relações privadas venho com base nessas prerrogativas, propor o estudo que aqui será apresentado.

O Código Penal Brasileiro (CP) estabelece apenas duas hipóteses em que o aborto provocado não é punido, ambas previstas em seu artigo 128 e são esses: quando não há outro meio para salvar a vida da gestante e quando a gravidez resulta de estupro⁴. O presente trabalho se propõe a analisar a compatibilidade entre essa segunda hipótese – gravidez resultante de estupro, artigo 128, II, do CP - e a Constituição Federal de 1988 (CF/88), mormente no que diz respeito ao “inviolável” direito à vida, previsto no texto constitucional. O nosso CP foi publicado em 1940, época em que vigia a Constituição Federal de 1937 (CF/37), a qual não mencionava, em nenhum de seus artigos, a proteção ao direito à vida. No entanto, a CF/88 determinou em seu artigo 5º que o direito à vida seria “inviolável”, o que, para parte da doutrina, acabou por derrogar tacitamente no artigo 128, II, do CP, que relativiza o direito à vida do nascituro ao não punir o aborto em caso de gravidez resultante de estupro⁵.

Nesse embate será colocado em tese o motivo a qual a Constituição Federal recepcionou uma norma, a qual essa iria lesar outras normas constitucionais, além de leis supras legais.

Durante o trabalho será abordado à história do aborto mediante suas conseqüências em âmbitos sociais, as quais muitos impactos se tornaram irreparáveis, e aos reparáveis, irão se perpetuar durante anos para que seja sanado. Diante isto, serão mencionados tipos de procedimentos de aborto.

Não obstante, o trabalho trará consigo pareceres científicos, dando base a teses que a vida se inicia na concepção.

³ GONÇALVES, Carla. **Manual**

⁴ BRASIL. Direito Penal (1940). **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado 1940.

⁵ LUNA, Pedro Mendes. **A inconstitucionalidade da isenção de pena para o aborto em caso de gravidez mediante estupro**. Disponível no site: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-inconstitucionalidade-da-isencao-de-pena-para-o-aborto-em-caso-de-gravidez-mediante-estupro,45666.html>> Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

Em meio às polêmicas atuais, será tratado também se o aborto deve ser constituído crime ou problema de saúde pública, pois dois pontos que ao serem definidos irão tomar diretrizes totalmente opostas.

As normas inconstitucionais não poderão de ser abordadas, pois são elas que ao serem aplicadas trazem grande insegurança jurídica.

Como é necessário entender o princípio da personalidade jurídica, não pode deixar de lado as teorias que adotam o início dessa personalidade, são elas a teoria natalista, teoria concepcionista e a teoria mista.

Quando o assunto é aborto, a polêmica é inevitável, porém, é necessário que se fale e tente esclarecer esse assunto tão abstruso. E será esse o tema abordado aqui, levantando dúvidas e conflitos de idéia no decorrer deste.

Falar de aborto quando este é de consequência por falta de cuidados da genitora poderemos alcançar um grande número de pessoas que irão defender a vida intra-uterina, pois irão dizer que ambos (genitora e nascituro) não tiveram culpa, todavia, se partirmos do ponto, em que o aborto é para interromper a vida que foi gerada em consequência ao crime de estupro, pronto! Veremos, que só os conservadores, religiosos, alguns doutrinadores vão se opor na interrupção dessa vida. No entanto, há defensores da descriminalização do aborto, como as ativistas feministas, que alegam haver uma grande necessidade que essa mãe cesse essa a vida do nascituro, por não ser uma gravidez desejada, pois assim, a sua “dignidade” será mantida e ela não terá que carregar um filho de um pai a qual ela não escolheu que por sua vez a mulher tem total liberdade sobre seu corpo. Não menos este trabalho irá mencionar se há algum interesse de viés político, e se há, qual seu interesse.

Então há de se abordar, até que ponto o direito da liberdade sobre o corpo poderá sobrepor a inviolabilidade da vida.

Todo esse conjunto de idéias será analisado com base em pesquisas, fisiológicas, biológicas, psicológicas, constitucionais, direitos fundamentais a sociedade.

Veremos varias correntes, pró e contra o aborto em todos os níveis, cada um com suas conclusões e argumentos variados.

Como já mencionado no texto supracitado haveria interesse político em combater a vida antes do nascimento? Pois é sabido, que há uma pressão muito grande de ativistas e de muitos parlamentares, para que o aborto seja liberado em

todos os casos, até mesmo pelo simples fato da mulher ter saído para o carnaval, “bebido todas”, tido conjunção carnal com vários parceiros e depois não querer assumir suas responsabilidades.

Então peço encarecidamente, que aos leitores, façam uma leitura crítica, mas que se desmistifiquem de todo o castelo construído sobre o assunto durante seus anos de vida.

2. O INÍCIO DA VIDA E A HISTORICIDADE DO ABORTO COM SEUS IMPACTOS

Para que se entenda o crime de aborto é necessário que se entenda o que consiste a gravidez. O início da vida se faz comum a todos, pois não há como alguém vir a existir sem o advento do período gestacional. A gravidez para que seja encarada de forma justa à luz da biologia, não deverá ver somente a mãe como participante da gestação, pois a presença e participação do pai são indispensáveis.

De acordo com a definição do Dicionário Caldas Aulete⁶, a “gravidez é o estado da mulher, e das fêmeas em geral, em que o feto se desenvolve dentro da mãe”. Este caminho inicia-se com as informações que são conduzidas pelos espermatozóides vivos, portando as características paternas, até ao encontro com as reunidas pelo ovócito vivo com as características maternas. De acordo com Pedro-Juan Viladrich⁷, doutor em Direito, advogado e professor catedrático da Universidade de Navarra,

Embora o zigoto provenha da fusão dos gametas, existe uma diferença essencial entre eles. O espermatozóide e o óvulo contribuem cada um com 23 cromossomos para a constituição do zigoto. O zigoto, porém, não é biologicamente o resultado de uma simples soma do espermatozóide e do óvulo, mas um ser estritamente diferente e original desde o primeiro instante. Quando, no entanto, os dois gametas se unem e surge o zigoto, este contém em si um código genético perfeitamente original e diferente do código do espermatozóide e daquele do óvulo. O zigoto não é uma célula do pai nem uma célula da mãe. Possui uma mensagem genética própria e irrepitível. Nunca existiu nem existirá na história um ser idêntico a ele. Este código inédito permanecerá já invariável e, de acordo com os condicionamentos impostos pelo meio, desenvolver-se-á autonomamente até a velhice e à morte, sem que nada lhe seja acrescentando de essencial, salvo a nutrição, o oxigênio e o tempo.⁸

Com fulcro nesse relato, pode concluir-se que a partir do início da gestação (fecundação), se começa uma nova vida, onde aquele nascituro terá todo o fator

⁶ Aulete Digital. **Gravidez**. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/gravidez>> Acesso em 16/06/16

⁷ VILADRICH, Pedro-Juan, Aborto e a Sociedade Permissiva. São Paulo: Quadrante, 199. *Apud* COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. **A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988**. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF. p.13. Disponível em: <<file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf>> Acesso em: 13/06/2016.

⁸ Loc.cit.

genético, fazendo dele um ser único. Em sentido lógico, a gravidez trará todas as características de uma nova vida no ventre da mãe.

O zigoto é o primeiro estágio do embrião, onde é reunido os 23 cromossomos da mãe e os 23 cromossomos do pai, desde esta fase do desenvolvimento humano já é determinado o sexo da criança, embora ainda não perceptível⁹. Haja vista que o zigoto venha ser a fusão entre os gametas, existe uma discrepância importante entre eles que necessita ser elucidada. Pedro-Juan Viladrich¹⁰, professor de Direito Canônico ensina

Que o espermatozóide contém em parte o código genético paterno, como as demais células possuem, sendo nesse sentido, uma célula do corpo paterno ou uma parcela do seu corpo. Ato contínuo é uma célula que alcançou o desenvolvimento necessário para a finalidade da sua existência: a fecundação do óvulo. Esta não ocorrendo, não há fase posterior se não a morte celular. Do mesmo modo, o óvulo é detentor do código genético materno e é também uma célula adulta que terá o mesmo destino que o gameta masculino.¹¹

No entanto, Viladrich vai dizer que:

...é importante frisar que a imensa maioria dos cientistas afirmam que, depois da fusão dos gametas ou momento constitucional do zigoto – o instante da fertilização do óvulo –, não há nenhuma outra fase ou etapa em que o embrião receba uma nova e essencial contribuição ontogênica, isto é, uma nova contribuição para ser o que é. A partir da fecundação, estamos na presença de um novo ser humano existente. [...] Não é, pois, uma parte do pai ou da mãe, e, longe de ser uma célula adulta, é exatamente o contrário: é um embrião que contém em si próprio todo um futuro desenvolvimento vital. As mesmas semelhanças e as mesmas diferenças essenciais que existem entre os pais e os filhos existem entre os gametas e o zigoto. Ninguém que esteja em seu próprio juízo suspeita que, apesar da relação de paternidade ou de maternidade, e das semelhanças físicas e temperamentais, o filho não seja um ser distinto e autônomo, mas uma parte do pai ou da mãe. A moderna biologia nada mais faz do que confirmar esta experiência elementar.¹²

⁹ BRANDÃO, Dornival. Bioética e Pessoa Humana. In: MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 568 - 579. *Apud* COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. **A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988**. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF.p.13.Disponível em: <file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf> Acesso em: 13/06/2016.

¹⁰ VILADRICH, Pedro-Juan, Aborto e a Sociedade Permissiva. São Paulo: Quadrante, 199. *Apud* COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. **A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988**. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF.p.13.Disponível em: <file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf> Acesso em: 13/06/2016.

¹¹ Loc.cit.

¹² Loc.cit.

Para a especialista Lílian Piñero-Eça¹³, pesquisadora em biologia molecular da Universidade de Bauru e presidente do Instituto de Pesquisa com células-tronco (IPCTRON), o início da vida se dá na fecundação, porque, "cerca de 2 a 3 horas depois, o embrião já se comunica com a mãe".

De acordo com Lílian¹⁴, que estuda sinais de células de embriões no útero (por meio de moléculas marcadas), pelo menos 100 neurotransmissores são emitidos pelo embrião para os 75 trilhões de células existentes no corpo da gestante, que começa a sofrer mudanças hormonais, "esta comunicação entre o embrião e a mãe é a prova de que existe vida desde o primeiro momento."

