

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 901

(Ano XI)

(13/04/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

COLONISTA DA SEMANA



11/04/2019 Luiz Flávio Gomes

» [Luta contra a corrupção reduz desperdícios, gera impostos e mais educação FMI](#).....04

ARTIGOS

12/04/2019 Davi Barretto Dória

» [Da utilização da teoria da constelação de indícios para a constituição de prova de assédio moral na Justiça do Trabalho](#).....06

12/04/2019 Gisele de Assis Campos

» [Considerações sobre o cadastro positivo de crédito após o advento da Lei Complementar nº 166/2019](#).....19

12/04/2019 Leandro Soares Viegas

» [A \(in\)constitucionalidade dos delitos de acumulação](#).....28

11/04/2019 Ivan Moraes Ribeiro

» [A acumulação de cargos públicos e o limite de carga horária semanal](#).....96

11/04/2019 Marina Borges de Freitas

» [O STF e a possibilidade da execução provisória da pena: considerações histórico-jurisprudenciais](#).....109

11/04/2019 Nikolly Sanches Aragão

» [A descriminalização do aborto no Brasil](#).....130

10/04/2019 Sidio Rosa de Mesquita Júnior

» [A presunção de vulnerabilidade ante a Lei n. 13.718, de 24.9.2018, e a hipervalorização do punitivismo na ordem jurídica brasileira](#).....150

10/04/2019 Horígenes Fontes Soares Neto

» [Programa universidade para todos: um breve ensaio sobre a ampliação do acesso à educação por meio da iniciativa privada](#).....174

09/04/2019 André Ricardo Peixoto	
» Serviços Públicos, Reserva do Possível e Princípio da Razoabilidade	183
09/04/2019 Júnior Barrientos Monteiro de Souza	
» Admissibilidade da condução coercitiva para realização do interrogatório	230
09/04/2019 Higor Sanitá Arantes	
» Efeitos constitucionais ligados a inviolabilidade de domicílio	249
08/04/2019 Melyssa Inêz Silva Carneiro	
» A aplicabilidade da Lei Maria da Penha para travestis e transexuais	262
08/04/2019 Laira Caroline Sussi	
» Aborto: direito à vida	278

LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO REDUZ DESPÉRDÍCIOS, GERA IMPOSTOS E MAIS EDUCAÇÃO (FMI)

LUIZ FLÁVIO GOMES: Deputado Federal por São Paulo (2019-2023) - é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Mentes insanas e mentecaptas afirmam que operações de combate à corrupção (como a Lava Jato, enquanto dentro da lei) são contra a economia e o seu crescimento (seriam contra o Mercado, contra o empreendedorismo, contra as empresas).

Tese absurda, de baixa densidade ética e prática. Imoralidade manifesta. Ninho de interesses escusos (contrários ao interesse geral). Amídalas cerebrais esclerosadas.

O combate à corrupção tem que ser duro e eficiente, eliminando-se do Estado e do Mercado os ladrões, porém, não pode fugir da legalidade nem ser seletivo. Contra todos, "erga omnes". Não importa a ideologia do ladrão (de esquerda, de centro ou de direita).

FMI comprova: a luta global contra a corrupção poderia render 1 trilhão de dólares por ano aos Estados, ou seja, 1,25% do PIB mundial (estudo do Fundo Monetário Internacional divulgado em 4/4/19).

Desse documento extraímos que os países menos corruptos arrecadam mais. Que a corrupção sistêmica estimula a sonegação difusa ("se todo mundo está roubando porque eu pagaria impostos"). Degeneração ética coletiva.

Que o combate efetivo da corrupção induz ao uso mais eficiente dos recursos públicos. Melhora a confiança dos cidadãos nas instituições e nos governos assim como a qualidade da educação. Reduz subornos e potencializa a meritocracia, nos concursos bem como nas licitações. Tudo isso significa melhor governança, que propicia mais investimentos.

No topo das economias mais avançadas, os 25% melhores conseguem, em média, 4,5% mais de PIB (que os 25% piores). Nas economias mais frágeis, a diferença chega a 4% do PIB.

Quanto mais corrupto o país, mais recursos públicos são desperdiçados. Fortalecem riquezas particulares ou partidárias, em detrimento dos serviços públicos.

Há muita fraude nas contratações públicas (sobretudo na Itália, na Espanha e na Grécia, disse o FMI). Alguns setores da economia são mais vulneráveis à corrupção (setor de minérios e de petróleo, aquisição e administração de empresas públicas).

Quanto menos empresas públicas concorrem com o Mercado, menos, evidentemente, corrupção. Isso não significa privatizações por preços e condições aberrantes (tais como as que ocorreram na América Latina). Antídotos: absoluta transparência e supervisão meticulosa, imprensa livre e sociedade civil forte.

Outras medidas: profissionalização da administração pública, contratação pelo mérito, regras fiscais, códigos comerciais e sistema tributário simples, que evitem disputas judiciais ou estimulem a corrupção.

Licitações online são uma forma rápida e segura de contratação pública. Coreia do Sul avançou muito nessa área. Pode ser modelo de inspiração.

DA UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA CONSTELAÇÃO DE INDÍCIOS PARA A CONSTITUIÇÃO DE PROVA DE ASSÉDIO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

DAVI BARRETTO DÓRIA: Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. É servidor público efetivo e membro da comissão de advocacia estatal da OAB/SE. Atuante nas áreas de Direito Tributário, Direito Público (Administrativo, Constitucional), contratual e de startups. Foi advogado responsável pela condução dos processos coletivos nos Estados de Alagoas e Mato Grosso no escritório "Fernandes Advogados Associados". Aprovado para o cargo de Procurador na Procuradoria do Estado de Sergipe (10º lugar), ALESE (1º Lugar), PGM/BH e PGM/POA, dentre outros, no total de 10 certames. Foi Monitor de Direito Civil.

I. INTRODUÇÃO

Na rotina da Justiça do Trabalho, é comum se deparar com diversos casos em que há descrição de situações vexatórias e que se enquadram no que a doutrina e jurisprudência denominam assédio moral, ou mobbing. Porém, o parco conjunto probatório apresentado nos autos torna difícil a tarefa do magistrado de trazer a lume a realidade fática e concretizar a "Justiça" nos moldes delineados pelo jusfilósofo Alf Ross, no sentido de ser uma exigência de que a decisão do caso individual aplique corretamente o direito vigente (1).

Sendo o princípio tuitivo a própria razão de ser da Justiça do Trabalho, é impensável deixar o trabalhador desabrigado numa situação de vulnerabilidade quando vítima de assédio moral, por meras exigências formais de formação do ônus probatório. O Assédio Moral no ambiente do trabalho tem crescido em dimensão com o passar dos anos, corroendo a saúde do empregado e o meio ambiente do trabalho. Tal fato implica o aumento da importância de uma análise

cautelosa sobre seus principais aspectos e formas de constituição de provas nos processos dos abusos ocorridos.

Assim, a Teoria italiana da Constelação de Índícios vem em socorro dos aplicadores do direito numa forma de buscar-se uma alternativa para a solução das questões de assédio moral postas a julgamento.

Ainda pouco utilizada pelos tribunais pátrios, este artigo visa a entregar uma melhor fundamentação jurídica da Teoria ora proposta, para uma sedimentação deste caminho com uma resposta mais justa aos anseios propostos nas Reclamações Trabalhistas que versam sobre esse tipo de dano moral.

II. BREVES PALAVRAS ACERCA DO ASSÉDIO MORAL

II.I ORIGENS

A despeito de este tema estar em voga atualmente, sua origem é remota e está ligada à própria natureza humana. Em princípio foi tido como evento natural, sem se buscar os seus efeitos sobre a vítima e sobre o ambiente laboral, ultimamente vem se aprofundando os estudos para efetivar o combate a esta prática absolutamente nociva.

A cultura competitiva do mercado tem, inclusive, estimulado o assédio moral sob a forma de *straining*, que "estica" o trabalhador até seu limite, implementando uma cultura de disputa nociva e cruel dentro da empresa, que também deve ser desestimulada no meio ambiente do trabalho.

Muito mais popular na mídia, e conseqüentemente mais conhecido no meio social, o assédio sexual foi, durante muito tempo, o único tema, dentro da esfera do assédio, debatido na seara trabalhista, que hoje tem se empenhado em olhar para outras direções na tentativa de ampliar a proteção do trabalhador hipossuficiente.

As primeiras ciências que se debruçaram sobre o Assédio Moral foram a Psicologia e a Biologia, tendo como precursores os estudiosos: Marie-France Hirigoyen (2), Konrad Lorenz (3), Peter-Paul Heinemann e Heiz Leymann , que analisaram milhares de casos e chegaram a importantes conclusões, as quais auxiliam ainda hoje no trabalho do Magistrado.

O estudo do psicólogo alemão Heiz Leymann desenvolvido na Suíça, na década de 80, sobre os efeitos causados pelo Assédio Moral no Trabalho na saúde do trabalhador, fixaram como paradigma a ainda atual necessidade de se demonstrar os reflexos que o alegado assédio causou na saúde da suposta vítima.

No ramo da biologia, Konrad Lorenz dedicou-se a estudar grupos de pequenos animais e a forma extremamente hostil e em conjunto como reagem quando, propositalmente, tinham seu terreno invadido por algum animal maior. Esta reação comportamental curiosa foi cunhada pelo estudioso de "mobbing", que foi, mais tarde, aprofundada pelo psicólogo Leymann.

De origem inglesa, o verbo "to mob", segundo explicação de Hirigoyen, significa atacar, maltratar, sitiar, perseguir. O substantivo "mob" representa turba em multidão, e quando utilizado como substantivo próprio refere-se à máfia. Portanto, esse segmento de violência caracteriza-se por perseguições coletivas, ligadas à organizações.

Do ponto de vista histórico, identifica-se o Assédio Moral no ambiente do trabalho já nas raízes da Revolução Industrial, em decorrência dos novos valores inaugurados por este acontecimento, responsável, inclusive, pelo surgimento do próprio Direito do Trabalho. Com os ideais de máximo lucro e mínima intervenção estatal, a precariedade das condições laborais só cresciam e o ambiente era extremamente propício para a disseminação de práticas abusivas.

II.II PROTEÇÃO CONTRA O ASSÉDIO MORAL NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Passando pelo período escravocrata, denominado de "pré-história" do Direito do Trabalho, atravessando a pressão capitalista do Reino Unido para o ingresso do Brasil na era da Revolução industrial, perpassando pela Constituição de 1934 que previu o Direito do Trabalho e direitos básicos, cruzando pelo período de exceção com perda de direitos trabalhistas de 1964 a 1985, chegaremos em fim à Carta Magna de 1988, na qual que a dignidade da pessoa humana passou a orientar não só as disposições em relação ao trabalho, mas também passou a ser valor supremo do ordenamento jurídico. A valorização do trabalho humano, consoante caput do art. 170, consagrou-se como fundamento da ordem econômica.

Ademais, o art. 225 da CRFB ao tratar do meio ambiente, garante ao empregado um local de trabalho equilibrado e saudável.

Contudo, apesar da evidente importância da presente discussão no contexto trabalhista atual, nosso ordenamento jurídico ainda carece de legislação acerca do tema. Alguns Estados e Municípios promulgaram leis que vedam esse tipo de conduta, porém tanto não se estende para os trabalhadores em geral, quanto não há legislação da União a respeito do tema.

A despeito das discussões acerca da constitucionalidade dessas leis estaduais e municipais, ante a inexistência de lei complementar tal como previsto no art. 22, parágrafo único, CRFB, tendo em vista a matéria trabalhista em questão, é mister salientar que como nosso sistema da Civil Law é calcado nas normas jurídicas escritas e promulgadas, a ausência de representatividade o tema do Assédio moral na legislação pátria pode dificultar a concretização de direitos dos trabalhadores.

Assim, no atual ordenamento jurídico brasileiro, de maneira geral, convivemos apenas com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

II.III CONCEITO, ELEMENTOS E TIPOS DE ASSÉDIO MORAL

Como o legislador pátrio ainda não delimitou as características específicas desse fenômeno, a doutrina e a jurisprudência têm trabalhado no sentido de encontrar unanimidade no conceito atribuído ao Assédio Moral no Trabalho.

Nas palavras de Robson Zanetti (4):

“O assédio moral se define pela intenção de uma ou mais pessoas praticarem, por ação ou deixarem de praticar por omissão, de forma reiterada ou sistemática, atos abusivos ou hostis, de forma expressa ou não, contra uma ou mais pessoas, no ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, principalmente por superiores hierárquicos, após, colegas ou mesmo por colegas e superiores hierárquicos e em menor proporção, entre outros, por inferiores hierárquicos e clientes, durante certo período de tempo e com certa

frequência, os quais venham atingir a saúde do trabalhador, após o responsável ter sido comunicado a parar com eles e não ter parado.”

A preciosa conceituação feita por Zanetti aborda os principais elementos trazidos pela mais importante doutrina moderna como imprescindíveis para a caracterização do Assédio Moral no Trabalho.

Marie-France Hirigoyen (5), por sua vez, conceitua assédio moral no trabalho como sendo:

“Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho”.

O Assédio não é um simples stress causado pelas exigências do dia-a-dia, também não é um simples dano moral por situação humilhante. Nos dizeres de ZIMMERMANN (6): *“um chefe de personalidade exigente, meticulosa, que exige a excelência do trabalho ou um determinado comportamento profissional não pode ser visto como agressor, porquanto sua conduta insere-se dentre as prerrogativas de seu poder diretivo e disciplinar”*

Por conta disso, como se vê, tanto doutrinariamente, quanto jurisprudencialmente, exigese que se façam presentes vários elementos caracterizadores do fenômeno aqui discutido. Ora, esses traços elementares precisam ser estudados e discutidos, a fim de evitar excessos que permitam que qualquer conduta seja considerada como Assédio Moral no trabalho.

Sobre quantos e quais são, especificamente, tais elementos, não há um consenso geral, até mesmo por conta da já mencionada indiferença legislativa.

A doutrina majoritária entende necessária a presença de elementos como: ato hostil, natureza psicológica, repetição, atingir a saúde do trabalhador. Quanto à exigência de dolo ou culpa, esta é discutível já que a comprovação do dolo pode

se tornar uma prova diabólica para o reclamante, uma vez que esta é uma condição extremamente particular do intento do agressor, que na prática é de difícil caracterização. Assim, apesar do respeito às opiniões contrárias, parece caminhar melhor a doutrina que entende não ser a comprovação do dolo ou culpa do agressor ao praticar o assédio moral para que não se retire, por excesso de exigências, indiretamente da esfera do trabalhador seu direito fundamental à dignidade, à honra [art. 5º, X, CFRB] e ao Meio Ambiente do Trabalho [art. 225, CFRB].

Outrossim, constatada as demais condições, ainda que não se tenha meios para a comprovação do dolo específico, haveria, no mínimo a presença do dolo eventual, decorrente da assunção dos riscos por parte do agressor ao adotar comportamentos claramente assediadores. Dessa forma, o dolo eventual já seria mais que suficiente para atender aos requisitos de caracterização em juízo do assédio moral no ambiente de trabalho.

III. DA CONFIGURAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Como exposto anteriormente, a doutrina e a jurisprudência traçaram ao longo dos anos diversos elementos comuns a todo assédio moral, sendo exigível do reclamante a comprovação da ocorrência destes no seu caso concreto para poder pleitear uma indenização por danos ao seu patrimônio imaterial.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

Muito se discute atualmente sobre o assédio moral, no ambiente de trabalho, que se caracteriza, de maneira geral, pela prática sistemática e reiterada de atos hostis e abusivos por parte do empregador ou dos demais colegas de trabalho, em face de determinado trabalhador, com o objetivo de atingir sua integridade física e/ou psicológica, degradando as condições de trabalho e comprometendo o desenvolvimento da atividade laboral.

Embora ainda não tipificado na legislação federal trabalhista, o assédio moral e seus efeitos indenizatórios derivam diretamente da Constituição da República, que firma como seus princípios cardeais o respeito à dignidade

da pessoa humana (art. 1º, III, CF), à vida e à segurança (art. 5º, caput, CF), ao bem estar e à justiça (Preâmbulo da Constituição).

Desse modo, para a configuração do dano, as agressões morais devem ocorrer de forma direcionada, corriqueira e repetitiva no ambiente de trabalho, ocasionando graves transtornos à saúde do trabalhador e dificuldades para a realização do serviço.

(RO 0037500-182013.5.17.0141 Rel: DESA CLAUDIA CARDOSO DE SOUSA TRT 17, Julg 17 jul 2014).

Por não haver um consenso na doutrina e jurisprudência acerca de quais são exatamente os elementos necessários para a comprovação do assédio moral, mormente a ausência de lei federal a esse respeito, ao julgar, cada magistrado vai impor a comprovação de cada um dos elementos que particularmente julga essenciais para a configuração do assédio. Fator que pode levar à impossibilidade de o autor alcançar seu objeto mediato na lide.

Ao analisar, o magistrado por vezes encontra obstáculos em verificar através de prova sólida a configuração do assédio moral de acordo com os elementos que julga ser necessários para tal.

Saliente-se que as ofensas no assédio moral às vezes são mais sutis, mas não menos cruéis. Olhares de desprezo, a atribuições de tarefas menosprezadas, ou a ausência de atribuição de tarefa, o menosprezo pelo trabalho do outro, as constantes críticas até à capacidade intelectual do empregado, a colocação de apelidos, são exemplo de condutas que praticadas reiteradamente podem afetar a saúde do trabalhador e ferir sua dignidade ocasionando o assédio moral.

E é nestes casos mais silenciosos e menos evidentes que reza a dificuldade de constituição de prova do ocorrido.

Eventualmente o assédio é cometido a quatro paredes, sem a presença de testemunhas, e não deixa de ter efeitos devassadores sobre a vida pessoal e profissional daquela vítima. Nesses casos os colegas de trabalho podem notar

mudança comportamental do assediado, ou condutas do assediador que indiquem uma diferença de tratamento em relação àquela pessoa, o próprio médico psiquiatra ou o psicólogo também podem relatar traços comuns de distúrbios psicológicos decorrentes desse tipo de violência.

Porém, por vezes esses elementos isoladamente não se configuram como uma prova robusta da ocorrência do mobbing, deixando o juiz de dar provimento ao pleito autoral por falta de embasamento técnico para sustentar uma decisão nesse sentido.

Assim, a configuração do assédio moral através de provas sólidas dos elementos que a doutrina e jurisprudência determinam como essenciais para a constatação da violência tem se tornado um empecilho à garantia dos direitos fundamentais do trabalhador.

IV . UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA CONSTELAÇÃO DE INDÍCIOS NA CONFIGURAÇÃO DE ASSÉDIO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

É nesta zona cinzenta acima relatada, quando há dificuldade de se identificar uma prova sólida da efetiva configuração do assédio moral, é que o magistrado deve buscar meios alternativos de concretizar as garantias constitucionais de respeito à dignidade do trabalhador e a saúde do meio ambiente do trabalho.

Num confronto entre a formalidade exigida pela doutrina clássica que enumera um rol de elementos divergentes entre si, porém numeroso, e o princípio da primazia da realidade, exercendo a ponderação do princípio da proporcionalidade alemã e sua vertente norte-americana, o princípio da razoabilidade, parece andar melhor aquela vertente que dá preferência à garantia dos direitos do obreiro que teve sua dignidade vilipendiada pelo assédio.

Porém, como compatibilizar tal garantia com o sistema de convencimento motivado insculpido no art. 371, CPC/15, que perdeu o adjetivo “livre” numa clara demonstração legislativa da necessidade de fundamentação dos julgados para a garantia do devido processo legal.

Para tal desiderato, observe-se a distribuição dinâmica do ônus de prova no direito comparado.

No Direito Alemão põe como requisito justificador do uso desse instituto o chamado 'Anscheinsbeweis', qual seja a premente verossimilhança. Quer dizer, seria suficiente que o empregado aduzisse em juízo que sofreu assédio moral, e que este fato se mostrasse verossímil para o magistrado, para que este aplicasse a repartição do ônus da prova. Nas palavras de Michelle Taruffo (8):

“Trata-se de uma noção, criada pela jurisprudência e inexistente no direito escrito, mas amplamente analisada pela doutrina, que cataloga hipóteses, especialmente frequentes nos casos de prova do nexo causal e da responsabilidade para fins de reparação dos danos, mas também presente em outros setores, nos quais se admite que uma parte prove apenas a aparência ou a verossimilhança do fato, deixando para a outra parte o ônus de provar que o fato não se verificou.”

Tem-se também a instrumentalidade do processo, e a ponderação harmônica como motivadores da aplicação dinâmica do ônus probandi.

Em outra acepção, a doutrina italiana tem apontado que quando o magistrado, analisando as evidências constantes nos autos, ainda que ausente uma prova robusta, pode reunir todos os indícios presentes para enxergá-los como um só elemento e assim poder embasar o pedido de condenação por assédio moral.

Essa Teoria é nominada de Constelações de Indícios e ainda é pouco utilizada pelos tribunais pátrios, a despeito da solução que traz à problemática ora abordada e muitas vezes enfrentada na prática pelo julgador.

Saliente-se, contudo, que a constelação de indícios não se resume à presença de um mero indício. Há um conjunto de indícios que se reúnem, e se complementam informando sobre determinado fato, apresentando-se como justificadores das decisões quando inexistem no processo trabalhista provas inequívocas sobre o alegado.

No Direito italiano, a constelação de indícios é amplamente utilizada com o fito de reduzir as discriminações no processo laboral:

"[...] trata-se de uma modificação judicial do ônus da prova porque é o juiz, no momento que considera suficiente que uma parte produza uma esquema indiciário típico, sem produzir a verdadeira prova do fato, que reverte sobre a outra parte o ônus de provar o contrário." (9)

Contudo, se não houver nenhum indício sequer do assédio aduzido [verbi gratia, tratamento diferenciado, alteração brusca no horário de trabalho, períodos constantes de doença psicológica, queda repentina na produtividade etc.], o julgador não pode sedimentar sua decisão sob pena de acreditar em estória deveras fantasiosa, e atingir o Devido Processo Legal.

As raízes romanas de nosso direito, e a necessidade histórica de embasamento lógico de analítico da civil law, por um lado engessa o poder criativo e sensitivo do magistrado, mas por outro inibe certos equívocos oriundos da simples percepção do julgador.

Os desacertos na apreciação da causa são inevitáveis. Não há fórmulas matemáticas capazes de valorar os indícios encontrados no processo. E, ainda que se tente criar tais fórmulas, a natureza mutante humana surpreenderá ao modificar todos os parâmetros e paradigmas estáticos.

Ao examinar os fatos e indícios propostos na causa, especialmente na causa trabalhista, o juiz deve fazê-lo buscando a luz dos Princípios constitucionais, que informarão a hipossuficiência do empregado como também a ponderação e proporcionalidade ao acatar os fatos trazidos como pura realidade.

Contudo, verificando a existência de diversos dados pontuais que isoladamente podem não formar uma prova tal como concebida no Direito Processual clássico, mas somadas trazem a lume as agressões sofridas reiteradamente pelo trabalhador em seu ambiente de trabalho, o Magistrado pode se socorrer da Teoria da Constelação de Indícios.

Os tribunais pátrios ainda usam timidamente a Teoria ora debatida, confira-se o julgado pioneiro:

*"EMENTA- INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS -
ASSÉDIO SEXUAL - CONSTELAÇÕES DE INDÍCIOS -*

CARACTERIZAÇÃO. Para a indenização por danos morais tendo como causa de pedir o assédio sexual é incabível a exigência de prova cabal e ocular dos fatos, uma vez que o assédio sexual, por sua natureza, é praticado, estrategicamente, às escondidas. Se houver fortes e diversos indícios apontando para a conduta abusiva do ofensor, deixando evidente o constrangimento reiterado sofrido pela vítima, pode-se concluir pela caracterização do assédio sexual, ou seja, a partir da constelação de indícios tem-se por configurada a prática do ilícito e o conseqüente deferimento do pleito indenizatório" (TRT - 3 R.; RO nº 01302-2010-129-03-00-9; Publicação: 13/7/2011; Segunda Turma; Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira; DEJT: 12/7/2011, p. 98).

Ademais o doutrinador Guilherme Feliciano (7) parece também reconhecer a importância da utilização dessa Teoria pelos Magistrados Trabalhistas ao salientar:

"Evidência disso é que a própria jurisprudência do C. TST tem se encaminhado no sentido de relativizar o standard do art. 333/CPC (Súmula 212, 338; OJ/SDI-1 233, etc), em conformidade com a característica da lide e o objeto do processo. Daí porque, no processo do trabalho, deve prevalecer a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada, mas sem as peias dos arts. 818/CLT e 333/CPC (...). Para tanto, o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos já consagrados pela doutrina alienígena, como são a tecnologia das constelações de indícios (Legge n. 05/1991), a tecnologia alemã da "Anscheinsbeweis" (prova da verossimilhança), as funções mesmas do processo (aplicação do princípio da instrumentalidade à distribuição do ônus da prova) e, notadamente, o contexto jusfundamental, i.e., a consideração dos direitos fundamentais que estão em jogo no processo (ponderação harmônica - Konrad Hesse).