2.1 DO ABORTO E MÉTODOS PARA O ATO

O aborto vem no decorrer dos séculos, gerando opiniões contrárias e favoráveis a ele, pois o assunto versa a um tema que busca interesses em todas as áreas morais, psicológicas, políticas, sociais e religiosas. Ao contrário do que a sociedade contemporânea imagina, esse é um assunto que rompeu a barreira da historicidade, a decisão de interromper uma gravidez já vem desde a época dos nossos ancestrais. O desejo de uma mulher interromper a gravidez, ou em outra ocasião, ser obrigada a retirar a criança, já existe há muito tempo. A palavra aborto tem origem no latim *abortacus*, derivado de *aboriri* (perecer), e *oriri* (nascer).¹⁵

No que narra CAPEZ¹⁶, o aborto nem sempre foi considerado crime, pois o nascituro era visto somente como uma extensão do corpo da mulher, todavia, posteriormente o aborto seria uma prática de violação ao direito de prole do marido. Com o advento do cristianismo a prática do aborto passou a ser punido como homicídio.

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo a sua prática

¹³ Ghente. **"Início da vida" no STF.** Disponível em: <http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm> Acesso em: 13/06/2016.

¹⁴ Loc.cit.

¹⁵História Digital. **Uma breve história do aborto.** Disponível em <<http://www.historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>> Acesso em: 08/10/2015.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** São Paulo/SP. 12ª edição. Ed.Saraiva. 2011. p.129.

castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.¹⁷

Santo Agostinho com base na doutrina de Aristóteles, só se criminalizaria o aborto se no ato do procedimento o nascituro já tivesse recebido a alma, isso aconteceria entre quarenta ou oitenta dias, iria depender se fosse o feto homem ou mulher.¹⁸

Na Idade Média o teólogo Santo Agostinho, com base na doutrina de Aristóteles, considerava que o aborto seria crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou mulher. São Basílio, no entanto, não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso.¹⁹

São Basílio, no entanto, não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso. É certo que, em se tratando de aborto, a Igreja sempre influenciou com os seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato este que perdura até os dias atuais. No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento daquela. O Código Penal de 1890, por sua vez, passou a prever a figura do aborto provocado pela própria gestante. Finalmente, o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado (CP, art. 124 — a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP, art. 125 — o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP, art. 126 — o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante).²⁰

2.2 MÉTODOS ABORTIVOS

A prática do aborto já era marcada em várias cidades do Oriente, onde se era usado diversos métodos para a prática. Por volta dos anos 2737 e 2696 a.C., um

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo/SP. 12ª edição. Ed.Saraiva. 2011. p.129

¹⁸ Loc.cit.

¹⁹ Loc.cit

²⁰ Loc.cit.

imperador da China ShenNung fez menção de uma receita abortífera, que se usava por via oral se acreditava que essa receita poderia conter mercúrio. Já que essa substância (mercúrio) poderia trazer riscos para as gestantes, muitas sociedades e culturas adotariam o infanticídio, ou seja, o assassinato da criança após o nascimento. Já algum tempo depois, no século XVI, os portugueses chegaram ao Japão, e esses ficaram surpresas de como as mulheres banalizavam a vida, pois eram várias formas de se matar a criança, e as mais utilizadas eram as pancadas no abdômen e cavalgadas incessante até matar o feto.²¹

Em dias atuais o aborto vem sendo feito por meio mais seguro e eficaz, todavia, não se descarta os riscos como de qualquer outro procedimento invasivo. Em países onde o aborto é consentido, existem comprimidos como os mifepristone e misoprostol. O aborto medicamentoso ocorre quando agentes farmacológicos são administrados vaginal ou oralmente, para provocarem a expulsão do conteúdo uterino. Ainda se falando de métodos abortivos, existe a aspiração por vácuo (AV) remove o conteúdo do útero, aplicando sucção através de uma cânula que é inserida no útero através do cérvix. Outros termos para aspiração por vácuo incluem: aborto por sucção, curetagem a vácuo, curetagem por sucção, regulação menstrual (RM) e mini sucção. Segundo a Organização Mundial de Saúde, a aspiração por vácuo pode ser usada até as 12 ou 15 semanas, dependendo dos instrumentos disponíveis e do treino e capacidades do provedor.²²

No que tange CAPEZ, existem outros meios de execução, trata-se de crime de ação livre, podendo a provocação de o aborto ser realizada de diversas formas, seja por ação, seja por omissão. A ação provocadora poderá dar-se através dos seguintes meios executivos:²³

a) meios químicos: são substâncias não propriamente abortivas, mas que atuam por via de intoxicação, como o arsênio, fósforo, mercúrio, quinina, estricnina, ópio etc.; b) meios psíquicos: são a provocação de susto, terror, sugestão etc.; c) meios físicos: são os mecânicos (p. ex., curetagem); térmicos (p. ex., aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre); e elétricos (p. ex., emprego de corrente galvânica ou farádica). O delito também pode ser praticado por conduta omissiva nas hipóteses em que o sujeito ativo tem a posição de garantidor; por exemplo, o médico, a parteira,

²¹História Digital. **Uma breve história do aborto**. Disponível em: <www.historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/> Acesso em: 08/10/2015..

²²Women on Waves. **Métodos de aborto**. Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org/pt/page/458/abortion-methods>> Acesso em: 13/06/2016.

²³CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo/SP. 12ª edição. Ed.Saraiva. 2011. p.130.

a enfermeira que, apercebendo-se do iminente aborto espontâneo ou acidental, não tomam as medidas disponíveis para evitá-lo, respondem pela prática omissiva do delito.²⁴

2.3 O IMPACTO DO ABORTO NOS ÂMBITOS SOCIAIS

As informações a seguir irão abordar sobre países que descriminalizaram o aborto, e que com essa descriminalização vieram sobre estes consequências irreparáveis e outras para que se restitua irão transcender no tempo. Países que no conflito de princípios, optaram pelo o da dignidade da pessoa humana, ensejando com isso o direito da mulher sobre o seu corpo, argumentos esses que transigiram entre grupos conservadores e evolucionistas.

Como prelúdio pode citar a China, essa para obter um controle de natalidade, descriminalizou o aborto para que pudesse ter êxito nesse controle. O aborto era permitido, principalmente quando se tratava do nascituro de sexo feminino, onde se entendia que por ser a mulher, o caminho mais célere para a reprodução, então se punia com a morte, não só o feto, mas as que nasciam com vida.²⁵

A China vem sofrendo impactos enormes no que tange os números de jovens em relação à mão de obra para o trabalho, pois o crescimento de idosos nos últimos anos cresceu demais, acarretando um impacto financeiro muito grande no país. Alexandre Uehara, pesquisador do núcleo de relações internacionais da USP (Universidade de São Paulo), irá dizer que a China não tem uma política nacional de previdência, apenas alguns programas regionais esparsos de aposentadoria. "Não haverá fundos suficientes para arcar com isso. É uma preocupação inclusive política, o governo pode sofrer pressões no futuro."²⁶

Vale ressaltar que essa prática trouxe consequências consideráveis, onde atualmente, mais preciso no dia 29 de outubro de 2015, a China revogou a política de um filho, a partir dessa data, as mulheres poderão ter dois filhos.

Cerca de 13 milhões de abortos são realizados por ano na China, de acordo com relatos da imprensa do país. Uma pesquisa mostrou que o país tem cerca de 20 milhões de nascimentos por ano.

²⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo/SP. 12ª edição. Ed.Saraiva. 2011. p.130.

²⁵Globo.com. **China acaba com a política do filho único e permitirá 2 crianças por casal**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/china-acaba-com-politica-do-filho-unico-e-permitira-dois-filhos-por-casal.html>> Acesso em: 17/06/2016.

²⁶Loc.cit.

Os números revelam que a maioria das mulheres que fazem abortos são solteiras, com cerca de 20 anos.

Pesquisadores acreditam que os números reais podem ser até maior, porque há muitas clínicas não-registradas de aborto.

Especialistas chineses dizem que os jovens precisam receber mais orientação sexual. Os dados foram publicados na capa do jornal China Daily. A reportagem afirma que o alto número de abortos é uma fonte de preocupação no país. A China tem leis rigorosas de planejamento familiar, que limitam muitas mulheres a terem apenas um filho.

Abortos são permitidos em alguns casos em que as mulheres já tiveram mais filhos do que o permitido pela lei. Há casos também de mulheres que são forçadas a abortar para se manter nos níveis de natalidade permitidos pelo governo, para que as autoridades consigam atingir as suas metas de controle populacional.²⁷

Contra superpopulação

A política do filho único entrou em vigor entre o fim de 1979 e 1980. O objetivo era de reduzir os problemas de superpopulação da China. Segundo especialistas, as medidas serviram para evitar que a população atual do país fosse de 1,7 bilhão de habitantes, contra os atuais 1,3 bilhão.

O envelhecimento rápido da população está entre os efeitos secundários mais prejudiciais da política do filho único para a China. Em 2012, pela primeira vez em décadas, a população em idade ativa caiu. O índice de fecundação no país, de 1,5 filhos por mulher, é muito inferior ao nível que garante a renovação geracional.

"Apesar de ainda ser um país em desenvolvimento, a China enfrenta um problema que é de países desenvolvidos, que é o envelhecimento da sociedade. E o custo disso é muito alto", afirma Segundo Alexandre Uehara, pesquisador do núcleo de relações internacionais da USP (Universidade de São Paulo).

Segundo Uehara, a China não tem uma política nacional de previdência, apenas alguns programas regionais esparsos de aposentadoria. "Não haverá fundos suficientes para arcar com isso. É uma preocupação inclusive política, o governo pode sofrer pressões no futuro", avalia.²⁸

Em situação equivalente está Cuba problemas semelhantes a China, porém, seus objetivos vão além de regular a taxa de natalidade, o aborto no país tem como a liberdade da mulher sobre seu corpo, contudo, as conseqüências tem sido agravantes à sociedade. Desde a década de 1970, em média, a taxa de fecundidade é inferior ao nível estimado para a renovação da população.²⁹

²⁷ BBC. **China tem 13 milhões de abortos por ano, diz estudo.** Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090730_china_aborto_dg.shtml> Acesso em: 08/10/2015.

²⁸ Globo.com. **China acaba com a política do filho único e permitirá 2 crianças por casal.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/china-acaba-com-politica-do-filho-unico-e-permitira-dois-filhos-por-casal.html>> Acesso em: 17/06/2016.

²⁸ Loc.cit.

²⁹ Loc.cit.