Nesse particular, tem especial interesse o problema das inversões do ônus da prova no processo laboral. E, a esse propósito, interessa desde logo isolar as quatro classes de ações em que o mecanismo se impõe (...): a) as ações judiciais que denunciam discriminações (em geral e nas relações de trabalho); b) as ações judiciais que denunciam os atentados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...); c) as ações judiciais que denunciam atos de violação da privacidade e da intimidade da pessoa humana (...); d) as ações judiciais que denunciam assédio sexual e/ou assédio moral ('mobbing')”.

Compulsando os julgados que se utilizam da referida teoria, percebe-se que ainda é para a constituição de provas de assédio sexual. O uso da Constelação de Índícios na formação probatória de assédio moral é incrivelmente raro, o que denota que esta teoria ainda precisa ser mais difundida ante a sua ampla utilidade que pode facilitar a tomada de decisão pelo julgador. O assédio moral, por suas características intrínsecas, muitas vezes é praticado de forma silenciosa ou presenciado por colegas que preferem não se indispor com o assediador.

Assim, utilizando-se da Constelação de Índícios, o magistrado consegue captar dentre os vários indícios surgidos ao longo da instrução processual, fundamentando a sua decisão, respeitando tanto o direito ao contraditório e ampla defesa do demandado, como também concretizando os Direitos de terceira Geração, também chamados de direitos de solidariedade, neles compreendidos o direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado, conforme disposto no artigo 225 da Constituição Federal, livre que qualquer assédio moral.

V. BIBLIOGRAFIA

- (1) ROSS, Alf. Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2000, p. 330-331.
- (2) HIRIGOYEN, Marie-France. Mal estar no trabalho redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002
- (3) LORENZ, Konrad. On aggression. London: Methuen & CO, 1967.

(4) ZANETTI, Robson. Assédio moral no trabalho. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 07 maio

2010. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26760>> acesso em 07 de agosto de 2016.

(5) HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio Moral: a violência perverso no cotidiano. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

(6) ZIMMERMANN, Silvia Maria. O Assédio Moral e Mundo do Trabalho. Disponível em: Acesso em: 31 de jul 2016.

(7) FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística; Revista LTr, ano 72, nº 08, ago/08, p. 921/922.

(8) TARUFFO, Michelle. La motivazione della sentenza civile. Padova: CEDAM, 1975, p. 740.

(9) TARUFFO, Michelle. Op. cit. Padova: CEDAM, 1975, p. 740.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CADASTRO POSITIVO DE CRÉDITO APÓS O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 166/2019

GISELE DE ASSIS CAMPOS: Advogada, pós-graduada em Direito Público.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o regramento do cadastro positivo de crédito, regulado pela Lei nº 12.414/2011 e, notadamente, as recentes alterações promovidas pela Lei Complementar nº 166/2019.

PALAVRAS-CHAVE: Arquivos de consumo. Banco de dados. Cadastro positivo. Lei nº 12.414/2011. Lei Complementar nº 166/2019.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Regramento do cadastro positivo de crédito após as inovações da Lei Complementar nº 166/2019. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.414/2011 regula os bancos de dados que contenham cadastros positivos de consumidores.

Tais cadastros indicam o nível de adimplemento dos consumidores, formando um histórico de crédito. Possuem a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro. Por tais razões, tornaram-se popularmente conhecidos como cadastro de bons pagadores.

Recentemente, a Lei Complementar nº 166/2019 introduziu diversas inovações na Lei nº 12.414/2011, alterando as normas sobre o cadastro positivo de consumidores. Com o intuito de realizar uma breve análise sobre o novo panorama normativo, tecemos as considerações a seguir.

2. REGRAMENTO DO CADASTRO POSITIVO DE CRÉDITO APÓS AS INOVAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 166/2019

De início, cumpre registrar que a Lei nº 12.414/2011, abarca os dados tanto de pessoas físicas quanto jurídicas. Contudo, somente disciplina os bancos de dados privados. Há expressa determinação de que os bancos de dados instituídos

ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno serão regidos por legislação específica.

Dito isso, passemos, efetivamente, à análise da Lei nº 12.414/2011, com as inovações da Lei Complementar nº 166/2019.

Dentre as inovações introduzidas pela Lei Complementar nº 166/2019, está a modificação do conceito de gestor. A redação original apresentava amplo conceito, considerando como gestor a pessoa jurídica responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados. Contudo, a partir do novel diploma legislativo, o conceito passou a ser mais restrito, devendo o gestor atender aos requisitos mínimos de funcionamento previstos na Lei nº 12.414/2011 e em regulamentação complementar.

Houve alteração, também, no que se refere ao conceito de cadastrado. Na redação original da Lei nº 12.414/2011, considerava-se como cadastrado a pessoa natural ou jurídica que tivesse autorizado inclusão de suas informações no banco de dados. A partir do advento da Lei Complementar nº 166/2019, tal autorização tornou-se despicienda. Com a nova lei, a inclusão de uma pessoa em um cadastro poderá ser realizada independentemente de sua prévia anuência. Restará ao consumidor tão-somente a possibilidade de requerer a exclusão de seus dados do cadastro, com fulcro no artigo 5º, I, da Lei nº 12.414/2011.

O conceito de fonte também foi modificado. Na redação original da Lei nº 12.414/2011, considerava-se fonte a pessoa natural ou jurídica que concedesse crédito ou realizasse venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro. A partir da entrada em vigor da Lei Complementar nº 166/2019, o conceito será mais abrangente. Será considerada fonte a pessoa natural ou jurídica que conceda crédito, administre operações de autofinanciamento ou realize venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro, inclusive as instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e os prestadores de serviços continuados de água, esgoto, eletricidade, gás, telecomunicações e assemelhados.

Foi mantido o dever de as informações armazenadas no banco de dados serem objetivas, claras, verdadeiras, de fácil compreensão e necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado. Do mesmo modo, continuam proibidas as anotações de informações excessivas (que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor) ou sensíveis (pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas).

Como já dito, a partir da entrada em vigor da Lei Complementar nº 166/2019, não mais se exigirá a autorização da pessoa natural ou jurídica para sua inclusão no cadastro. O gestor estará autorizado a, nas condições estabelecidas na Lei 12.414/2011: abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas, bem como fazer alterar tal cadastro; compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e disponibilizar aos consulentes a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas e o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado.

Apesar de não ser mais necessária a prévia autorização, o cadastrado deverá ser comunicado da inclusão, no prazo de até trinta dias após a abertura do cadastro no banco de dados. Tal comunicação deverá ser realizada pelo gestor (diretamente ou por intermédio de fontes), com base nos dados cadastrais fornecidos pela fonte, e não terá custo para o cadastrado. E deverá informar, de maneira clara e objetiva, os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados. Mas tal comunicação ficará dispensada no caso de o cadastrado já possuir cadastro aberto em outro banco de dados.

As informações do cadastrado somente poderão ser disponibilizadas aos consulentes sessenta dias após a abertura do cadastro, devendo ser observada a obrigação do gestor de manter procedimentos adequados para comprovar a autenticidade e a validade da autorização específica do cadastrado quando a disponibilização do histórico de crédito.

No que toca ao prazo de permanência das informações no banco de dados, não houve alteração. As informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a quinze anos.

Ademais, as informações continuam podendo ser acessadas apenas por consulentes que com ele mantiverem ou pretenderem manter relação comercial ou creditícia.

No que tange aos direitos do cadastrado, a Lei Complementar nº 166/2019 alterou o rol do artigo 5º da Lei nº 12.414/2011. Agora, o cadastrado pode: obter o cancelamento ou a reabertura do cadastro, quando solicitado; acessar gratuitamente, independentemente de justificativa, as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive seu histórico e sua nota ou pontuação de crédito, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta às informações pelo cadastrado; solicitar a impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até dez dias, sua correção ou seu cancelamento em todos os bancos de dados que compartilharam a informação; conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial; ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais; solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

A Lei Complementar nº 166/2019 trouxe a expressa previsão de que as solicitações de cancelamento e de reabertura do cadastro deverão ser realizadas de forma gratuita, do cadastrado ao gestor, por meio telefônico, físico e eletrônico. Tais solicitações criam para o gestor as obrigações de encerrar ou reabrir o cadastro (no prazo de até dois dias úteis) e de transmitir a solicitação aos demais gestores. Aliás, os demais gestores também deverão, no mesmo prazo, atender à solicitação do cadastrado.

É imperioso ressaltar que, se a pessoa natural ou jurídica tiver manifestado previamente (por meio telefônico, físico ou eletrônico), a vontade de não ter aberto seu cadastro, o gestor deverá proceder, automaticamente, ao cancelamento do cadastro.

Cancelado o cadastro, as informações do histórico de crédito não mais poderão ser usadas, pelos gestores, para os fins previstos na Lei nº 12.414/2011.

Inclusive para a composição de nota ou pontuação de crédito de terceiros cadastrados.

Com relação às obrigações dos gestores, foi mantida a de fornecer ao cadastrado todas as informações sobre ele constantes de seus arquivos, no momento da solicitação. E, no prazo de dez dias (e não mais de sete dias), os gestores também devem indicar as fontes das informações, os outros gestores com os quais as informações foram compartilhadas, e todos os consulentes que tiveram acesso a qualquer informação sobre ele nos seis meses anteriores à solicitação. No mesmo prazo de dez dias, também deve fornecer ao cadastrado cópia de texto com o sumário dos seus direitos, definidos em lei ou em normas infralegais pertinentes à sua relação com gestores, bem como a lista dos órgãos governamentais aos quais o cadastrado poderá recorrer, caso considere que esses direitos foram infringidos. Cabe ao gestor, ainda, fornecer ao cadastrado confirmação de cancelamento do cadastro.

Além disso, os gestores de bancos de dados não podem estabelecer políticas ou realizar operações que impeçam, limitem ou dificultem o acesso a informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico.

É importante destacar que as informações disponibilizadas nos bancos de dados continuam podendo ser utilizadas somente para fins específicos, expressamente determinados no artigo 7º da Lei nº 12.414/2011. Ou seja, somente podem ser utilizadas para a realização de análise de risco de crédito do cadastrado ou para subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente.

A nova norma inseriu, ainda, o artigo 7º-A, que estabelece a vedação de utilização, nos elementos e critérios considerados para composição da nota ou pontuação de crédito de pessoa cadastrada, das informações: que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito e aquelas relacionadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convicções políticas, religiosas e filosóficas; de pessoas que não tenham com o cadastrado relação de parentesco de primeiro grau ou de dependência econômica; e relacionadas ao

exercício regular de direito pelo cadastrado, de acesso gratuito às informações sobre ele existentes no banco de dados.

Verifica-se, assim, que Lei Complementar nº 166/2019 positivou a utilização do score de crédito, prática que já havia sido considerada válida pela jurisprudência, conforme enunciado 550 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 550: A utilização de score de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo. (STJ. SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015)

Em atenção ao princípio da transparência, o gestor deverá disponibilizar em seu sítio eletrônico, de forma clara, acessível e de fácil compreensão, a sua política de coleta e utilização de dados pessoais para fins de elaboração de análise de risco de crédito. A política de coleta e utilização de dados sujeita-se a verificação, na forma de regulamentação a ser expedida pelo Poder Executivo.

Dentre as obrigações das fontes, a Lei Complementar nº 166/2019 revogou os incisos I e II do artigo 8º da Lei nº 12.414/2011, mas manteve os deveres de: manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar aos consulentes as informações de adimplemento do cadastrado; manter os registros adequados para verificar informações enviadas aos gestores de bancos de dados; e de fornecer informações sobre o cadastrado, em bases não discriminatórias, a todos os gestores de bancos de dados que as solicitarem, no mesmo formato e contendo as mesmas informações fornecidas a outros bancos de dados. Além disso, ampliou para dez dias o prazo para atualização e correção das informações enviadas aos gestores.

Apesar de ter sido conferida nova redação ao parágrafo único do artigo 8º, continua sendo vedado às fontes estabelecer políticas ou realizar operações que impeçam, limitem ou dificultem a transmissão a banco de dados de informações de cadastrados.

No que tange ao compartilhamento de informações de adimplemento, foi excluída a exigência de prévia autorização do cadastrado, por meio de meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada. O compartilhamento poderá ser realizado na forma do inciso III do “*caput*” do art. 4º da Lei 12.414/2011.

Importante ressaltar que o gestor com o qual a informação foi compartilhada é equiparado ao gestor que anotou originariamente a informação, inclusive quanto à responsabilidade por eventuais prejuízos a que der causa e ao dever de receber e processar impugnações ou cancelamentos e realizar retificações. E o gestor originário é responsável pela manutenção, de forma atualizada, das informações cadastrais nos demais bancos de dados com os quais compartilhou informações, sem nenhum ônus para o cadastrado.

Também cabe ao gestor assegurar, sob pena de responsabilidade, a identificação da pessoa que promover qualquer inscrição ou atualização de dados relacionados com o cadastrado.

No que diz respeito às limitações do gestor, foi mantida a proibição de o gestor exigir exclusividade das fontes de informações.

Dentre as alterações normativas temos, ainda, a que se refere ao fornecimento de dados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. A partir da entrada em vigor das novas normas, tais instituições fornecerão, somente aos gestores registrados no Banco Central do Brasil, as informações relativas a suas operações de crédito, de arrendamento mercantil e de autofinanciamento realizadas por meio de grupos de consórcio e a outras operações com características de concessão de crédito.

As hipóteses de previsão de regulamentação pelo Poder Executivo foram ampliadas, e agora serão realizadas em especial quanto: ao uso, à guarda, ao escopo e ao compartilhamento das informações recebidas por bancos de dados; aos procedimentos aplicáveis aos gestores de banco de dados na hipótese de vazamento de informações dos cadastrados, inclusive com relação à comunicação aos órgãos responsáveis pela sua fiscalização, nos termos do § 1º do art. 17; e ao disposto nos arts. 5º e 7º-A.

Foi mantida a previsão de responsabilidade objetiva e solidária do banco de dados, da fonte e do consulente, pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado. Contudo, foi introduzida a especificação de que a responsabilidade será nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Também restou inalterada a previsão de que, nas situações em que o cadastrado for consumidor, aplicam-se as sanções e penas previstas no CDC. O §2º do artigo 17 teve a redação adaptada ao novo paradigma criado pela Lei Complementar nº 166/2019, passando a prever que, em tais casos, a fiscalização e a aplicação das sanções serão exercidas concorrentemente pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de atuação administrativa.

Os órgãos de proteção e defesa do consumidor continuam podendo aplicar medidas corretivas, estabelecendo obrigações de fazer para a exclusão do cadastro de informações incorretas e para o cancelamento dos cadastros de pessoas que não autorizaram a abertura. Mas o prazo para cumprimento das medidas pelos bancos de dados foi alterado de sete para dez dias.

Foi introduzida, ainda, a previsão de que a quebra do sigilo previsto na Lei Complementar nº 105/2001 sujeita os responsáveis às penalidades previstas no art. 10 da referida norma, sem prejuízo do disposto no CDC.

No que toca à vigência das alterações introduzidas pela LC 166/2019, há duplicidade de regramento. As modificações relativas ao *"caput"* e ao § 6º do art. 12 da Lei nº 12.414/2011 entraram em vigor na data de sua publicação. Enquanto isso, as outras alterações terão *"vacatio legis"* de 91 dias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, pode-se concluir que a principal modificação introduzida pela Lei Complementar nº 166/2019 na Lei nº 12.414/2011 foi a relativa à previsão da possibilidade das pessoas físicas e jurídicas serem incluídas nos bancos de dados de cadastro positivo sem sua prévia solicitação.

Contudo tal inovação, mesmo que por via transversa, não excluiu a necessidade de anuência do cadastrado para permanência dos dados no banco. Isso pois, as informações do cadastrado somente poderão ser disponibilizadas aos consulentes sessenta dias após a abertura do cadastro. Além disso, o cadastrado pode requerer o descadastramento a qualquer tempo.

Também foi relevante a positivação do instituto do escore de crédito, cuja licitude já havia sido reconhecida pela Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Lei nº 12.414/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm . Acesso em: 10/04/2019.

BRASIL. Lei nº 12.414/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp166.htm . Acesso em: 10/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 550, Segunda Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. LC 166/2019: édito. Publicado em 09/04/2019. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2019/04/lc-1662019-altera-as-regras-do-cadastro.html>>. Acesso em: 10/04/2019.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO

LEANDRO SOARES VIEGAS: Advogado, aprovado no concurso para Promotor de Justiça de Rondônia e delegado de polícia do Distrito Federal, especialista em ciências criminais pela UERJ, especialista em direito constitucional pela rede leg/universidade Anhanguera.

RESUMO: Os chamados crimes de acumulação podem ser representados por meio de um grupo de casos peculiar, que apesar de normalmente serem compreendidos como uma espécie de crime de perigo abstrato, não se assemelha em variados aspectos importantes, em especial no que tange à perigosidade. A verificação desses modelos de delitos se dá quando da prática de certos atos individuais, que são aparentemente inócuo, mas que quando se busca fazer uma análise de forma mais ampla, por meio da hipótese de repetição por uma quantidade vasta de pessoas, pode-se aferir que a possibilidade de efetiva lesão. A teoria dos crimes de acumulação é alvo de críticas no que diz respeito princípio da proporcionalidade, da legitimidade, da culpabilidade e da ofensividade. O presente trabalho visa analisar Direito Penal: (in) Constitucionalidade dos Delitos de Acumulação.

Palavras chaves: Delitos de acumulação – Inconstitucionalidade – Bens jurídicos difusos – Proporcionalidade – Culpa

ABSTRACT: Crimes against accumulation can be represented by a single set of peculiar cases, which are usually uneducated as a kind of abstract danger crime, which are not comprehensive but are not relevant to dangerousness. The selection of crime models occurs when the practice is intensely individuals, which are apparently innocuous, but when they are faced with an analysis more broadly, through the hypothesis of submitting to the demand for a large amount of people,

one can gauge the possibility of making the injury. The theory of accumulation crimes, for a long time, has been the target of some sessions. The possibilities for citing are pointed out as the main problems which concern the principle of proportionality, legitimacy, guilt and offense. One of the exponents in the present work and its development of this theory is Kuhlen, and the so-called "accumulation offenses" ("Kumulationsdelikte"). The present work aims to obtain the criminal law: (in) Constitutionality of Accumulation Offenses.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I – COMENTÁRIOS INICIAIS E CONCEITUAIS. 1.1 Conceitos e Empecilhos jurídicos dos delitos por acumulação. CAPÍTULO II – COMPREENSÃO DA TEORIA DA ACUMULAÇÃO E DO DELITO. CAPÍTULO III – BEM JURÍDICO TUTELADO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O lapso temporal que se tem entre o final do século XX e o início século XXI, pode ser descrito com a representação para o direito penal como uma grande mudança, visto que a sociedade moderna, globalizada, tem se ingressado na busca incessante da chamada compatibilização dos novos riscos às garantias não somente aquelas individuais, mas também aquelas de um formato mais explícita, e aquelas coletivas.

A humanidade até então negligenciava bem como ignorava os denominados riscos ambientais. Todavia, com os variados agravamentos dos reflexos nos âmbitos universais dos danos gerados pelo homem e sua sociedade, que advém do processo de desenvolvimento das tecnologias que teve suas aplicações na prática uma grande monta marcada por um imediatismo e por uma irresponsabilidade dos agentes, bem como a necessidade de tutela dos mais variados bens jurídicos ambientais passando a ser imperiosa.

Frente aos mais variados desafios que a atualidade impõe ao direito penal, há uma grande necessidade de se desenvolver uma constante das novas técnicas de aplicação e de interpretação do direito, numa forma que se resiste ou se resguarde os bens jurídicos ambientais.

O direito ambiental, tem por sua situação certas fragilidades, das quais se leva em conta que estamos inseridos numa “sociedade de risco”, da qual necessita de um voltar de vários olhares ainda que mais cauteloso acerca da sua tutela mediante os direitos penais. Então nesse contexto que vem a surgir os denominados “delitos de acumulação”.

Sobre o Direito Penal Soares aponta que:

O Direito Penal visa, essencialmente, a proteção e tutela dos bens jurídicos, de maneira que os bens juridicamente tutelados emergem de uma seleção de valores da vida em sociedade, reconhecidos como significativos e consensualmente necessários a integrar tal categoria. Assim, a questão do bem jurídico é ponto fulcral para o Direito Penal, onde se busca por meio da proteção a tais bens, combater comportamentos passíveis de fazer perigar a convivência social. Institui-se assim, um “imperativo hipotético da razão, cuja finalidade será, principalmente, a redução da criminalidade” (Soares, 2015)

Estes chamados delitos podem ser qualificados como uma subcategoria dos crimes de perigo das formas abstratas, que apesar de apresentarem alguns pontos divergentes destes. Vale frisar que tal técnica dos crimes de acumulação não foi de fato recebida pela doutrina nas forma pacífica. Pelo contrário, essas foram alvos de variadas críticas. Entre elas, é possível citar aquelas que tratam do

problema das proporcionalidades, bem como da legitimidade, da culpabilidade e da ofensividade. (COSTA, 2011). Nesse sentido Soares descreve que:

Assim, o bem jurídico se figura como delimitador do conceito material de crime, uma vez que só existe crime quando determinadas condutas lesionam os bens jurídicos. Nesse diapasão, evidencia-se a importância de uma noção delimitadora do conceito material de crime, uma vez que tal delimitação consiste em saber quais comportamentos humanos devem ser considerados crimes, ou quais condutas através da sua natureza e consequências põem em causa a existência da comunidade que em que se inserem. Esta tarefa de selecionar comportamentos e classificá-los como crime decorrerá dos estudos de várias disciplinas, nomeadamente, a sociologia, a antropologia cultural e a Política Criminal – que tem ganhado relevo nas investigações do Direito penal. (Soares, 2015)

Sobre esse tema temos D'Ávila, que aponta:

Os crimes de acumulação foram objeto de estudo de diversos doutrinadores, os quais foram responsáveis por críticas cruciais ao seu conteúdo dogmático. Dentre as que podemos classificar como sendo mais brandas, temos a exposição de Hirsch, que se incumbiu de referir apenas algumas pequenas alterações na substância da teoria dos crimes de acumulação, concluindo que estas seriam suficientes para a inserção desse instituto no âmbito de validade jurídico-penal. De outra via, há aquela outra corrente que se demonstrou veementemente contrária aos

crimes de acumulação. É possível inferir-se dessa, críticas no que tangem à legitimidade, culpabilidade, proporcionalidade, bem como ofensividade. Quanto à última, observamos a teoria de D'Ávila, que demonstrou que a na forma como foram proposto os crimes de acumulação por Kuhlen, estes teriam aceitação inviável no que diz com a teoria do direito penal. Como opção de acertamento dessa técnica, sugeriu o autor, sugestão com a qual estamos de pleno acordo, a análise desses crimes sob a luz do contexto de instabilidade em que estão inseridos os bens jurídicos ambientais, e não através da noção da acumulação. Nesse sentido, estaríamos diante da ofensa de cuidado-de-perigo, que, de acordo com o autor, analisa o fato de acordo com o contexto em que este está inserido, e então a partir daí, verifica quão provável é a ocorrência da ofensa. Nesse diapasão, aludiu como sendo mais correta a denominação desses crimes, como "crimes de perigo abstrato em contextos instáveis." (D'Ávila, 2009)

Existem referências aos cuidado-de-perigo, que trata de uma tentativa de se acertar as técnica dos delitos de acumulação. Serão estes os pontos estudados ao longo do presente trabalho, do qual tentará buscar de uma maneira sucinta apresentar os crimes de acumulação, com suas características originais, suas críticas e Direito Penal: (in) Constitucionalidade dos Delitos de Acumulação, bem como as possíveis soluções de enquadramento do direito penal.

O Presente trabalho terá sua delimitação do tema acerca do Direito Penal: (in) Constitucionalidade dos Delitos de Acumulação, bem como sua

inconstitucionalidade a certos delitos por violação ao princípio da culpabilidade e proporcionalidade.

Como metodologia será utilizada a abordagem, da técnica dedutiva, onde está parte de princípios, bem como as diversas teses, para, então, poder se chegar a conclusões. Tratando-se de uma exposição no qual se parte das causas e a posteriori para os efeitos, dos princípios para as conseqüências.

Utilizando de forma ampla os métodos de procedimento histórico e funcionalista. Para ter as ferramentas necessárias para se analisar as bases dos conceitos a serem utilizados foi utilizado o método histórico. Para gerar um entendimento razoável a sua aplicabilidade nesse mesmo contexto sócio-jurídico, foram enfatizadas suas funções desempenhadas na sociedade, o método funcionalista.

CAPÍTULO I

Comentários Iniciais e Conceituais

Na atualidade mundial corrente, as transformações nas interações comunicativas tornam-se cada vez mais conspícuas, ocupando, pois, a superfície dos debates contemporâneos.

O processo de globalização das trocas materiais e o aprofundamento do capitalismo como forma de organização do processo produtivo nas mais diversas sociedades, apoiando-se sobretudo no desenvolvimento de uma cultura do consumo a nível mundial, provocaram o surgimento de novos agentes econômicos e novas zonas de comércio, causando, ademais, uma espécie de crise de legitimidade do Estado-Nação.

Desta feita, percebe-se a fragilidade das sociedades pós-modernas (BECK, 1992), pois o progresso tecnológico nem sempre é acompanhado de uma adesão em massa a princípios éticos sólidos, ocorrendo situações em que o acesso a bens

de consumo de última geração mascaram práticas contrárias aos direitos humanos mais elementares.