Destarte, isso tem trazido sérios problemas em números de pessoas. Só no ano de 2005 a 2006, a população teve uma diminuição de 4.300 pessoas, segundo pesquisas.³⁰

Cuba tem um trabalho de prevenção muito bom, no que tange, aos meios preventivos, como preservativos, anticoncepcionais e até cirurgias de esterilizações para homens e mulheres. Data Vênia, mas como qualquer outro meio de prevenção, sem vir acompanhado de educação familiar desde a infância, fará com que todas essas prevenções, se tornem somente mais um meio de gastos públicos inviáveis.³¹

Além do aborto, o Ministério da Saúde Pública provê gratuitamente desde pílulas anticoncepcionais e camisinhas até cirurgias para esterilização de homens e mulheres que as solicitarem.

Os médicos alertam sobre os riscos do aborto, como infecções ou hemorragias e até a morte. "Do ponto de vista médico, o ideal é não correr esse risco (...) Mas não se pode negar essa consulta a ninguém. Não estou aqui para dizer: Tu tens de parir", disse Hernández.

O alarme sobre a baixa natalidade e o rápido envelhecimento da população cubana foi dado depois que o número de habitantes do país caiu de 11.243.836, em 2005, para 11.239.536, em 2006 -- a primeira redução em 25 anos.

Desde a década de 1970, a taxa média de fecundidade é inferior ao nível estimado para a renovação da população.

Em 2025, um de cada quatro habitantes terá mais de 60 anos, tendência que agrava a falta de mão-de-obra e eleva os custos da assistência social e médica, que é gratuita em Cuba.³²

Em 22 de Janeiro de 1973, quando foi julgado o caso Roe x Wade, foi decidido na Suprema Corte Norte Americana, em votação de 7x2, que o Estado não poderia decidir sobre o fato de a mulher querer ou não ter o filho. Assim, nasce a lei que permitiria o aborto nos EUA.³³

Hoje são feitos em torno de 730.000 abortos por ano nos EUA, número preocupante e que tem trazido grandes divisões na Suprema Corte. Em 2010, cerca de 130 leis foram aprovadas pelo Legislativo para restringir as mulheres a esse procedimento.³⁴

³⁰ Globo.com. **Excesso de abortos preocupa médicos cubanos.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL388533-5602,00-EXCESSO+DE+ABORTOS+PREOCUPA+MEDICOS+CUBANOS.html>> Acesso em: 08/10/2015.

³¹ Loc.cit.

³² Loc.cit.

³³ Folha Uol. **Estados limitam abortos nos EUA 40 anos após a liberação.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/89882-estados-limitam-aborto-nos-eua-40-anos-apos-liberacao.shtml>> Acesso em: 08/10/2015.

³⁴ Loc.cit,

Analistas afirmam que mesmo em outros projetos controversos, como por exemplo, o casamento homo afetivo, o aborto tem tido a mesma divisão de quando à sua liberação há quatro décadas passada.³⁵

Além das lutas pró-vida, nos últimos dias, veio a tona, uma matéria de uma diretora do Planned Parenthood (Paternidade Planejada), uma das mais conceituadas clínicas de aborto no mundo, negociando tecidos de fetos.³⁶

Em um dos materiais estão os vídeos divulgados, feito com uma câmera escondida. Deborah Nucatola, diretora sênior de Pesquisas Médicas da Planned Parenthood, vai discutir o fornecimento de tecido fetal.³⁷

Ela diz ao cinegrafista - que se passou por um funcionário de uma empresa de biotecnologia - que os médicos que farão o aborto podem ajustar seus métodos para deixar os órgãos intactos.³⁸

"Nós somos bons em tirar o coração, pulmão, fígado, porque sabemos o que fazer, então não vamos esmagar aquela parte, vamos esmagar mais em baixo, em cima, pra conseguir tudo intacto", diz Nucatola no vídeo.³⁹

Nos Estados Unidos, tanto a venda de órgãos fetais, como a modificação das técnicas de aborto para obtenção desses órgãos estão proibidas por lei.⁴⁰

2.4 ABORTO, CRIME OU PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA?

Há movimentos pró aborto que alegam ser esse procedimento um problema de saúde pública, pois estes afirmam que mulheres em graus de pobreza elevadas, levarão essas mulheres que tiveram uma gravidez indesejada, seja ela por motivos diversos como no caso em tese, o estupro ou em um período onde a mulher não se ver em condições de ser mãe por motivos sociais, religiosos, econômicos e afins, a procurarem clínicas clandestinas para a realização do aborto, com isso aumentaria os riscos de infecções, pois essas clínicas em maioria são lugares insalubres, não

³⁵ Folha Uol. **Estados limitam abortos nos EUA 40 anos após a liberação.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/89882-estados-limitam-aborto-nos-eua-40-anos-apos-liberacao.shtml>> Acesso em: 08/10/2015.

³⁶ Loc.cit.

³⁷ Loc.cit.

³⁸ BBC. **Doação de fetos abortados causa polêmica nos EUA.** Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150810_fetos_aborto_polemica_rm> Acesso em: 08/10/2015.

³⁹ Loc.cit.

⁴⁰ Loc.cit.

esterilizados e em muitas vezes o profissional não está habilitado. Deste modo não seria garantido à integridade física e psicológica da mulher.

Novelino⁴¹ vai relatar que há movimentos pró vida, que irão também tratar o aborto como problema de saúde pública e que a criminalização do aborto, forçaria de forma coercitiva uma preocupação maior com a prevenção por meios anticonceptivos.⁴²

Os partidários da criminalização da interrupção da gravidez em todos os seus estágios argumentam que a não adoção de medidas incriminadoras poderia levar os casais a reduzir o grau de cuidado na utilização de métodos contraceptivos. Isso causaria um aumento expressivo no número de casos de aborto, pois a sua prática seria utilizada para este fim e, de certa forma, acabaria banalizada.⁴³

Seria mesmo o aborto um problema de saúde pública ou de um crime de homicídio? O que está realmente em jogo aqui, a saúde psicológica da mulher ou a vida do nascituro? No caso do estupro, não há de se falar em integridade física da mulher, pois em análise de perícia médica se constatar que no crime de estupro a gestante não adquiriu nenhuma DST (doença sexualmente transmissível), qual seria outra doença física inerente? Se ambos, tanto a gestante como o nascituro gozam de plena saúde, não há de se falar em integridade física. Todavia não se pode descartar a integridade psicológica da gestante, no entanto, veremos em tópicos mais a diante que nesse caso prevalece o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Mas como se fala de um direito muito subjetivo, tem que sopesar nesse caso os fatos reais, onde o Estado omite dados relevantes. A psicóloga Gisele Fernandes⁴⁴ conta que é comum a mulher desenvolver um sentimento de culpa depois de perder um filho.⁴⁵ “Em ambos os casos a mãe que aborta sofre com esse episódio, sente culpa e reações emocionais podem ser desencadeadas, como: sentimento de culpa, tristeza, arrependimento, depressão e dificuldades de relacionamento interpessoal”.⁴⁶ A

⁴¹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 23.2.2.1.2.2.

⁴² Loc.cit.

⁴³ Loc.cit.

⁴⁴ A crítica.com. **Aborto pode gerar seqüelas psicológicas nas mulheres**. Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/vida/Aborto-gerar-sequelas-psicologicos-mulheres_0_475152845.html> acessado dia 19/06/2016.

⁴⁵ Loc.cit.

⁴⁶ A crítica.com. **Aborto pode gerar seqüelas psicológicas nas mulheres**. Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/vida/Aborto-gerar-sequelas-psicologicos-mulheres_0_475152845.html> acessado dia 19/06/2016

psicóloga vai mostrar que; “um estudo publicado no ano de 2005 pela Revista do Conselho Médico Britânico e realizada por especialistas da Universidade de Oslo (Noruega) tentou comprovar cientificamente que o aborto pode gerar problemas psicológicos na mulher.”⁴⁷

Segundo dados da pesquisa, os abortos naturais geram depressão e ansiedade apenas durante os seis primeiros meses depois da perda do bebê. Já em mulheres que passaram por aborto provocado esses problemas podem aparecer por um período de até 5 anos depois do ocorrido.⁴⁸

Então depois do relato supra, pode realmente se afirmar que a mulher vítima de um estupro, ao realizar o aborto estará ela se desvencilhando de todo trauma psicológico, ou estaria à gestante incluindo mais um, o trauma da culpa?

Seria mais louvável o Estado ao invés de omitir tais dados, os pudesse explicitar e conscientizar as gestantes sobre os riscos do aborto, e ao mesmo tempo, gerar meios de apoio a elas vítima do estupro, como proporcionar amparos por meios de profissionais de saúde e outros inerentes ao caso, como assistentes sociais até o final da gestação, tendo a gestante certeza de que não quer a criança, que essa seja entregue para adoção, pois se sabe que a fila para adoção de bebês é enorme. Se Estado se ajustastes nesse sentido, então sim poderíamos dizer que o problema de saúde pública no que tange o caso em tela, poderia melhorar de forma proporcionalmente significativa.

2.4.1 Estaria o Estado cometendo crime de omissão por comissão?

Veremos no decorrer desse tópico, que na prática do aborto, não terá como resultado somente a extração do feto, mas acarretará várias complicações na vida física e psicológica da gestante. O fato de muitas mulheres praticarem o aborto e em conseqüência não sofrerem danos instantâneos, não quer dizer que o aborto é procedimento seguro. Todos os fatos associados a essa prática, sejam eles físicos ou psicológicos, irão mostrar que o aborto não pode ser rotulado como uma prática de procedimento seguro.⁴⁹

⁴⁷ Loc.cit.

⁴⁸ Loc.cit.

⁴⁹<http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2009/04/mitos-aborto-seguro.html> visto em 25/07

O que é que eu aprendi em três anos de estudo dos efeitos do aborto legal? Que existem inúmeras complicações e que não existem garantias de uma passagem segura. Nenhum médico, nenhum hospital, nenhuma clínica pode garantir a uma mulher que ela vai sobreviver a um aborto legal.” (2) (Ann Saltenberger, investigadora). Ao referir que o aborto induzido é 10 vezes mais seguro do que um parto, a propaganda de muitas clínicas de aborto (em países onde a prática está legalizada) cria uma falsa sensação de segurança nas mulheres que procuram os seus serviços. No entanto, esta prática está longe de ser segura. As mulheres que se submetem a um aborto induzido colocam a sua saúde em risco.⁵⁰

“Mesmo que o procedimento cirúrgico possa correr bem, a mulher não está livre de ter problemas a longo prazo. Em alguns casos, a prática do aborto pode resultar na morte da mulher.”⁵¹

As principais causas de morte relacionadas com o aborto induzido resultam de infeções, hemorragias e perfurações uterinas. Aproximadamente 10% das mulheres que se sujeitam a um aborto induzido sofrem de complicações imediatas, das quais cerca de um quinto (2%) são consideradas de risco para a vida da mulher. As oito complicações principais mais comuns que podem ocorrer são: infeção, embolia, perfuração ou dilaceração do útero, complicações com a anestesia, convulsões, hemorragia aguda, danos cervicais, e choque endotóxico. As complicações menores mais comuns incluem: infeção, hemorragia, febre, queimaduras de segundo grau, dores abdominais crónicas, vômitos, distúrbios gastrointestinais, e sensibilização Rh (ocorre quando o sangue do feto se mistura com o sangue da mulher grávida e ambos tem Rh's diferentes).⁵²

Como já dito e voltaremos a falar posteriormente, o Estado não pode omitir dados tão importante, dados esses que comprometem a vida e a integridade física da própria gestante. Podemos dizer que o Estado estaria provocando um crime de omissão? “O crime omissivo impróprio também chamado de comissivo por omissão, traduz no seu cerne a não execução de uma atividade predeterminada juridicamente exigida do agente.”⁵³ Faz se notar que a ocultação dessas informações caberia ao Estado indenizar a gestante que tiver consequências inerentes ao parto. O Código Penal prevê esse crime em seu artigo 135, dizendo que em risco eminente o agente é obrigado a expor as informações.

⁵⁰ <http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2009/04/mitos-aborto-seguro.html> visto em 25/07

⁵¹ <http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2009/04/mitos-aborto-seguro.html> visto em 25/07

⁵² <http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2009/04/mitos-aborto-seguro.html> visto em 25/07

⁵³ <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1677/Os-crimes-omissivos-impropri> visto em 25/07 - citou WESSELS, Johannes. Direito Penal. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 161 e ss

Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em **grave e iminente perigo**; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Penal - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. (grifo nosso)

⁵⁴

Em relevantes dados, o Estado ao permitir que um médico no procedimento de um aborto proveniente de um estupro sem que este seja punido, todavia, oculta da gestante os riscos eminentes e essa venha sofrer danos, sejam eles temporários ou permanentes, não estaria o Estado passível de indenizar essa mulher?

A inércia do Estado em que resulte em consequências, muitas delas graves a gestante, não pode deixar de se responsabilizar, pois se isso acontece, podemos afirmar categoricamente, que o nosso Poder Judiciário estará sofrendo grandes rupturas em seu ordenamento jurídico.

⁵⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm visto em 25/07

3. A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128, II DO CÓDIGO PENAL DE 1940 E PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Vale ressaltar que a Constituição Brasileira de 1937 não se manifestou no que tange a proteção do direito à vida. Destarte, era evidente a arbitrariedade e autoritarismo do ordenamento jurídico delegado pelos militares. Neste sentido, a isenção da punibilidade para o crime de aborto decorrente de estupro encontrava-se em consonância com a ordem constitucional até então.⁵⁵

A Constituição de 1988 já trará a inviolabilidade à vida, no entanto ela irá se omitir no que tange o início da vida, pois sendo assim, o fato de não haver uma definição para o início da vida irá abrir precedentes para violação dessa inviolabilidade. Novelino vai se pronunciar diante essa deficiência aludindo o seguinte:⁵⁶

A Constituição brasileira de 1988 assegurou a inviolabilidade do direito à vida, sem fixar, no entanto, o momento a partir do qual a vida humana deve ser protegida. A inexistência de uma resposta científica consensual sobre o tema não impede a fixação legislativa de diferentes graus de proteção do direito à vida de acordo com o estágio de desenvolvimento do feto, desde que a medida seja constitucionalmente adequada (princípio da proibição de proteção deficiente).⁵⁷

Nesse imenso conflito, o que se pode afirmar no que se refere à inauguração da vida? Vemos nos textos supra, que há vários questionamentos para esse início, mas como se trata de um viés de conflitos subjetivos, vamos analisar visões opostas, onde cada um defendera com bases positivistas, subjetivas e até mesmo em seus conceitos morais.

3.1 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Em um Mundo tão heterogêneo, onde há pessoas de todas as mais diversas culturas e costumes é impossível precisar o início da vida. Não que essa não existe, todavia, como dito antes, os costumes e culturas levam essa incógnita parecer

⁵⁵NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 23.2.2.1.2.2.

⁵⁶Loc.cit.

⁵⁷ Loc.cit.

impossível de ser decifrada. Haja vista que se tratando somente da linhagem científica já iremos obter várias contradições. Agora, imaginem estender para além da ciência e partindo para a filosofia, religião etc. Iremos abordar aqui algumas das visões científicas para que possamos ver como é impossível ministrar a exatidão em um tema tão abstruso. Os geneticistas afirmam que a vida começa com a fertilização, ou seja, na hora da fusão do espermatozóide com o óvulo. E que sendo assim, ali nasce um novo ser humano com os mesmo direitos que qualquer outro indivíduo.⁵⁸ A tese dos embriologistas é que a vida se inicia com a terceira semana de gravidez, pois é nesse momento que se estabelece a individualidade humana. Haja vista, que estudos apontam que até ao 12º dia, o embrião é capaz de se dividir e dar início a mais outra vida. Partindo desse pressuposto é que se acham legalidade para se usar a pílula do dia seguinte e outros tipos de contraceptivos logo nas primeiras semanas. Os neurologistas irão usar a analogia de quando a vida termina. Eles acreditam que assim como a vida termina depois que as atividades cerebrais cessam, também, a vida dará início ao se começar as atividades neurológicas no embrião, porém, uns cientistas vão dizer que essa atividade se dá na 8ª semana e outros dirão que será na 24ª semana. A capacidade de se viver fora do útero irá determinar o início da vida, assim dizem os ecologistas. Médicos dizem que uma criança que nasce prematura, só sobreviverá se estiver os funcionamentos pulmonares em perfeito estado, e isso só poderá ser possível a partir da gestação entre a 20ª e 24ª semana. Foi esse o critério usado pela Suprema Corte nos Estados Unidos para que fosse legalizada a prática do aborto. A visão metabólica irá dizer que é desnecessário polemizar sobre quando a vida se inicia, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Na tese metabólica, tanto o óvulo quanto o espermatozóide são vivos como qualquer outra pessoa, como isso o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e natural e por isso não se deve ter um marco inaugural.⁵⁹

Então, como se comportar em meio a tantas discussões? Como se comportar o Estado na hora de recepcionar uma lei? As teorias do início da personalidade jurídica é algo vasto e por muito, subjetiva. Contudo, há uma posição ser tomada, e não dá para se calar mediante assunto tão comedido.

⁵⁸ <file:///C:/Users/User/Downloads/pistis-3546.pdf> visto no dia 23/07

⁵⁹ <file:///C:/Users/User/Downloads/pistis-3546.pdf> visto no dia 23/07

No entanto, o nosso Poder Judiciário não se calou e a dotou a teoria natalista, no entanto existem mais duas teorias a serem discutidas, serão todas elas o assunto abordando no próximo tópico.

3.1.1 Teoria natalista

Essa é a teoria majoritária, juridicamente, é essa a adotada, a qual vai fazer menção aquele que nasce com vida, que irá ter personalidade jurídica e será considerada para fins jurídicos, uma pessoa. No entanto, salvo em lei que será, desde a concepção, os direitos adquiridos do nascituro.

Destarte, é necessário memorar que vida e personalidade são distintas e que a vida é bem mais abrangente que a personalidade, haja vista que não há de falar em personalidade se não houver vida e segundo porque personalidade é a gênese jurídica para definir aquele que detém direito e deveres no âmbito civil.

Com respeitosa vênua, há de convir que o Código Civil marcou o princípio da personalidade, não o princípio da vida. Então, pelo fato do Código Civil abraçar como marco o nascimento, que não haverá vida antes dele.⁶⁰

Tartuce vai se dispor seus conceitos à teoria natalista;

O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Além disso, a teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno. Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.⁶¹

3.1.2 Teoria mista

⁶⁰ JusBrasil. **A vida no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/250864671/a-vida-no-ordenamento-juridico-brasileiro?ref=topic_feed> Acesso em: 17/06/2016.

⁶¹ FLÁVIO, Tartuce. **Direito Civil. Lei de introdução e parte geral.** 12ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro/RJ. 2016.

A idéia principal do Código Civil brasileiro é que o nascimento com vida, não irá condicionar a existência da personalidade, mas de fato, este se consolidará. A capacidade jurídica do nascituro, não pode vigorar simplesmente com o nascimento, pois ocorre e temos que considerar que o ordenamento jurídico assiste ao nascituro tutelado e capacidade provisória que perdura terminantemente se o nascituro vier a nascer com vida.⁶²

Segundo a renomada jurista Maria Helena Diniz, o nascituro vai obter personalidade jurídica já na vida intrauterina, sendo essa personalidade em teor formal.⁶³

Mesmo no útero ou em tubos de ensaio (in vitro), os embriões e os nascituros gozam de personalidade jurídica formal, alusivamente aos direitos de personalidade, sancionados pela Constituição Federal. Haja vista, que se nascerem com vida, irá obter personalidade jurídica material.⁶⁴

É louvável o posicionamento da jurista supra citada, pois como falar em personalidade jurídica somente após o nascimento com vida, já que ordenamento jurídico em algumas condições vem assistir ao nascituro, caso esse seja de alguma forma lesado. Maria H. Diniz em sua obra “**O estado atual do Biodireito**”, vai elencar alguns desses direitos.

O nascituro tem direito a alimentos, para uma adequada existência pré-natal (Lei 11.804/2008 – Lei dos alimentos gravídicos). Os valores são destinados à gestante durante a gravidez, para garantir-lhe gestação saudável. Estes valores devem compreender as despesas da gravidez (alimentação especial, parto, assistência médica e psicológica). Para que sejam concedidos, deve haver prova de que o suposto pai tenha tido relacionamento íntimo com a demandante e capacidade contributiva.

O nascituro tem direito à imagem, pois pode ser capturada por ultrassonografia, câmaras fotográficas, etc. Assim, caso captada a imagem e publicada sem autorização dos pais ou do curador do ventre materno, o nascituro pode pleitear indenização.

O nascituro tem direito à honra. Caso lhe seja imputada a bastardia ou qualquer outra ofensa contra sua honra, poderá ajuizar ação de indenização por danos morais.

O nascituro tem capacidade de direito, mas não de exercício. Os seus pais ou representante devem zelar pelos seus interesses, tomando medidas

⁶² Passei direito. **Resumo Biodireito Maria Helena Diniz**. Disponível em: <<https://www.passeidireito.com/arquivo/18959172/resumo---biodireito---maria-helena-diniz>> Acesso em: 17/06/2016.