É necessário notar que a ciência do Direito, entendida como prática estritamente cultural, em outras palavras, uma articulação entre ocorrências objetivas e juízos coletivos (REALE, 1994), transporta nas suas formulações e reformulações uma amostra das modificações do tecido social.

Faz-se oportuno perceber que, com o desenvolvimento das competências estatais (desde o Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito), a administração direta dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração aparece como um imperativo para o sucesso dos estados contemporâneos.

É nesse sentido que o Direito Penal desempenha a proteção de bens jurídicos plurais, tendo em vista os valores litigantes. Segundo esse procedimento lógico, a resolução do agente público de tornar uma prática algo criminoso ou de retirar o aspecto criminal de certa atividade submete-se ao texto constitucional, configurando o bem jurídico como base operacional no campo do direito penal.

Nota-se, com certa frequência, uma separação entre o exercício prático e o bem jurídico administrado, sobretudo no que se refere à esfera dos objetivos múltiplos, dando a impressão de que quanto mais distante da capacidade estatal estiver alguma prática mais difícil será a administração do bem jurídico. Por exemplo, no que tange aos crimes ambientais, a relação de causalidade é dificilmente estabelecida, destarte analogias materiais são empregadas a fim de suprir essa carência. É nessa seara que apareceu o conceito de delitos cumulativos.

São delitos cumulativos as práticas que, tomadas de forma isolada, não são capazes de atingir o bem jurídico, tendo, porém, relevância penal a partir do acúmulo de ocorrências. Corresponde a afirmar que a projeção da sua disseminação é a razão da sua menção na esfera jurídico-penal.

Essa modalidade do direito penal é empregada de modo mais recorrente nos tópicos que se referem ao meio-ambiente e aos assuntos de ordem econômica, uma vez que a administração dos bens jurídicos encara difíceis questões em relação ao estabelecimento de uma relação de causalidade e isolamento das motivações.

Sendo assim, se um indivíduo polui uma área fluvial ou se ele recusa-se a fazer a sua declaração de impostos, mesmo que tais atitudes não configurem ações danosas por si mesmas, partindo da lógica cumulativa - ou seja, da adoção universal de determinado comportamento - são mencionadas no campo penal.

Existe uma diferenciação entre os delitos cumulativos e os demais conceitos operacionais do Direito Penal. Por exemplo, em relação à causalidade cumulativa, cujo resultado material é a implicação da adição de diferentes causas - algo que não ocorre nos delitos cumulativos. De outra maneira, na esfera dos delitos cumulativos os danos causados pela conduta não são levados em conta, mas a perspectiva - no plano puramente hipotético - de que a recorrência de determinado ato produza malefícios futuros.

Portanto, não há qualquer exigência em relação à confirmação das hipóteses causais e da estreita relação entre a prática e o malefício. Determinados autores defendem que, se houvesse a cobrança de uma demonstração objetiva, na qual a relação de causalidade tomaria o centro do debate, só poderia ser alvo de pena as ações que ultrapassassem o ponto em que a violação do bem coletivo fosse incontornável, resultando em uma fragilização da defesa do bem jurídico (DIAS, 2003).

Em linhas gerais, a doutrina enquadra os delitos cumulativos no campo das transgressões de risco especulativo, no que toca à administração de bens jurídicos sociais. A importância, no aspecto penal, da atividade prática é resultado do imperativo cooperativo para a salvaguarda dos bens jurídicos, subordinando-se aos subsequentes preceitos: I) a demanda de uma hipótese de dano formulada a

partir de uma avaliação realista da conjuntura material que possibilite ao legislador a suposição razoável de que, na ausência de um constrangimento penal, existe a perspectiva bem fundamentada de que a repetição de certa performance resultará na transgressão de um bem jurídico; II) a determinação do ato ilícito ideal a fim de contornar as condutas tidas como triviais, preservando os seus praticantes da ação penal; III) o estabelecimento de exceções ao imperativo da cooperação, permitindo ao Poder Público a realização de atividades e concessões, ainda que violem a hipótese de dano de um bem jurídico.

É espelhado pela definição de delitos de acumulação o conceito de analogia material, de modo que possa ser superada a carência de uma relação causal empírica para a sugestão dogmática, acentuando-se a hipótese de que a reiteração de determinada conduta, por si só inócua, poderá acarretar dano ao bem jurídico. Nesse sentido, a imputação de responsabilidade sobre o indivíduo está fundamentada sobre a recorrência ilimitada por outros agentes, arriscando a integridade do bem jurídico administrado.

O raciocínio cumulativo é um elemento comum das contemporâneas sociedades de risco, nas quais existe uma expansão da responsabilidade individual no sentido de conter situações para as quais o indivíduo não colabora diretamente para o seu desenvolvimento. Geralmente, tais ocasiões sofrem a incidência de externalidades completamente independentes do controle humano.

Não obstante a variedade de acumulação corresponda a uma versão do ilícito de risco abstrato, ela não deve ser interpretada como sendo o mesmo ilícito. Tal necessidade é explicada pelo fato de o crime de perigo abstrato demandar um aspecto geral de periculosidade, entendido como motivador para a imputação criminal, enquanto, em relação ao delito cumulativo, existe a imputação criminal de práticas que, por si só, não configuram nenhum dano ao bem jurídico, mas que em grande número de recorrência poderiam violar esse bem jurídico. Por exemplo,

nas economias de mercado, as fraudes individuais não lançam risco, por si só, sobre a totalidade do bem jurídico, contudo a reiteração desse tipo de conduta podem acarretar uma violação jurídica séria.

Um outro problema social abordado pelo conceito de delito cumulativo é o indivíduo que beneficia-se dos bens coletivos sem, no entanto, contribuir ou colaborar diretamente para a sua existência (conhecido na teoria econômica e na filosofia moral pelo termo

inglês *free rider*). Tal indivíduo age a despeito das considerações coletivas de salvaguarda dos bens jurídicos que viabilizam o meio social (BORGES, 2000).

O comportamento individual do *free rider* desenvolve-se em contraposição a uma noção coletiva de solidariedade ou colaboração, que ele ou não reconhece como legítima ou não a considera relevante para a orientação do seu agir. Nesse sentido, a ação individual passa a tirar proveito da adesão moral de terceiros a normas de conduta, beneficiando-se sobretudo nas ocasiões em que a adesão à norma gera uma abstenção de ação, por exemplo, nas ocasiões em que a flagrante maioria dos cidadãos cumpre as suas obrigações referentes ao pagamento de impostos, o *free rider* encontrará espaço para que uma sonegação passe em branco.

No que toca ao aspecto filosófico, a figura do *free rider* é criticada pela ausência de solidariedade em direção aos seus próximos no tecido social, comprometendo, portanto, a própria continuidade da vida social caso a sua conduta seja adotada por uma grande parcela da coletividade (RAWLS, 2001; FEINBERG, 1988). É necessário notar, todavia, que o comportamento inofensivo do *free rider* não é suficiente para a lógica penal da acumulação. A atitude do *free rider* é inofensiva, pois os demais indivíduos inclinam-se à cooperação. A questão torna-se matéria do delito cumulativo quando perfaz duas exigências fundamentais: I) o estabelecimento inequívoco de que a ação individual é comprometedora dos fundamentos sociais; II) a demonstração de

reprodutibilidade de tal comportamento no sentido de pôr em risco um bem jurídico. Assim sendo, o raciocínio cumulativo pauta-se mais sobre o aspecto danoso do que sobre as motivações das ações do *free rider*, em última instância, o caráter criminal está na perspectiva fundamentada de multiplicação de uma conduta danosa a um bem jurídico.

O constructo dogmático do delito cumulativo relaciona-se diretamente ao conceito de bens jurídicos coletivos, tendo como ilícitos comuns aqueles de natureza ambiental, fiscal e econômica. Por exemplo, a interdição da poluição como ato ilícito cristalizou-se, no Brasil, no artigo 54 da Lei nº 9605/98. Grande atenção deve ser dada ao seu terceiro e último parágrafo, que abre espaço para um entendimento conjectural e preventivo de ações cumulativas causadoras de danos por parte do legislador:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Percebe-se, portanto, o emprego do Direito Penal como tendência legislativa em crescimento. Vale observar que a configuração do caráter ilícito - limites e aplicações - por parte do legislador precisam estar de acordo com o texto constitucional, de forma que o bojo da condenação encontre-se presente no estabelecimento da tipologia da ação penal.

Não obstante o artifício dos valores-limite venha empregado diante da plêiade de ocorrências que favorecem o aparecimento do ilícito penal e como modo de garantir ao objeto da ação normativa o recaimento do constructo dogmático, não se deve esquecer que existe uma comunicação complementar entre a esfera do Direito Penal e os vetos normativos. Aliás, existe a possibilidade de a infração continuar ocorrendo, não em quantidade, mas em qualidade, de forma imperceptível para a legislação (FERNANDES, 2001).

Em relação à proteção dos bens jurídicos devem-se realçar os seguintes requisitos: a existência de risco real para o bem jurídico; a avaliação ética das atividades que serão alvo de imputação criminal; a ausência de equívoco do ponto

de vista axiológico com outras componentes do sistema jurídico; o consenso a respeito da aplicabilidade e oportunidade da ação punitiva; por último, a inexistência ou ineficácia de outro dispositivo para a defesa do bem jurídico.

No âmbito das infrações fiscais, a aplicabilidade do conceito de acumulação dar-se-ia a partir da constatação de que uma fraude na declaração de imposto ou uma redução injustificada da tributação não causaria impactos nos exercícios do Estado. Porém, a relação entre a acumulação e a situação específica, nesse caso, estaria mal feita, pois a retenção individual de qualquer quantia relacionada ao pagamento de impostos reduziria a receita pública, sendo portanto um crime de lesão aos cofres públicos (HEFENDEHL, 2007).

A ausência de punição a comportamentos divergentes de uma ordem social solidária pode implicar em fragilização relativista do bem jurídico, pois criará no âmbito da opinião pública a ideia de que não é a qualidade da infração, mas a sua proporção que merece imputação criminal, revelando-se atraente até do ponto de vista econômico. Essa perspectiva não prevê, contudo, a penalização de situações triviais, nesse aspecto o constructo dogmático cumulativo também requer certo grau de impacto para apreciar o interesse penal de determinada prática (POMBO, 2005).

Um dos aspectos do crescimento da relevância do Direito Penal é a expansão dos requisitos para a imputação criminal de um indivíduo, objetivando o alcance de ocorrências externas às atividades particulares do agente individual, no intuito de suprir uma carência social de segurança.

Certas ocasiões, devido ao caráter complexo dos elementos e a multiplicidade das ações causais, que, ademais, modificam-se tanto no tempo quanto no espaço, não possibilitam a determinação ou a identificação dos constructos dogmáticos mais relevantes para a ação jurídico-penal.

Nesse sentido, a legislação referente ao meio ambiente é um objeto conveniente para o debate da noção de risco. Existe um ponto de vista, na contemporaneidade, de que a antecipação da intervenção pública através de mecanismos de controle social, ou seja, mecanismos que reduzam os riscos difusos, é preferível ao tratamento posterior de catástrofes

É necessário saber que o princípio da culpa guia-se pela noção de previsibilidade, assim sendo o indivíduo não pode receber a imputação criminal por ocorrência para as quais ele não cooperou ativamente, em um encadeamento etiológico evidente, na sua viabilidade.

Não se deve esquecer que a atualidade social é caracterizada pelo preocupação constante na redução de riscos. Destarte, o Supremo Tribunal Federal do Brasil compreendeu, à época de um caso de poluição ambiental envolvendo a Petrobrás, que a ocorrência não poderia ter por alvo penal o dirigente da estatal, pois havia carência de uma relação de causalidade.

Contudo, é relevante mencionar que a intromissão do Direito Penal cobre também situações em que não existe um prejuízo evidente, quer dizer, ocorrências de risco ao bem jurídico.

O estabelecimento da culpa no seu sentido jurídico-penal, seguindo os preceitos do Direito Penal, recai sobre performances previstas na legislação e comportamentos antijurídicos, uma vez que seja possível ao agente o atributo de motivação dentro do campo do Direito, cobrando-se-lhe uma atitude diferente. Além do mais, a atitude tem de projetar um ilícito em relação a um bem jurídico, de forma que a intervenção do Direito Penal esteja justificada.

Efetivamente, o entendimento a respeito da natureza da ofensa não se encontra completamente explicado somente nas especulações referentes ao prejuízo objetivo de um bem jurídico. Quer dizer, em variedades diferentes de ações ilícitas, a realização material do delito ocorre com a iminência de prejuízo

ou a plausibilidade de uma lesão, área que comporta os chamados crimes de perigo.

As tipificações dos ilícitos de perigo, em total conformação com a objetividade da administração da justiça, correspondem as subseqüentes categorias: o perigo abstrato; o perigo concreto; o perigo abstrato-concreto.

A forma de caracterizar o perigo concreto dá-se a partir de um risco muito bem fundamentado de dano ao bem jurídico, como, a título de exemplo, o comportamento de um agente individual que insere substância letal em alimentos para o consumo de uma clientela ignorante do procedimento em um restaurante.

Por sua vez, o perigo abstrato refere-se a uma ocorrência de risco estabelecida anteriormente pelo legislador de maneira genérica e que corresponde ao móvel da imputação criminal. Dessa feita, não é exigida a comprovação de um risco manifesto no acontecimento real, uma vez que já se encontra exposto e definido por obra legislativa de viés penal.

Existe uma alternância entre esses dois tipos de crime: os chamados crimes de perigo abstrato-concreto, ou de capacidade. A periculosidade, nesses casos, deveria ser submetida no escrutínio singular de cada ocorrência.

No que tange às infrações de perigo abstrato, aquelas que possuem motivação de imputação criminal propriamente na conduta perigosa do indivíduo, prevista pelo legislador, existem opiniões contrárias no campo doutrinário tanto em relação à noção de culpa quanto em relação à noção de lesão (GOMES, 2002).

Assim sendo, consideráveis contribuições doutrinárias enxergam a violação do princípio de culpa, defendendo que os delitos cumulativos fundamentam-se sobre a responsabilização de agentes individuais por ações de outros agentes. A responsabilidade, dessa forma, teria por fundamento e limite o princípio de culpa, que conformaria a arbitragem ética capaz de submeter o indivíduo ao Direito. Desse modo, responsabilizar o indivíduo por uma conduta alheia, por si só

inofensiva, somente através da hipótese acumulada de dano, violaria, na opinião de certos estudiosos, o princípio da culpa, entendendo-se que a relação de causalidade ilícita dá-se na esfera da ação individual, não da ação coletiva.

Sustenta-se também que ocorreria uma atribuição criminal de riscos inerentes ao sistema, ou seja, situações que antes eram tidas como completamente fora do alcance do controle individual passariam, no intuito de conter a insegurança social, a ser lançadas como parte da responsabilidade de indivíduos específicos. Tal processo exigiria da figura dos agentes públicos uma intervenção punitiva direta. Nesse sentido, há quem discorde até da conformidade dos delitos cumulativos ao próprio campo do Direito Penal, baseando-se no risco causado por um comportamento reiterado mais do que na comprovação da responsabilidade individual sobre determinados efeitos. Ademais, existe a perspectiva de que a pena não tem nem a capacidade de estabelecer relação com um fato insignificante para o bem jurídico defendido, nem em implicar um indivíduo nas ações de terceiros (MOURULLO, 2005; KINDHÄUSER, 1995).

É interessante notar que a tese central do delito cumulativo não faz menção à ação de terceiros, fundamentando-se sobre o § 324 do Código Penal Alemão. No entanto, as divergências entre apresentações teóricas e performances práticas não pode implicar simplificação do tópico analisado, em outras palavras, que a modalidade penal não preveja em suas linhas teóricas a contribuição de terceiros não garante que a intervenção penal esteja justificada, pois encontra amparo propriamente no conceito de acumulação, que pressupõe a ação de outros participantes para a apreciação da oportunidade da reação penal. Além do mais, é importante mencionar que no próprio arcabouço doutrinário há quem veja em outras modalidades do Direito um mecanismo mais apto para a resolução de problemas causados pela acumulação de atos inofensivos. Depreende-se de tal raciocínio que a acumulação pura e simples não pode ser o fundamento da intervenção punitiva dos agentes públicos, pois é árdua a tarefa de amarrar

comportamentos motivados por razões diversas em um mesmo bloco ilícito. Cumpre notar também que a ação do *free rider* não perfaz a necessidade de uma imputação jurídico-criminal, pois a sua ação não implica dano direto aos demais indivíduos, nem é motivada para esse resultado, o seu único objetivo é tirar proveito de um arranjo de obediência generalizada das normas coletivas, ou seja, por si só, inofensivo.

Há também oposição no que toca à carência do aspecto ofensivo do comportamento individual, compreendido como integrante relevante da definição analítica de crime. O abismo entre ação/omissão do indivíduo e a clareza da decisão jurídica faz da noção de acumulação uma sorte de analogia material, em relação à ausência de uma interação causal entre a ação e a implicação danosa. Sendo assim, para o estabelecimento da existência de crime e necessário um comportamento típico, de viés antijurídico, passível de culpa e sujeito a sanções punitivas. Contudo, é preciso notar que a tipificação penal é um conceito ainda em estado bruto que deve ser modelado e aperfeiçoado, conformando, ao final do processo, um mecanismo punitivo sustentado pelo texto constitucional. Deve-se, portanto, ter uma clara noção ético-social da violação de determinado valor para que se possa propor a moldura jurídico-penal mais adequada. Uma vez que não haja prejuízo (ao menos de forma imediata) ao bem jurídico, em outros termos, se o comportamento não apresenta nem internalidade nem externalidade lesiva, não há motivo para a intervenção punitiva do Estado.

O princípio jurídico da proporcionalidade, chamado também de princípio da interdição da punição excessiva, que é preceito constitucional, por exemplo, no caso português (artigo 18, nº 2), impõe que existe um imperativo proporcional entre o mecanismo punitivo empregado pelo Estado e o fim que almejado.

Nessa direção, a literatura especializada refere-se ao princípio de proporcionalidade como sendo constituído por outros três subprincípios

fundamentais, nomeadamente: I) o princípio de concordância ou harmonização dos mecanismos empregados: ele evidencia que a decisão a ser tomada com o objetivo de atender ao interesse geral deve se conformar ao alcance do objetivo nele contido; II) o princípio da oportunidade ou da viabilidade: expressa o fato de que o agente infrator tem a garantia do menor prejuízo possível; III) o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*: ainda quando evidente a oportunidade e a conformidade do emprego do mecanismo coercitivo por parte do poder público, objetivando alcançar determinado fim, faz-se necessário indagar-se se o êxito obtido com a ação punitiva é proporcional à necessidade punitiva.

Em relação à investigação da proposta dogmática do delito cumulativo, grande parte dessa doutrina compreende que existe violação do princípio de proporcionalidade, sendo, pois, indevida a determinação de uma punição ao agente individual cuja ação não constitui ofensa de forma objetiva do ponto de vista jurídico, no que toca somente à hipótese de reiteração de uma performance.

No entanto, o princípio de proporcionalidade permaneceria intocado se for levado em conta os múltiplos efeitos negativos gerados ao tecido social se não houver uma imposição inibitória contundente, pois, por mais que os comportamentos visados não sejam, por si só, portadores de graves ofensas, a grande e atestada probabilidade de recorrência seria argumento suficiente para justificar a intervenção penal do poder público.

É ainda relevante notar uma argumentação segundo a qual o estabelecimento de caráter cumulativo para ilícitos nas composições legislativas fundamenta-se sobre o princípio da solidariedade e que, dessa maneira, não atenderia a demandas de proteção de bens jurídicos mais gerais, como a defesa do meio ambiente. Pois, como acenado anteriormente, a defesa desse bem jurídico faz menção a um bem de apreciação relativa, impondo um risco para as iniciativas pessoais, algo não respondido inteiramente pela ideia de delito cumulativo. Contudo, no que concerne aos bens jurídicos plurais de viés

institucional, a perspectiva do delito cumulativo mostra-se operacional, como, por exemplo, nas ocorrências de fraudes fiscais, uma vez que ocorre a impossibilidade de dano por um único comportamento individual.

1.1- Conceitos e empecilhos jurídicos dos delitos por acumulação

No que se refere a constitucionalidade dos delitos de acumulação através das décadas, é visto que houve imensas transformações no mundo penal, onde muitas incorporações foram sujeitas ao pensamento coletivo ao invés do individual. As décadas também trouxeram muitas agravantes aos processos de agentes jurídicos ambientais, cuja necessidade foi estruturar esse novo método. Os crimes veiculados pela acumulação foram altamente criticados pela relevância e legitimidade de culpa, onde há extrema ofensa e diversas tentativas de reestruturação incorretas.

É de extrema importância argumentar e conceituar o que é e como funciona o Direito Penal, onde Jimenez (1997) diz:

O jus puniendi é limitado pelos pressupostos da legalidade e empregado de maneira coativa por parte do Estado, que possui o monopólio legítimo da força. Ainda assim, é necessário destacar que os requisitos para a ocorrência do poder punitivo alcançam a dimensão de meios externos ao Direito Penal, mormente pelo Direito Constitucional. Deste modo, os princípios constitucionais limitadores da atividade punitiva estatal são de tamanha importância para a Dogmática Penal, mas não se localizam no âmbito do Direito Penal subjetivo.

Através disto é possível observar que o Direito Penal é diretamente ligado aos princípios da Constituição Federal, porém estes sempre fazem referência aos direitos humanos, onde muitas vezes essa penalidade aflige de modo agressivo o

sistema humano: “ordem jurídica (constitucional, infraconstitucional e internacional) pode contrariá-lo” (GOMES, 2007).

Pode a incriminação de um comportamento assentar em razões objetivas, sistêmicas, que escapam à percepção pública, ou seja, pode impor-se sob ameaça de pena uma ação cujo desvalor é invisível para a generalidade dos destinatários só porque a ação pode, segundo uma prognose realista, vir a ser praticada por inúmeros agentes? (SILVA DIAS, 2003).

Dentre muitos estudiosos, vale citar a presença de Lothar Kuhlen, onde trouxe muitos argumentos cruciais para dar significância aos casos penais com ênfase no meio ambiente, dando prioridade às considerações de preservação instância ambiental.

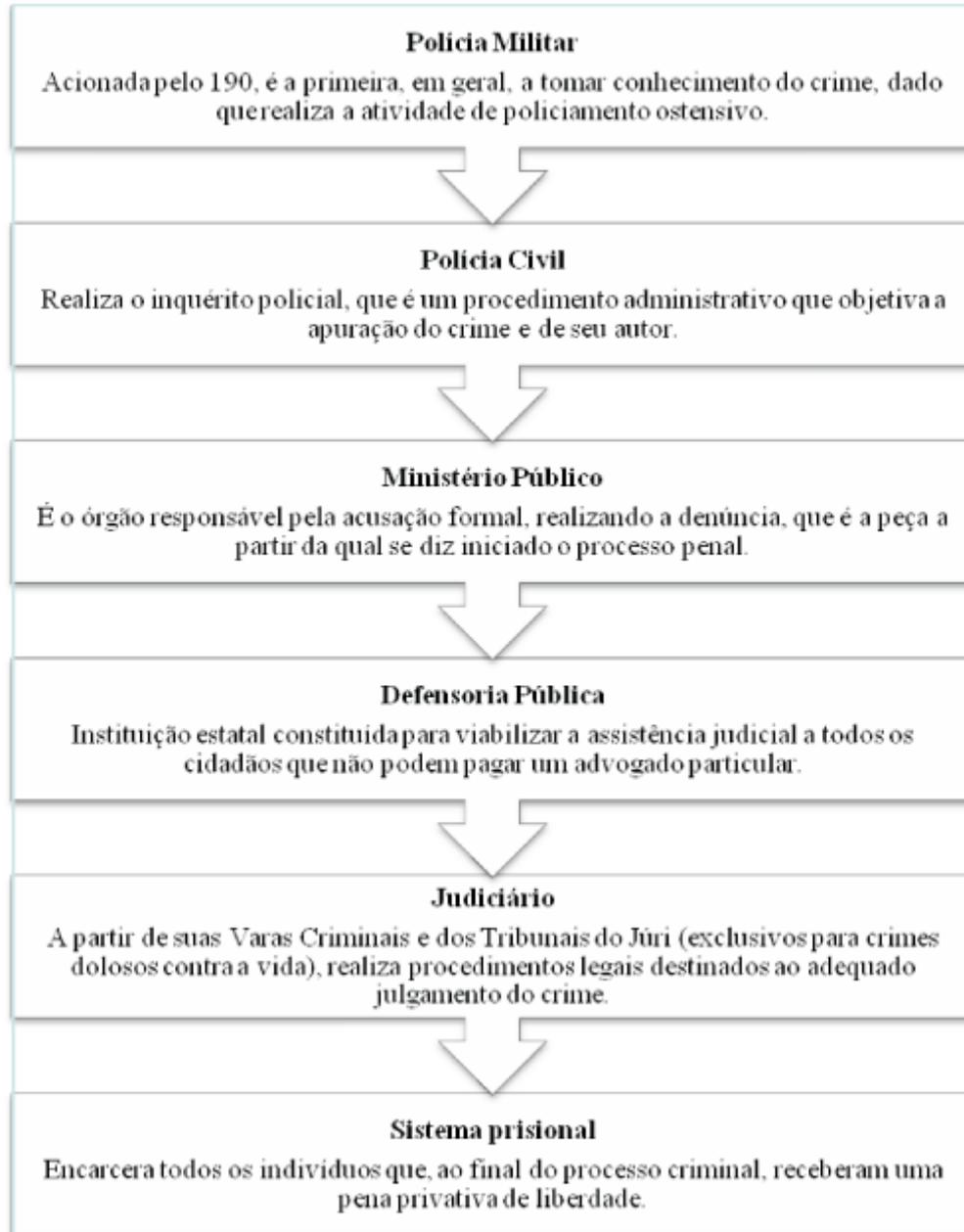
Kuhlen desenvolve sua teoria a partir de um caso concreto, segundo o qual pequenas propriedades suinocultoras ao longo de um rio lançavam dejetos em quantidade ligeiramente acima do permitido pelas regras administrativas. Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficiente, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água (Handlungserfolg, 1985).