⁶³ Passei direito. **Resumo Biodireito Maria Helena Diniz**. Disponível em: <<https://www.passeidireito.com/arquivo/18959172/resumo---biodireito---maria-helena-diniz>> Acesso em: 17/06/2016

⁶⁴ Loc.cit.

processuais em seu favor, administrando os bens que lhe pertencerão, se nascer com vida. Podem os seus pais ou representantes defender em seu nome a posse, a sua parte na herança, etc.

O nascituro pode receber bens por doação (art. 548, CC) ou por herança (art. 1.798, CC). Entretanto, o direito de propriedade somente se incorpora em seu patrimônio se nascer com vida. Se nascer morto, não terá validade a doação ou a sucessão.⁶⁵

Essa teoria mista vem enquadrar à leis constitucionais e até mesmo supra legal, como ao Pacto São José de Costa Rica, no que tange a inviolabilidade à vida, todavia dará amparo à teoria natalista, ao dizer que com o nascimento vai consolidar a personalidade material. A Constituição Federal em seu artigo 5º Caput vai mencionar que a vida é um direito inviolável, e em consonância com o artigo 4º do Pacto de São José de Costa Rica, onde Brasil ratificou em 25 de setembro de 1992 em seu artigo 4º I verá claramente que a vida é tutelada desde a concepção.

Se analisarmos o §2º e 3º do artigo 5º da Constituição, veremos que essas convenções têm peso de lei supra legal, sendo assim, nenhuma lei ordinária não poderá se obstar em face destas.

Destarte, se para que uma lei infraconstitucional possa ser recepcionada pela Constituição Federal, ela terá que ser interpretada em conformidade com as Leis e Emendas constitucionais, e leis supra legais para essa recepção se faça legítima.

Em uma análise hermenêutica do caso em tela, se a inviolabilidade da vida segundo a convenção supra é garantida desde a concepção e essa convenção tem ascendência de lei supra legal, com que base legal, a Constituição Federal recepcionou o artigo 128 II do Código Penal?

3.1.3 Teoria concepcionista

A teoria natalista vai ressaltar o dispositivo 2º do Código Civil, onde rege o seguinte: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Silmara J. A. Chinelato e Almeida⁶⁶ vai dizer que

⁶⁵ Loc.cit.

⁶⁶ALMEIDA. Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016.

Mencionada corrente não explica, no entanto, porque o mesmo artigo 4^a- reconhece direitos e não expectativas de direitos ao nascituro os quais, assim como os status, efetivamente lhe são atribuídos ao longo do Código, como, por exemplo, status de filho (art. 458) de filho legítimo, segundo a terminologia adotada antes da Constituição Federal de 1988 (art. 337 e 338), direito de ser reconhecido antes do nascimento (parágrafo único do artigo do Código Civil e parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente), direito à curatela (458 e 462), à representação (462, caput combinado com arts. 383, V e 385), direito de ser adotado (372).⁶⁷

Os direitos reconhecidos nos artigos supra são inerentes ao nascituro, todavia, outras teorias poderão alegar um direito formal, pois dependerá do nascimento com vida. Haja vista, o que se discute não é se o nascituro irá nascer com ou sem vida, mas sim, se a eles os direitos são estendidos.

Em um RE de nº 99.038 de MG, vai se discutir sobre a venda de um imóvel, onde os genitores resolveram vender para sua filha. No entanto, no RE se debateu a legitimidade dessa venda, já que não havia uma taxatividade dos direitos ao nascituro, razão a qual se entendeu ser nula a compra e venda de ascendente e descendente, sem o consentimento do nascituro, por seu representante legal. No RE vale destacar o voto vencido do Senhor Ministro Francisco Rezek (relator);⁶⁸

A própria linguagem do artigo 4º do Código Civil (Código Civil 1916) é plástica. O Tribunal de Justiça adotou uma tese que a reflexão sobre a perspectiva do caso concreto me fez parecer abonável. Neste caso uma criança, no ventre materno, anuncia sua vinda ao Mundo quando os pais entenderam de vender certo imóvel ao filho preexistente.⁶⁹

Não tão longe assim, em 2015 um Recurso Civil, a genitora ao ser atropelada teve como consequência a perda do filho, nesse RC nº 71005303854 foi reconhecido o direito do nascituro, e a genitora como representante legal recebeu a indenização.⁷⁰

EMENDA
RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. GRAVIDEZ INTERROMPIDA DEVIDO AO ACIDENTE DE TRÂNSITO. DIREITOS DO NASCITURO GARANTIDOS PELO CÓDIGO CIVIL. DEVIDA A COBERTURA SECURITÁRIA NO VALOR DE R\$ 13.500,00. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

⁶⁷ Loc.cit.

⁶⁸STF. **Recurso extraordinário nº 99.038-1.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=191555>> acesso em 19/06/2016.

⁶⁹ Loc.cit.

⁷⁰JusBrasil. **TJ-RS-Recurso Cível: 71005303854RS.** Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164105128/recurso-civel-71005303854-rs>> acesso em 19/06/2016.

(Recurso Cível Nº 71005303854, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/01/2015).⁷¹

É claro o reconhecimento dos direitos do nascituro, embora seja feita de forma genérica, Silmara J. A. Chinelato e Almeida⁷² vai mencionar a necessidade de uma taxatividade elencando os direitos do nascituro⁷³

A tomada de posição no sentido de que o nascituro é pessoa importa reconhecer-lhe outros direitos, além dos que expressamente lhe são concedidos pelo Código Civil e outros diplomas legais, uma vez que se afasta na espécie, porque inaplicável, a regra de hermenêutica "exceptiones sunt strictissimae interpretationis." Reitera nosso modo de ver quanto à não taxatividade dos direitos reconhecidos ao nascituro, outro postulado hermenêutico, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no artigo 4º (Código Civil de 1916)." que, ao contrário, refere-se genericamente a "direitos" do nascituro.⁷⁴

3.1.4 Conceito do nascituro

Esse tema por mais que parece ultrapassado, é bem atual e também um tema muito discutido nos tribunais, ao contrário do que ocorre no Brasil, esse assunto é bem emblemático em outros países. Sua atualidade tem como base as novas técnicas usadas em meio de reprodução assistida ou fertilização assistida, sem contar com os desenvolvimentos científicos na área da genética. A jurista Silmara J. A. Chinelato e Almeida⁷⁵ dará um conceito de nascituro

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação "in vitro", que se realiza em laboratório, há necessidade de implantação do embrião "in anima nobile", para que se desenvolva, a menos que se o congele ou criopreserve, conforme nos ensinam os especialistas em reprodução humana assistida. A viabilidade de desenvolvimento depende, pois, da implantação no útero, onde se dará a nidação.⁷⁶

⁷¹ Loc.cit.

⁷² ALMEIDA. Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016

⁷³ ALMEIDA. Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016

⁷⁴ Loc.cit.

⁷⁵ Loc.cit.

⁷⁶ Loc.cit.

No caso do texto mencionado, a jurista irá fazer a distinção da fecundação “*in vitro*” e o embrião fora do útero. E ela vai dizer que tem por obrigação o Estado estabelecer regulamentos para que ambos tenham seus direitos garantidos inerentemente cada um com suas peculiaridades.⁷⁷

Ainda cumpre observar que o direito constituído poderá considerar como nascituro o embrião pré-implantatório. Dadas suas peculiaridades, parece nos deparar a legislação regular de modo diferente os direitos do nascituro implantado “*in vivo*” e o embrião pré-implantatório, que poderá ser denominado pré-nascituro.⁷⁸

3.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Para os que apreciam o direito clássico, a validade de uma lei irá se mostrar autêntica através da sua compatibilidade com a Constituição. Em dias atuais, observar o enquadramento das leis com a Constituição (controle de constitucionalidade) é somente o início para que se possa assegurar a juridicidade à produção do direito doméstico. No entanto, não basta ser harmonizável com a Constituição Federal, mas as normas internas deverão estar em congruência com os tratados internacionais, para isso será usado o Controle de Convencionalidade.

Esse instrumento foi usado pela primeira vez pelos franceses na década de 1970;

É ainda necessário deixar claro, notadamente ao leitor brasileiro, que a ideia de “controle de convencionalidade” tem origem francesa e data do início da década de 1970. Não foram os autores pátrios citados, tampouco a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por primeiro se utilizaram dessa ideia de controle e o seu conseqüente (e já conhecido) neologismo. Tal se deu originariamente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente – naquele caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de constitucionalidade propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito.⁷⁹

⁷⁷ Loc.cit.

⁷⁸ ALMEIDA. Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016.

⁷⁹ ⁷⁹ Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno – Mazzuoli, Valério de Oliveira – biblioteca virtual pag. 178

Valerio Mazzuoli vai dizer que para as normas infraconstitucionais, agora passaram por dois filtros para que se possa mostrar sua compatibilidade com o sistema do atual Estado constitucional e humanista. Mazzuoli a título ilustrativo vai dizer

Imagine-se uma prova de hipismo de salto a obstáculos, na qual o jóquei só será vencedor se conseguir fazer o cavalo saltar dois obstáculos; caso salte o primeiro e derrube o segundo perderá o torneio. O mesmo se dará com a produção do direito doméstico. Doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no País devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no País. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País por meio do controle de convencionalidade⁸⁰, tema até então inédito na doutrina brasileira⁸⁰.

Ao falarmos de descriminalização do aborto, não podemos esquecer que existem alguns filtros importantes, onde terá que ser analisado com requisitos criteriosos para que essa descriminalização possa ser deferida. Haja vista que se esses meios de filtragem forem feitos com seriedades, tal descriminalização não poderá ser aprovada, por essa irá ferir princípios constitucionais, e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Ao se analisar textos supra mencionado fica evidente que o aborto é considerado por algumas linhas como crime de assassinato, de tortura, e que esse crime vai além dessas práticas abusivas, ela se torna cruel e injusta, pois entre as partes envolvidas no crime de estupro, o único que deveria ser absolvido é o que vai pagar com sua própria vida. Quando digo o único, não estou excluindo a mãe, mas em projetos de leis no Brasil e por ser lei em outros países, a prática do aborto em muitos momentos, não se trata única e exclusivamente o estuproador como culpado pela gravidez, mas em caso, pelo simples fato da mulher ter se relacionado voluntariamente com uma pessoa e nessa relação ter ocasionado a gestação, essa mulher poderá simplesmente dizer que essa gravidez não vem em tempo oportuno e com isso, ela deseja tirar a criança. Então pode se falar que em casos como esse, a mulher teve sua parcela de culpa e o único inocente nessa gestação é o embrião.

⁸⁰ Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno – Mazzuoli, Valério de Oliveira – biblioteca virtual pag. 178

Destarte, o controle de convencionalidade é um dispositivo muito importante, para que a segurança jurídica possa ser preservada, pois dela advêm critérios consideráveis para que o nosso poder judiciário não venha agir com arbitrariedade, e com isso, os tratados ratificados no Brasil, possam ter seus dispositivos respeitados e aplicados na sua total essência e eficácia.