Apesar destes ideais ambientais, é crucial voltar-se às questões humanas, muitos autores e pensadores fazem atribuição a questão das responsabilidades sejam individuais onde é necessário prevenir-se.

As condições para que se verifique uma conduta merecedora de punição com base na acumulação são: (i) prognóstico realista de realização de condutas; (ii) existência de resultado efetivo, ainda que reduzido; (iii) consideração de condutas pouco significantes (SAAD, 2002).

Desta forma é importante apresentar as funções de cada órgão perante o código penal e suas exigências, abaixo se apresenta a imagem, a qual revela todos os pontos primordiais de uma eficiência em funções:

Figura 1
Sistemática de funcionamento da justiça criminal brasileira¹
Papel de cada instituição em uma organização linear no momento em que ela atua



Fonte: Adaptado de Saporì (2007).

No que se refere ao crime de lenocínio simples Rodrigues (2012), afirma que estes atos, além de se alterarem com o passar dos anos, também inseria o Código Penal como insuficiente e com defeitos de gestão, pois desenvolvia técnicas falhas para a segurança civil.

A evolução da legislação penal nos crimes sexuais, é de cariz lento. Inicialmente, isso pode ter acontecido por tais crimes atraírem fortes convicções morais da sociedade, na qual o legislador ao elaborar tais normas, acabava sendo influenciado pela comunidade em que vive e, conseqüentemente, tendo dificuldade de se libertar de tais preceitos. E, atualmente, devemos nos questionar se existe coerência de fato em se aplicar a incriminação do crime de lenocínio simples centrada na liberdade sexual, visto que, o bem jurídico protegido não é (como deveria ser), a liberdade de expressão sexual da pessoa. Posto isto, iremos a seguir aprofundar sobre a questão em debate (RODRIGUES, 2012).

Desta forma também afirma que por não serem uma forma pacífica, muitos autores defendem a ideia de que a proteção vem através moralidade, fato que apresenta a grande insuficiência nos dados mundiais.

O direito penal só deve intervir quando é posto em causa o desenvolvimento de menores, ou quando, numa relação entre adultos, se utilize de meios violentos, enganosos, se provoque erro, ou quando se tire proveito do estado da pessoa indefesa. Nessa perspectiva, há o entendimento que a eliminação do elemento do tipo (exigência que era estabelecida até a reforma penal de 1998) gerou a inconstitucionalidade da norma. Entretanto, entendemos que nem mesmo a verificação do elemento do tipo justificava a incriminação, pois o que a versão de 1998 fez foi corroborar para o entendimento de que não se protege a liberdade sexual do indivíduo, mas um bem jurídico

transpessoal de origem moralista, através do direito penal (PEREIRA, 1996).

CAPÍTULO II

Compreensão da Teoria da Acumulação e do Delito

É possível encontrar dentre as mais variadas perspectivas passíveis de certa fundamentação as acumulações. De acordo com Silva Dias, existe a chamada fundamentação sistêmica, na qual a o privilégio, dos critérios de dano global ou do grande número. Na perspectiva do autor, tal forma é uma representação de um modo minudenciado os critérios dos quais compõem aquelas ações que quando vem a serem praticadas por uma grande variedades e quantidade de pessoas, de forma cumulada, presumivelmente terão um resultado danoso para o bem jurídico coletivo.

Alude o doutrinador que o primeiro passo que incumbiria ao legislador seria a verificação de tais atos, em quantidades e valores sociais diversos, individualmente praticados, que quando cumulados causaram um dano global, ou seja, atingiram "bens jurídicos vitais comuns". Ademais, tais atos quando por si só analisados não se mostram tão-só inofensivos, mas ainda benéficos para a sociedade, e, por sua vez, a proibição destes poderia resultar em prejuízo para a coletividade. (Silva Costa, 2009)

Além disso temos que os riscos oriundos das variadas acumulações não se tratam somente de uma opção dos indivíduos, mas sim, como características da sociedade de risco. A segunda classificação proposta por Silva Dias é aquela que foi proposta por Wohlers, com base em Feinberg.

Esta considera como sendo a pedra angular da acumulação, os atos praticados pelo chamado Trittbrettfahrer, ou como traduzido livremente por Silva Dias, "viajante sem bilhete".

Aqui, o agente, despreocupado com os efeitos negativos que podem advir de seus atos, utiliza-se da cooperatividade dos demais, em prol unicamente de si mesmo, tratando-se, nada mais que um aproveitamento dos bens coletivos de forma egoísta pelo agente. Assim, este se vale da situação de que a comunidade como um todo age de forma convergente à preservação dos bens jurídicos coletivos, para gozá-los sem ter de esforçar-se previamente. Isto é, permanece alheio a comunhão de esforços, e ainda retira o maior número de benefícios para si próprio quantos forem possíveis. (Silva Costa, 2009)

Nesse sentido é possível analisar o entendimento de Feinberg, no qual é inferido que enquanto de uma via os infratores obtém vantagem, de outra os indivíduos que zelam pela preservação do bem, sofrem uma perda valorosa. Analisando o trabalho de Wohlers, entende que Silva Dias acerca da sanção penal irá se advir das desigualdades jurídica. Contudo essa referida intervenção se depara com dois óbices, como aponta Silva Costa:

O primeiro deles é a de que os atos cumulados, para serem merecedores de aplicação penal, devem passar pelo “teste de uma análise realista”. Ademais, deve-se inferir se os atos praticados necessitam apresentar uma gravidade mínima para serem penalmente relevantes ou não. Para que o freeloading surja ligado à acumulação, são necessárias, ainda, duas condições, sendo que a primeira não subsiste sem a segunda, mas o contrário não é verdadeiro. A primeira delas é a de que reste cabalmente comprovado o caráter egoísta da ação, que estaria buscando vantagem nos atos

inocentes dos demais indivíduos da comunidade. E a segunda, é a de que a não aplicação de suficiente sanção produza uma ameaça ao bem jurídico. Isto é, a teoria do grande número é peça fundamental para a caracterização da acumulação. (Silva Costa, 2009).

Todavia, tal entendimento acabar por intuir uma ideia errônea ideia na qual a tutela dos componentes do meio ambiente, passa a ter um valor próprio, no qual se basta em si mesmo, totalmente independente do ser humano, ou seja, esta pode ser uma lógica jurídica exclusivamente centrada nos bens ambientais. De acordo com D'Ávila:

Em sentido diametralmente oposto, temos a visão antropocêntrica. Esta, por seu turno, coloca o homem como centro Universo, isto é, detentor de todos os valores, restando todos os demais seres como secundários. Em outras palavras, esta visão pressupõe que o objetivo principal da proteção do ambiente é a defesa da vida humana, enquanto que os bens naturais, não passam de meros instrumentos para satisfação das necessidades e manutenção da comodidade dos indivíduos. Em suma, essa corrente classifica a ecologia como sendo um estudo totalmente subordinado à antropologia, face à hierarquia valorativa de precedência desta em relação àquela. (D'Ávila, 2009)

O Autor ainda discorre sobre esse tema que:

Por fim, há a visão eco-antropocêntrica, que representa uma conjugação das outras duas correntes, de forma a atingir um equilíbrio, uma compreensão mais moderada, sendo que atualmente é a mais aceita pela doutrina. Esta linha de

estudo prima pela harmonia entre os indivíduos e o meio ambiente, posto que um depende de alguma forma do outro. Reconhecendo, assim, tanto a existência de bens jurídicos ambientais autônomos, quanto à relação destes com o ser humano, ou seja, o meio ambiente será protegido somente quando apresentar relação com a subsistência do indivíduo. Assim, segundo esta corrente, tanto o meio ambiente, como a coletividade apresentam-se referentes legítimos para o reconhecimento do bem ambiental. (D'Ávila, 2009)

Nesse período, o positivismo se instaura como a principal escola penal, substancialmente por meio de seus fundamentos, bem como critérios metodológicos. Assim há como consequência direta do sucesso das ciências naturais e exatas, o Direito Penal, se passa por uma transformação de variados paradigmas que, de acordo com Manuel da Costa Andrade, se traduzia no:

Desprendimento (e emancipação) não apenas em relação às construções cosmológicas ou às ontologias do jusnaturalismo, mas também e de forma mais imediata, em relação aos seus sucedâneos devidos ao romantismo ou hegelianismo (Manuel da Costa, 2004).

A doutrina, de maneira geral, tem as classificações nas figuras dos delitos cumulativos nos âmbito dos crimes de perigo abstrato, em especial para a tutela de bens jurídicos coletivos. Todavia a classificação tradicional não é tão rígida, há o entendimento que os delitos cumulativos venham a merecer um tratamento autônomo, porquanto as variadas ideias de ofensa e de perigo não são pressupostos de sua construção, como aponta Lima:

A relevância penal da conduta deriva do dever de cooperação para a preservação dos bens coletivos, estando submetida aos seguintes pressupostos:

a) a exigência de um juízo de prognose realista por parte do legislador penal, com base nos dados da ciências empíricas, que se não houver a sanção criminal há uma probabilidade de reiteração das ações praticadas de tal maneira a provocar uma lesão ao bem jurídico;

b) A delimitação do ilícito típico em conformidade com o princípio da insignificância, excluindo as condutas bagatelares do raio de incidência do Direito Penal;

c) a existência de limitações normativas ao dever de cooperação, as quais não são idênticas para todas as pessoas, como no caso de atividades consideradas socialmente valiosas apesar de suas repercussões perturbadoras do meio ambiente, desenvolvidas mediante licença do Poder Público. (Lima, 2009)

O pensamento jurídico nesse sentido pode então deixar de ser, visto e habitado pelas variadas questões típicas da realidade, bem como da sociedade, sendo essas das quais de fato venham a ser possíveis de se analisar de maneira crítica, bem como responder os problemas dos fins do Estado, para que a perda de relevo dos problemas dos fins do Estado.

Sendo assim, surge o entendimento do Estado como um fim-em-si-mesmo, além de surgir a ideia de um Estado de direito em termos puramente formais. (Lei n o 8.072, 1990)

Karl Binding foi capaz de notabilizar que por ser um expoente do Positivismo Jurídico. Há de acordo com aquilo que é expressado pela doutrina, coube a ele então a criação do termo "bem jurídico", assim como ter conferido ao

mesmo tempo o chamado “o direito de cidadania na dogmática jurídico-penal”. Nesse sentido Lima, 2009 aponta que:

Infere-se que o paradigma dos delitos cumulativos implica na imputação da responsabilidade pelo fato de terceiros, com base na mera probabilidade de repetição dos comportamentos, através de um juízo de prognose calcado na eventual ocorrência de um dano futuro. Nesse sentido, sustentamos que a proposta dogmática viola o princípio da culpa (entendido como princípio de imputação pessoal). Tal construção resulta na (indevida) absorção penal de condutas bagatelares, carentes de lesividade ou danosidade social, as quais seriam atípicas ou, no máximo, contra-ordenações, em nítida afronta aos princípios da ofensividade e da proporcionalidade. Reportando-se ao crime de poluição, a redação anterior do artigo 279 do Código Penal Português, em face da sua amplitude, abarcava em seu bojo infrações graves e, concomitantemente, outras destituídas de nocividade social, constituindo nítido exemplo de delito cumulativo. A revisão do Código Penal modificou o texto normativo, ao eliminar a expressão “medida inadmissível” e estabelecer o conceito de poluição grave. A aludida figura exige além da mera transposição dos valores-limite, a idoneidade lesiva da conduta como elemento constitutivo do tipo penal. Tal solução mostra-se plausível, possibilitando trazer ao crivo do Poder Judiciário inúmeros casos de danos ecológicos antes submetidos à excessiva discricionariedade

administrativa, o que gerava uma acentuada relativização do bem jurídico. (Lima, 2009)

Sendo assim, os adeptos ao positivismo legal, como posto por Binding tem a compreensão acerca daquilo que se vem a cometer de maneira exclusivamente de acordo com a lei, sendo estas as mais variadas competências, naquilo que para a determinação do bem jurídico, bem como de apontar as mais variadas formas, além das condutas que se tornam necessárias as intervenções do Direito Penal.