O Jornal Juízes para a Democracia vai explicar em um trecho de sua coluna, a importância do controle de convencionalidade.

Há que se ressaltar que os instrumentos internacionais contemplam sempre parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos, cabendo aos Estados, partes o dever de harmonizar sua legislação interna à luz dos parâmetros internacionais mais protetivos à pessoa humana. Inaugura-se, assim, no campo dos direitos humanos, a advocacia voltada ao 'controle da convencionalidade das leis', em prol da melhor e mais eficaz proteção à dignidade humana⁸¹.

O controle de convencionalidade é um remédio constitucional que deve ser utilizado em sua maior essência, para que com isso, o indivíduo, seja ele o embrião ou um idoso tenha seus direitos fundamentais garantidos.

⁸¹ Jornal Juízes para a Democracia, ano 5, n. 21, São Paulo: AJD, jul./set./2000, p. 9. Tirado do livro de Mazzuoli pag 182

4. A COLISÃO DE PRINCÍPIOS – VIDA VS DIREITOS DA MULHER

Há um grande equívoco a respeito de uma suposta conexão da mulher exercer a liberdade sobre seu corpo com o “pseudo” direito ao aborto. Pedro-Juan Viladrich vai dizer que a mãe e o nascituro, já são de fatos, seres humanos distintos e que ambos possuem sua própria personalidade;

Zigoto não é uma célula do pai nem uma célula da mãe. Possui uma mensagem genética própria e irrepetível. Nunca existiu nem existirá na história um ser idêntico a ele. Este código inédito permanecerá já invariável e, de acordo com os condicionamentos impostos pelo meio, desenvolver-se-á autonomamente até a velhice e à morte, sem que nada lhe seja acrescentando de essencial, salvo a nutrição, o oxigênio e o tempo⁸².

Nesta colisão dos direitos, a vida terá que receber de toda a maior segurança no âmbito do direito, pois como se falar em liberdade sobre o corpo, sendo esse pertinente à vida? Data vênua, mas todos os bens jurídicos tutelados e pleiteados no poder judiciário são inerentes à vida; não seria paradoxal, uma pessoa lutar por direito de liberdade, igualdade, direitos esses relacionados à vida, sendo que essa mesma pessoa venha tolerar, apoiar, e até permitir que essa vida seja lesada?

Nesses imensos impasses jurídicos, onde os conflitos dos direitos fundamentais que antes eram imutáveis, agora muitas delas vêm sofrendo constantes alterações. Em 2004 e 2008 houve grandes conflitos nos tribunais sobre os direitos fundamentais no que tange o direito à dignidade da vida humana, de um lado duas pessoas buscam seus direitos de liberdade religiosa, onde mesmo em estado crítico de saúde risco de morte eminente, negam o recebimento de transfusão de sangue, baseado em crenças de uma instituição religiosa (Testemunha de Jeová) onde fica vedado a todos os membros o direito de receber transfusão de sangue, mesmo correndo risco de morte. Do outro lado, o Estado querendo vedar esse direito, tendo em vista alegar, que o direito à vida sobrepõe a liberdade religiosa, pois a primeira é

⁸² COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. **A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988**. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF.p.13.Disponível em: <file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf> Acesso em: 13/06/2016.

o bem maior tutelado pela CF. Em um embate ferrenho nos tribunais, e nos dois casos que serão expostos, iremos ver decisões opostas sobre casos semelhantes;

Em 2002 a pedido de um paciente que não lhe fosse feito como meio de tratamento médico, uma transfusão de sangue, pedido esse feito com base no direito de crença e liberdade religiosa do autor.⁸³

Em um parecer, Antônio Ibrahim da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirma que:⁸⁴

O direito à vida não se resume ao viver... O Direito à vida diz respeito ao modo de viver, a dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas pode desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente, filosóficos que tão grave questão encerra. A liberdade de alguém admitir, ou não, receber sangue, um tecido vivo, de outra (e desconhecida) pessoa. (trecho do voto – vencido – do Desembargador Marcos Antônio Ibrahim no Agravo de Instrumento n.º 2004.002.13229, julgado em 05.10.2004 pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RJ)⁸⁵.

Nesse caso supra, o deferimento foi concedido parcialmente, pois não foi vetado o direito dos médicos agirem, todavia, teriam esses que esgotar todos os meios através de medicamentos e outros procedimentos inerentes ao tratamento, para que enfim, se necessário, ou seja, em caso de risco de morte eminente a transfusão seja realizada⁸⁶.

Em 22 de agosto de 2007 que teve como relator Umberto Guaspari Sudbrack, nesse julgado os fatos serão os mesmos do caso supracitado, todavia, haverá um resultado bem oposto⁸⁷.

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR.

Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente,

⁸³ TJRJ. **Transfusão de sangue – crenças religiosas.** Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/transfusao_sangue.pdf> Acesso em 18/06/2016.

⁸⁴ JusBrasil. **O direito de morrer dignamente.** Disponível em: <<http://eleniltonfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/152550052/o-direito-de-morrer-dignamente>> acesso em 18/06/2016

⁸⁵ Loc.cit.

⁸⁶ Loc.cit.

⁸⁷ JusBrasil. **TJ-RS-Apelção Cível: AC 70020868162.** Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>> acesso em 18/06/2016.

independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007⁸⁸).

A decisão agora tem como base a inviolabilidade à vida, sendo assim, o exposto vai explicitar um direito fundamental suprimindo outro, no caso apresentado o direito a liberdade religiosa não foi atendido, pois achou por bem o tribunal, fazer valer o bem maior tutelado, a vida. Haja vista, que além de suprimir um direito de liberdade religiosa, o tribunal vai ferir o direito de escolha do profissional da área de saúde (médico), pois vale ressaltar que no código de ética no capítulo II inciso IX vai expressar o seguinte: “IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” ⁸⁹.

No entanto, o julgado vai dizer que “Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem **o dever...**”. Destarte, se fez valer no caso em tela, o bem maior que deve ser tutelado pelo o Estado, esse bem é a vida.

4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na colisão dos direitos fundamentais, não será satisfatório uma decisão a uma das partes, o indeferimento do pedido somente. O(s) magistrado(s) terá que fundamentar a decisão, para que possa gerar segurança jurídica aos que fazem parte do processo. Destarte, em que poderá o(s) magistrado(s) basilar sua(s) decisão? O renomado doutrinador Marcelo Novelino⁹⁰ irá dissertar sobre o princípio da proporcionalidade⁹¹

O postulado da proporcionalidade opera no nível da justificação interna da decisão jurídica, ou seja, auxilia a estrutura formal de raciocínio ao tornar claro quais premissas devem ser justificadas externamente, aumentando a possibilidade de reconhecer e criticar erros.⁹²

⁸⁸ JusBrasil. **TJ-RS-Apelação Cível: AC 70020868162RS**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>> acesso em 18/06/2016.

⁸⁹ CEM. **Código de ética médica – Confiança para o médico, segurança para o paciente**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_2.asp> acesso em 18/06/2016.

⁹⁰ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

⁹¹ Loc.cit.

⁹² Loc.cit.

No texto supra, Novelino⁹³ vai ressaltar que o postulado da proporcionalidade irá auxiliar na decisão jurídica, ele vai dizer que “Sob esse prisma, o postulado da proporcionalidade tem o seu conteúdo delimitado por três metanormas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que possuem a estrutura de regra”⁹⁴.

Destarte, essas metanormas irão traçar meios onde o poder judiciário terá que se basear para fundamentarem suas decisões⁹⁵.

No litígio onde estão, em estado de colisão, dois direitos fundamentais, essas metanormas regerão sobre os meios de decisões a serem tomados. Novelino vai dizer que essas metanormas terão que ser consideradas como regras⁹⁶

O postulado da proporcionalidade é composto por três metanormas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No controle de constitucionalidade de uma intervenção deve ser analisado se essas metanormas foram satisfeitas ou não, e se sua não satisfação tem como consequência uma inconstitucionalidade. Essas metanormas devem ser, portanto, “consideradas como regras”⁹⁷.

Em tese são essas as metanormas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁹⁸.

Quando vamos falar de direitos fundamentais, onde a divergência é bastante discutida nos tribunais, como no caso da tese discutida, ou seja, o aborto mediante estupro, onde é garantida a gestante a retirada do nascituro, tendo como base a liberdade da mulher sobre o corpo, contudo há posições doutrinárias, religiosas que vão se opuser a essa garantia positivista. Com base no livre convencimento do juiz e este se debruçando nessas metanormas, torna o litígio mais contundente, pois o que se pesa aqui não é somente o fato de existir um direito positivado, mas sim, saber se esse não está ferindo outros princípios. Com base nessas metanormas veremos que há base para se refutar esse dispositivo expresso no artigo 128 II do Código Penal⁹⁹.

⁹³ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

⁹⁴ Loc.cit.

⁹⁵ Loc.cit.

⁹⁶ Loc.cit.

⁹⁷ Loc.cit.

⁹⁸ Loc.cit.

⁹⁹BRASIL. **Decreto – Lei nº 2.848/1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso em 19/06/2016.

O doutrinador Novelino¹⁰⁰ vai expressar o seguinte sobre a metanorma adequação; “Quando um direito fundamental possui uma cláusula de reserva legal expressa (simples ou qualificada), para que a medida restritiva seja considerada adequada, basta que não afronte a Constituição,”¹⁰¹, em contrapartida o doutrinador Manoel Gonçalves, não vai mencionar a Constituição, mas tão somente, os conflitos nas desigualdades de tratamentos.¹⁰² “Exprime-se a exigência de adequação na relação entre o critério da diferença e a finalidade perseguida pela desigualdade de tratamento. Trata-se de uma relação meio a fim. É, pois, uma exigência de congruência”¹⁰³.

Ao se tomar uma decisão, esse meio basilar não poderá ser excluído, para o convencimento na hora de se tomar uma decisão. Mas como decidir quando mediante os conflitos, os fatos mencionados são inerentes de bases constitucionais ou simples grau de tratamento? Tanto a gestante que tem seu direito ao corpo e ao nascituro o direito a vida, ambos têm seus amparos legais no que tange à dignidade da pessoa humana.

Willis Santiago Guerra Filho vai mencionar que a *adequação* foi tratada no Tribunal Constitucional alemão, que além de adequada também tem que ser exigível.¹⁰⁴

A propósito, decisão do Tribunal Constitucional alemão, em cuja primeira parte se lê: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado (...)”¹⁰⁵

Então o judiciário terá que optar para outra metanorma, para que possa se obter um resultado convincente; a *necessidade*. Na obra supracitada do Novelino¹⁰⁶ ele irá explicar sobre esta.

¹⁰⁰ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

¹⁰¹ Loc.cit.

¹⁰² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do direito constitucional**. 4ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 2015. P. 219.

¹⁰³ Loc.cit.

¹⁰⁴ Loc.cit.

¹⁰⁵ Loc.cit.

¹⁰⁶ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

A necessidade (ou exigibilidade) impõe que, dentre os meios aproximadamente adequados para fomentar um determinado fim constitucional, seja escolhido o **menos invasivo** possível. Uma medida deve ser considerada desproporcional quando for constatada, de forma inequívoca, a existência de outra similantemente eficaz e **menos** onerosa ou **lesiva**.¹⁰⁷ **(grifo nosso)**

Agora começa ficar mais claro para o judiciário, pois no texto supra vai ressaltar que nos conflitos em direitos fundamentais, que sejam escolhidos o menos invasivo e lesivo¹⁰⁸. Com toda respeitosa vênua, vamos aqui afirmar que ao se decidir o que é menos invasivo e menos lesivo entre manter uma gestação ou retirar o nascituro, não resta dúvida que será manter a gestação, pois cabe ao Estado tornar essa gestação menos gravosa para gestante. Mas temos que considerar a parte que não foi grifada no texto (oneroso), pois poderá o judiciário dizer que por se tratar em manter uma gestação, onde esta vai gerar a mãe grandes problemas psicológicos, emocionais, sendo assim, essa gestação será mais onerosa, pois além do Estado manter a gestação com todos os amparos essenciais, ainda terá que se dispor de outros profissionais que normalmente não se utiliza em uma gestação, como por exemplo, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais e outros, todavia, o procedimento para o aborto vai gerar custos bem mais baixos. Dado de 2014 vai reportar o valor gasto com um procedimento de aborto; “A portaria publicada no “Diário Oficial” na quinta-feira passada definia que o governo pagaria R\$ 443,30 por cirurgia de interrupção terapêutica da gestação ou antecipação do parto nos hospitais públicos”¹⁰⁹. Não estaria à vida sendo aviltada pelo Estado? Poderia o Estado estipular um valor à vida? Então podemos em uma análise, afirmar que a metanorma necessidade, auxiliaria com destreza, as decisões que fossem tomadas em direitos bem conflitantes a esses expostos.

Nessa próxima metanorma a ser exposta, Novelino¹¹⁰ vai ressaltar que, se os conflitos a serem resolvidos, não alcançaram uma satisfação do convencimento usando a *adequação* e a *necessidade*, então terá que ser analisado pela

¹⁰⁷ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

¹⁰⁸ Loc.cit.

¹⁰⁹O Globo.com. **Ministério da saúde revoga portaria que definia valor de aborto terapêutico no SUS**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/ministerio-da-saude-revoga-portaria-que-definia-valor-de-aborto-terapeutico-no-sus-12651190>> acesso em 19/06/2016.

¹¹⁰ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

proporcionalidade em sentido estrito, onde o sopesamento será o meio de medida a se utilizar para que o juiz possa se convencer¹¹¹.

Quando se torna necessário analisar o grau de intensidade da intervenção em um direito fundamental e o de realização de outro fim, abandona-se o âmbito da *otimização* em relação às *possibilidades fáticas* e se penetra no âmbito da realização mais ampla possível em relação às *possibilidades jurídicas*.¹¹²...

...A proporcionalidade em sentido estrito corresponde à “lei material do sopesamento”, segundo a qual “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹¹³.

Nesse meio da proporcionalidade, se afasta a adequação e a necessidade, com isso se fará necessário o sopesamento acompanhado com as possibilidades jurídicas e ai sim, serão questionados quais os princípios foram mais afetados, o de mais importância, analisando o grau de lesão causado a esse princípio¹¹⁴.

4.2 O DESCUMPRIMENTO DE VEDAÇÃO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Silmara J. A. Chinelato e Almeida¹¹⁵ vai mencionar que o direito a vida ainda que não fosse amparado no âmbito jurídico o direito natural se manifestaria ao favor desta; “ainda que o direito à vida não fosse tutelado pelo sistema jurídico, sua natureza de Direito Natural legitimaria a imposição “erga omnes”¹¹⁶.

A Constituição Federal, através das leis extraordinárias, acaba que por recepcionar o artigo 128 II do Código Penal, com isso entrega outras normas constitucionais para serem corrompida no âmbito jurídico. A própria Constituição vai vedar a penar de morte, salvo em caso de guerra declarada¹¹⁷. Como em textos supra mencionados, é notório a vida ter início desde a concepção, restando para que essa vida se tenha sua personalidade jurídica material garantida, a penas o nascimento

¹¹¹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

¹¹² Loc.cit.

¹¹³ Loc.cit.

¹¹⁴ Loc.cit.

¹¹⁵ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016.

¹¹⁶ Loc.cit.

¹¹⁷BRASIL. Constituição (1988).**Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:Senado 1988.

com vida, todavia, ainda sim, o nascituro é contemplado com a vida, no entanto o artigo 128 II Código Penal, irá romper princípios intrínsecos na Constituição ao descriminalizar a morte do nascituro. Morte esta que está fora da pena de morte que se permite a Constituição, pois não há estado de sítio, e mesmo que estivesse em guerra, a presunção de inocência seria inerente ao nascituro, pois qual crime esse haveria cometido para ser punido com a morte? Como também não vai condizer com caso de exclusão de ilicitude explícita no Código Penal, como também a legítima defesa e o estado de necessidade¹¹⁸. O Brasil ratificou o DECRETO No 678, de 6 de novembro de 1992 (Pacto de São José da Costa Rica), onde expressa em seu artigo 3º “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”¹¹⁹ Nesse caso fica evidente que não há outro meio de se criminalizar alguém com a pena de morte, salvo em caso de guerra, pois de outro modo, o Brasil não poderá restabelecer a pena de morte de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica, pois como dito anteriormente, esse decreto tem o peso de lei supra legal, onde nenhuma lei ordinária pode suprimi-la¹²⁰.

Não obstante, o artigo 128 II do Código Penal irá ferir princípios constitucionais, como por exemplo, a presunção de inocência, pois ninguém pode ser considerado culpado sem que haja julgamento transitado em julgado (artigo 5º LVII), se é que há alguma culpa a ser inserida ao nascituro, mas como o viés aqui é de pena de morte, haverá de ter uma sentença transitada em julgado¹²¹.

A Constituição no dispositivo 5º LV vai expressar que; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”¹²²e no Pacto de São Jose da Costa Rica em seu artigo 6 irá expor; “Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto

¹¹⁸BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848/1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acessado em 19/06/2016.

¹¹⁹ BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 21/02/2016.

¹²⁰ Loc.cit.

¹²¹ BRASIL. Constituição (1988).**Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:Senado 1988.

¹²² Loc.cit.

o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente”¹²³. Nos dois dispositivos mencionados deixa evidente o direito à ampla defesa e ao contraditório, não se condena ninguém sem que esse faça valer o seu direito de defesa, ainda mais se tratando de um claramente inocente. Em meio a tantas explanações é que se deve argüir a não recepção desse artigo 128 II do CP. Mas não termina por aqui as extravagâncias de corrupção de normas constitucionais, pois a Carta Magna no artigo 5º III diz; “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” O Dr. Bernard Nathanson um dos maiores aborteiros de todos os tempos, em seu livro “The Hand of God” (A mão de Deus), vai ressaltar que ao ver pela primeira vez um aborto através de imagens, o doutor vai relatar seu repúdio, ele vai dizer que¹²⁴.

Foi então que Deus apareceu na sua vida através dos avanços da técnica. “Estou certo que não foi por acaso – a mão de Deus estava lá – a instalação dos ultra-sons mostrou-me, pela primeira vez, o feto humano, podendo medi-lo, examiná-lo, contemplá-lo...” E “declarei categoricamente que o feto era vida”. “Não tenho receio em dizer que o aborto é um crime”¹²⁵.

Em um de seus documentários feito em vídeo, cujo nome é “O Grito Silencioso”, ele vai falar com detalhes o processo de um aborto por sucção. O doutor diz que é inserido um tubo até o útero da mulher e chegando ao ponto, é ligada a máquina onde o nascituro começa a ser sugado, através imagens ele pode ver a criança tentando lutar contra a morte, e que seus batimentos cardíacos vão chegar a mais de 200 batimentos por minuto, o feto antes da morte é levado a torturas exaustivas até que se consuma o aborto.¹²⁶ Existe outros métodos como o de curetagem, onde se usa uma cureta cirúrgica, essa vai cortando a criança e a placenta em pedaços e depois a equipe médica terão que juntar as partes para certificar que não restou nenhum ou pedaço no ventre da genitora¹²⁷. Não por menores das torturas, não ficará de fora o

¹²³ BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm > Acesso em: 21/02/2016.

¹²⁴ Universo católico. **A mão de Deus.** Disponível em: <<http://www.universocatolico.com.br/index.php?a-mao-de-deus.html>> acesso em 19/06/2016.

¹²⁵ Loc.cit.

¹²⁶ You Tube. **Aborto – o grito silencioso – completo – dublado PT-BR.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZtelEYPnmjo>> acesso em 19/06/2016.

¹²⁷ Aldeia. **Métodos de fazer aborto: Dilatação e curetagem (6-16 semanas).** Disponível em: <<http://aborto.aaldeia.net/metodos-aborto-dilatacao-curetagem/>> acesso em 19/06/2016.

método feito com líquido salino, esse é feito através do saco amniótico da mãe, aonde chega ao pulmão da criança, esse procedimento leva a criança a horas de sofrimento, lhe causando queimaduras nos pulmões e pele levando a morte por. Obtendo êxito no procedimento, a mãe entra em trabalho de parto no dia seguinte para a retirada do feto morto.¹²⁸ Vale ressaltar que o crime de tortura não é só vedado na Constituição Federal, mas também visto como na LEI 8.072/1990 (LEI ORDINÁRIA) 25/07/1990, onde em seu artigo 2º vai lhe ser dado uma sanção.

4.3 A INTRANSCEDÊNCIA DA PENA

A Constituição Federal tem por dever proteger as garantias e liberdades individuais, a fim de resguardar cada indivíduo das arbitrariedades e abusos de poderes, com isso coordenar o direito de punir do Estado. Para que possa exercer com tal objetivo, a Constituição Federal dispõe de princípios para direcionar a ação do Poder Judiciário em áreas distintas.

Dentre as atuações do Estado, é notória uma reserva especial para com o Direito Penal, pois dessa advêm inúmeras resultados negativos, que macula até direitos inerentes a pessoas, como o direito de ir e vir, direito de não sofrer torturas, direitos esses que têm que ser imaculado em um Estado Democrático. Haja vista que a maioria dos princípios constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição Federal vai estar vinculada ao direito penal. Todos contêm imensa importância, todavia, há entre eles, um que merece um destaque. Esse princípio se encontra no artigo 5º, XLV da CF, que diz; "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido" ¹²⁹. Princípio este, conhecido como Intranscendência da Pena, que anuncia a impossibilidade de se transferir os efeitos da pena para outra pessoa que não tenha tido participação no crime. Esse princípio vai garantir que somente aquele que agiu em um crime, possa ser este penalizado, não sendo estendida as em face de terceiros que não participaram do ato ilícito.

¹²⁸ A Aldeia. **Métodos de fazer aborto: envenenamento salino (16-32+semanas)**. Disponível em: <<http://aborto.aaldeia.net/metodos-aborto-envenenamento-salino/>> acesso em 19/06/2016.

¹²⁹BRASIL. Constituição (1988).**Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:Senado 1988.

O jurista Marcelo Novalino¹³⁰ vai mostrar uma imensa preocupação na descriminalização do aborto, e se com essa autorização do Estado, outros direitos fundamentais ficarão sensíveis a inconstitucionalidade¹³¹.

A partir da dimensão objetiva (dever de proteção do Estado), discute-se se a não criminalização do aborto seria compatível com a proibição de proteção insuficiente, a qual ocorre quando as medidas adotadas pelo Estado não são aptas para garantir uma proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais¹³².

Novelino vai mencionar que o direito a vida é uma proteção contra violações do estado, inclusive em face de seu próprio titular¹³³.

A inviolabilidade, consistente na proteção do direito à vida contra violações por parte do Estado e de terceiros, não se confunde com a irrenunciabilidade, característica distintiva dos direitos fundamentais que os protege inclusive em face de seu próprio titular.¹³⁴

Ao se analisar um crime de estupro, e sanções referidas a ele, pode afirmar que o princípio da intranscendência da pena nesse bojo, está sendo lesada, pois se formos qualificar as partes, quem na realidade estará no pólo passivo dessa ação? Quem pagará com a própria vida pelo crime relatado nos autos? Podemos contar como partes do processo; a vítima, nesse caso é a mulher que sofreu o estupro, o réu que é o agente do crime, a promotoria e a defensoria pública e a figura do magistrado. Nesse caso hipotético, não parece está faltando mais alguém para nessa demanda? É lamentável saber que em um crime onde o Supremo Tribunal Federal reconhece como hediondo¹³⁵ venha ser tratado com tanta leviandade, pois onde encontramos um homem que ao ter desejos sexuais por uma mulher, todavia, sem o seu consentimento, a força ter com ele conjunção carnal, atos esses que irão gerar grandes consequências físicas e psicológicas para a mulher estuprada. Esse agente que aqui fará parte do pólo passivo da ação estará sujeito no máximo, a trinta anos

¹³⁰ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

¹³¹ Loc.cit.

¹³² Loc.cit.

¹³³ Loc.cit.

¹³⁴ Loc.cit.

¹³⁵ JusBrasil. **STJ: Qualquer estupro é crime hediondo.** Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/100108638/stj-qualquer-estupro-e-crime-hediondo>> acesso em 19/06/2016.

de reclusão, com fulcro no art. 217-A, §4º do Código Penal¹³⁶, no entanto aquele que não foi mencionado nos autos (o nascituro) pagará com sua própria vida. Se existe uma pena maior no crime de aborto (a pena de morte), vale ressaltar que anteriormente foi discutido sobre a pena de morte, que é a pena dada ao nascituro, que data vênua, culpa nenhuma tinha sobre ele, mas mesmo assim pagará com sua vida, a quem na verdade deveria recair essa pena? Creemos que todos concordariam no nível de que se fosse feito justiça, essa sanção deveria recair sobre o estuprador. Então, porque no caso em tela, houve o rompimento do princípio da intranscendência da pena? Estaria ou não, sendo lesado esse princípio que no texto supra mencionado, seria um dos princípios que iria merecer um destaque maior?

¹³⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848/1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso em 19/06/2016.

5. CONCLUSÃO

Venho concluir o presente trabalho, expondo a temática do assunto em um teor de compromisso com o respeito aos direitos fundamentais, ao qual expõe a nossa Carta Magna, respeito principalmente a dignidade da pessoa humana, nesse caso, o princípio a inviolabilidade à vida. Durante o tempo que me dispus para a excelência desse trabalho, pude me convencer ainda mais a respeito da posição tomada pelo legislador no que tange o artigo 128 II do Código Penal, pois esse artigo vai transcender invariáveis normas constitucionais, e princípios fundamentais inerentes a vida, fazendo valer posições infundáveis relacionada à descriminalização do aborto em caso de crime de estupro. Quero ressaltar aqui que a nenhum momento vemos campanhas relacionando as consequências para aquelas que cometem o aborto, pois no trabalho veio a tona algumas dessas consequências. Realmente às vezes me levo a pensar se o interesse do Estado em descriminalizar o aborto tem como interesse única e exclusivamente a dignidade humana, dando a mulher o direito sobre seu corpo, ou se há algum viés de interesses políticos e econômicos, pois como mencionado no trabalho, o Estado disponibiliza um valor irrisório para o procedimento do aborto, valor esse que não chega aos míseros R\$ 500,00 (quinhentos reais), digo “miseró”, pois ao se tratar do que está em questão aqui que é a vida, tenho a essa, um valor imensurável. Haja vista que como mencionado em textos supracitados, ficaria bem mais oneroso ao Estado manter essa gestação com todos os amparos inerentes a gestante e ao nascituro, pois não se trataria de uma gestação simplesmente dita, mas uma gravidez com grandes consequências, onde não bastariam somente acompanhamentos corriqueiros como no caso o pré-natal, mas sim, a assistência de outros profissionais, como psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais entre outros. Teria o Estado alguma interesse em manter essa gestação?

E o que falar do Poder Judiciário em relação ao caso em tela? Tantas são as incoerências jurídicas relacionadas ao crime de estupro, no caso aqui, se trata do artigo 128 II do Código Penal, como a omissão da nossa Constituição Federal em recepcioná-la. Pois bem, muito se falou na famosa ADPF/54, onde trata de nascituros anencéfalos. Novelino¹³⁷ vai percorrer sobre o assunto.

¹³⁷ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1.

Em que pese não existir no Direito brasileiro norma legal fixando o termo inicial da inviolabilidade do direito à vida, a Lei 9.434/1997 e a Resolução 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina consideram que um indivíduo está morto quando cessa completamente sua atividade cerebral, ou seja, com a morte encefálica.³⁹ Utilizando-se esse mesmo critério, pode-se argumentar que, a contrario sensu, a proteção jurídica à vida humana deve se iniciar com a formação da placa neural.⁴⁰ Nesse sentido, o entendimento foi adotado por alguns Ministros do STF no julgamento da ADPF 54/DF. O Min. Celso de Mello ponderou que o feto anencéfalo, por não ter cérebro e nem a possibilidade de desenvolver atividade cerebral, por analogia, não pode ser considerado um ser humano vivo¹³⁸.

Nessa ADPF foi mencionada a resolução do Conselho de Medicina para quem analogia foi deferida o pedido do aborto eugênico, pois se a vida se encerra com a morte cerebral então por analogia se pode dizer que o feto anencéfalo seria um natimorto ou morreria logo após o parto.

Agora fica aqui uma indagação, se fosse expedida uma ADPF, arguindo a não recepção do artigo 128 II do Código Penal, com que base se indeferiria essa ADPF? Já que agora, estamos tratando de um nascituro saudável, onde suas funções cerebrais estariam totalmente sãs.

Poderia ousar e dizer que se argüísse uma ADPF pedindo a não recepção do artigo 128 II do Código Penal, com base em analogia a ADPF/54, relatando que, a mencionada ADPF expõe uma Resolução do Conselho de Medicina, e a usa em analogia para que se fosse resguardado o direito da gestante e descriminalizado o aborto em caso de feto anencéfalo, pois esse já seria considerado inviável a vida extra-uterina, pois não existe nem função cerebral, ao mesmo tempo, em analogia à mesma ADPF/54, o nascituro resultante do estupro teria então sua vida resguardada, pois se tratava de um feto totalmente saudável.

Finalizo esse trabalho dizendo que artigo 128 II do Código Penal, com certeza não deveria ser recepcionado por nossa Constituição Federal de 1988, e que aos futuros juristas sejam dadas oportunidades de se usarem o livre convencimento para abordarem sobre assuntos tão sérios, sem a intervenção arbitrária do Estado e do Poder Judiciário. Que esses sejam apenas fiscais das leis, e que se desvencilhe de viés políticos e se atentem somente a justiça.

Tive a idéia desse tema logo no primeiro período, e muitos foram os conselhos para que eu desistisse de falar sobre tal assunto, pois esse já estava positivado, e

¹³⁸ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

consumado pela posição majoritária. Todavia, foi também no primeiro período que ouvi uma frase que guardei em “sete chaves” e a levarei comigo como o principal conceito de justiça.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.” (Eduardo Juan Couture)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

JusBrasil. STJ: Qualquer estupro é crime hediondo. Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/100108638/stj-qualquer-estupro-e-crime-hediondo>> acesso em 19/06/2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso em 19/06/2016.

BRASIL. Direito Penal (1940). Decreto Lei nº 2.848. Brasília, DF: Senado 1940.

LUNA, Pedro Mendes. A inconstitucionalidade da isenção de pena para o aborto em caso de gravidez mediante estupro. Disponível no site: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-inconstitucionalidade-da-isencao-de-pena-para-o-aborto-em-caso-de-gravidez-mediante-estupro,45666.html>> Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

Aulete Digital. Gravidez. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/gravidez>>

VILADRICH, Pedro-Juan, Aborto e a Sociedade Permissiva. São Paulo: Quadrante, 199. *Apud* COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF.p.13. Disponível em: <<file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf>>

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acessado em 19/06/2016.

BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>

BRASIL. Direito Penal (1940). **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado 1940.
GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Crimes Contra a Pessoa**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p.113

<http://www.historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>> acesso em: 08 de outubro de 2015.

WYLLYS, Jean. **PL nº 882/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015>

O GLOBO. **Procedimento de aborto legal entra na tabela do SUS**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/procedimento-de-aborto-legal-entra-na-tabela-do-sus-12573434>>
<http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc80915>

Publicação: **VIDA: o primeiro direito da cidadania**, p. 10 *Apud* GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Crimes Contra a Pessoa**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p.113