Todavia, por outro lado normalmente se é vedada ao jurista a posição de sugerir aquilo que viesse a ser um bem jurídico e também socialmente danoso para os efeitos de proteção legal. Sendo que a ele somente resta sujeitar-se ao que foi previamente delimitado como bem jurídico pelo legislador.

Então, como consequência de estrutura lógica, o homem encontrava-se num estado de absoluta subordinação ao poder do estado, que via de regra era opressor. Binding compreendia nesse sentido que não poderia haver qualquer que fosse o deslize mais grave do que considerar os bens jurídicos na perspectiva individualista, tendo em vista que considerava aquilo que o direito é uma elaboração da convivência social, além de ser com as pessoas, com as coisas, enquanto os elementos da comunidade jurídica.

Nesse sentido e contexto Manuel da Costa Andrade preleciona, uma passagem importante para a presente discussão:

A eficácia corrosiva da lesão do bem vai muito além da esfera jurídica do indivíduo. O bem jurídico é um conceito da ciência do direito público e não do direito privado. O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade, por mais individual que ele possa aparentemente ser. (Costa Andrade, S/A)

Diante disso, Binding, teve que ao se determinar aquilo que o bem jurídico poderia ser tudo aquilo no qual a norma se manifestasse, onde a concepção está

posta de maneira exclusivamente ao poder legislativo do que pode e também aquilo que não pode ser criminalizado, não compatibiliza com a essência de crime material construído desde a época o iluminismo.

Então, temos que as essências das definições daquilo que se define, como o que é crime, tendo em vista aqueles que assumem uma posição essencialmente positivo-legalista, é de se não permitir ligar as questões do conceito material de crime ao problema em que aquela verdadeiramente se inscreve, a saber, ao problema da função e dos limites do Direito Penal.

Nesse sentido, tem-se o contexto da realidade social na qual se origina interesses fundamentais do homem ou ainda da coletividade, em que o ordenamento jurídico reconhece e também tutela como bens jurídicos.

Posto isto, Binding e Liszt contribuíram na construção da concepção do bem jurídico e colocaram-no no centro da estruturação doutrinal do crime. Além disso, estes foram responsáveis por suscitar controvérsias referentes ao objeto do crime e ao conteúdo material da ilicitude. Contudo, apesar de contribuírem na concepção do bem jurídico, não trouxeram uma resposta exata aos questionamentos mais complexos originados por tal concepção. Nesse seguimento, suas obras encontravam-se sedimentadas na divergência, como também, por equívocos, prontos para conduzir debates na pulverização de escolas.(Costa Andrade, S/A)

Nesse sentido há que a ordem jurídica não tem a faculdade de se fazer surgir o interesse, e sim o contrário, ou seja essa tem o interesse que preexiste aos ordenamentos jurídicos e, não apenas com advento da lei, esse terá então de haver as transformações de interesse para o bem jurídico como um todo.

A título de exemplo temos que, o crime de tráfico de pessoas integra o título dos crimes contra as pessoas e está atualmente estabelecido no artigo 160º, capítulo IV, conforme descrito por Carvalho:

Tráfico de Pessoas: Artigo 160º "1. Quem, oferecer, entregar, aliciar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos: a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave; b) Através de ardid ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica, de trabalho ou familiar; d) Aproveitando-se da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou d) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controle sobre a vítima; é punido com pena de prisão de três a dez anos. 2. A mesma pena é aplicada a que, por qualquer meio, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos. 3. No caso previsto no número anterior, se o agente utilizar qualquer dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 ou actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de três a doze anos. 4. Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor, ou obtiver ou prestar consentimento na sua adopção, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 5. Quem, tendo conhecimento da prática de crime previsto nos nos 1 e 2, utilizar os serviços ou órgãos da vítima é punido com pena de prisão de um a

cinco anos, se a pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 6. Quem retiver, ocultar, danificar ou destruir documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima de crime previsto nos nos 1 e 2 é punido com pena de prisão até três anos, se a pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal". (CARVALHO, 2012, p. 676).

Vale ressaltar que os novos riscos advém de formas involuntárias, não somente por serem oriundos das mais variadas atividades humanas. Sendo assim é possível observar que em vista disso, os mais novos riscos têm sua formação nas costas dos sujeitos, de um modo invisível à percepção pública". (Silva Dias, 2003)

Se refere, ainda, naquilo que se coloca às sociedades modernas havendo uma clara e inequívoca ampliação das responsabilidades aos indivíduos como tais, deixando de lado os mais variados antigos focos de imputação desta, bem como a coletividade, as naturezas ou ainda propriamente o Deus, que por exemplo, tem como resultado dessa mudança, podendo se ter a conclusão de que

"à maior insegurança coletiva corresponde uma maior exigência de atribuição de culpa como forma expedita de explicar o dano e de gerar tranqüilidade social". (Silva Dias, 2003)

Em outras palavras, haverá uma maior necessidade de imputação de culpa para certos membros da sociedade, com o fito de estabelecer eficaz tranqüilidade para a coletividade. Nesse passo, a previsibilidade dos acontecimentos de outrora passa para o campo oposto, tanto no cotidiano, como âmbito do direito penal, uma vez que a previsibilidade não se apresenta mais como "limite da imputação geral".

Referindo que o doutrinador de que a sociedade de risco se coloca num reflexo direto acerca dos crimes de acumulação. Ou seja, que a idéia que transpassa dessa sociedade de risco, têm suas aplicações de maneira imediata nas possibilidades de imputação de condutas individualmente, bem como aquelas praticadas, sem aparente potencial lesivo, o que não podem, assim, serem perceptíveis como perigosas, para a sociedade, mas que quando tomadas sob um ponto de vista mais apurado, venham a adquirir o caráter danoso. O fundamento desta censura é um processo coletivo em que o agente sem dúvida participa, mas cujo desenlace de modo algum domina, em outras palavras, o autor tem conhecimento apenas de sua ação quando do momento de sua prática, quando ainda não apresenta qualquer possibilidade de dano.(COSTA, 2011) Após, desconhece a potencial ofensividade que poderá apresentar quando cumulado com outros atos. Nesse passo, questiona:

Pode a incriminação de um comportamento assentar em razões objectivas, sistêmicas, que escapam à percepção pública, ou seja, pode impor-se sob ameaça de pena uma acção cujo desvalor é invisível para a generalidade dos destinatários só porque a acção pode, segundo uma prognose realista, vir a ser praticada por inúmeros agentes? (Silva Dias, 2003)

Acerca das considerações da autora acerca do temas podemos destacar os seguintes pontos:

Dos pontos estudados no presente trabalho, almejamos apresentar as conclusões coligidas de forma sistemática: • Os denominados “crimes de acumulação” (Kumulationsdelikte), em sua forma original, requerem três condições imprescindíveis para a sua verificação no caso concreto, quais sejam, (a) a prática de atos individuais

aparentemente inócuos frente ao bem jurídico; (b) a soma de um grande número desses atos; (c) a possibilidade de lesão do bem jurídico. Em outras palavras, cada uma dessas ações individuais traz intrinsecamente um pequeno ônus, que quando somados com todos os demais atos semelhantes, excede o limiar que define os danos de maior relevância forma como foram proposto os crimes de acumulação por Kuhlen, estes teriam aceitação inviável no que diz com a teoria do direito penal. Como opção de acertamento dessa técnica, sugeriu o autor, sugestão com a qual estamos de pleno acordo, a análise desses crimes sob a luz do contexto de instabilidade em que estão inseridos os bens jurídicos ambientais, e não através da noção da acumulação. Nesse sentido, estaríamos diante da ofensa de cuidado-de-perigo, que, de acordo com o autor, analisa o fato de acordo com o contexto em que este está inserido, e então a partir daí, verifica quão provável é a ocorrência da ofensa. Nesse diapasão, aludiu como sendo mais correta a denominação desses crimes, como “crimes de perigo abstrato em contextos instáveis.”¹⁰⁰ • Isto é, conclui-se a partir do presente estudo que os crimes de acumulação devem ser considerados sob uma análise mais ampla da que foi proposta por Kuhlen, mais precisamente, de acordo com a ofensa de cuidado-de-perigo, posto que da forma que foi apresentada não teria condão preencher todos os requisitos impostos pela teoria do direito penal.

CAPÍTULO III

Bem Jurídico Tutelado pelos Delitos de Acumulação

Também conhecido como “Princípio da bagatela”, o princípio da insignificância citado por KausTiedemann, é considerado com um dos principais guias do direito criminalista, e segundo Bittencourt (2003, p.19), “é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”.

Antes de qualquer análise sobre o assunto, é preciso compreender o que de fato significa o termo princípio dentro do Direito. Princípios são tratados como a direção de qualquer questão científica, aprimorando as evidências e melhorando e embasando todas as questões que delas sairão. Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2001).

Sendo assim, o princípio da insignificância é considerado como o melhor método de interpretação das leis relacionadas à averiguação da irresponsabilidade penal devido às questões mais simples ou aquelas consideradas de “conduta banal”, pois não apresentam importância criminal dentro do aparato jurídico que podem chamar a atenção do Estado por fazer com que ele dedique maior tempo nisso. (GOMES, 2013, p. 51). Tal princípio, portanto, afirma que a determinação correta de uma decisão não é baseado em questões graves ou que afetem de forma negativa o bem jurídico. (MEROLLI, 2010, p. 349).

Para Diomar Ackel Filho, este princípio se trata de:

(...) aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal (ACKEL FILHO, 1988, p. 72-77).

Para Luiz Vicente Cernicchiaro:

[...] Os romanos, com a sensibilidade jurídica sentida ainda hoje, anunciaram o aforismo de *minimis non curat praetor*. Com efeito, as coisas insignificantes não devem ser consideradas. Modernamente, esse pensamento projetase, na doutrina, através da teoria da insignificância. Haveria razão, interesse qualificado para punir-se exemplificativamente a manicure que, no cortar a cutícula, ferisse ligeiramente a mão da cliente? O mesmo se a cabeleireira, ao secar os cabelos de uma senhora, superficialmente queimá-los ou provocar ligeira lesão corporal? No mesmo sentido, punir a título de furto alguém que, sem autorização do proprietário, retirasse um palito da caixa de fósforos alheia, para acender cigarro? Fisicamente, sem dúvida, houve resultado. Lesão corporal, nos dois primeiros exemplos, e diminuição do patrimônio no último. Normativamente, contudo, a conclusão é diversa, contrária, oposta. O Direito Penal só cuida de condutas que afetem significativamente o bem jurídico protegido. Essa afirmação conduz, necessariamente, a afastar-se o resultado normativo. Em outras palavras, afeta

o tipo. Conduz, por isso, à atipicidade da conduta. Tal concepção examina o tipo em sua estrutura material. Não se contenta em análise meramente forma (REVISTA JURÍDICA DA FAMINAS, 2007)

Apesar de não estar propriamente escrita e explicitada em lei, o princípio da insignificância, é apoiado por padrões mais representativos dentro do Estado Democrático de Direito, e é responsável pela alegação da validade de uma lei conforme as maneiras e formas comuns de aplicá-la, “como que exigindo uma extraordinariedade fática para a incidência da legislação penal em um sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante que possa, de fato, legitimá-la”. (LOPES, 1997, p. 34).

O surgimento do princípio da insignificância tem teorias controversas, entretanto, existem algumas que são mais famosas. Uma das principais alega que tal princípio pode ter origem no princípio jurídico *minima non curat praetor*, *deminimis non curat praetor* ou de *minis praetor non curat*, existente no Direito Romano, por meio do qual se afirmava que o juiz, denominado como *praetor*, via de regra, não deveria dar atenção às questões sem importância, desprezíveis ou os chamados “delitos de bagatela”. (RIBEIRO, 2008, p. 51-52).

Em contrapartida, existem aqueles que alegam que o princípio nasceu em terras alemãs logo depois no fim da primeira grande guerra, chamado de *Bagatelledelikte*, conjuntura tal que ocasionou o aumento de pequenos crimes, como por exemplo, furtos de objetos insignificantes. O intuito principal era minimizar a interferência penal em casos como crimes contra bens e propriedades que tivessem sido cometidos de forma muito irrelevante. Dessa forma, baseado no caráter da patrimonialidade, o conceito de insignificância veio à tona, e logo depois foi apresentado como um dos princípios de Direito Penal. (LOPES, 1997, p. 39)

Mais uma das especulações para o surgimento do conceito da insignificância, trata-se daquela que alega que o princípio tenha sido registrado no ano de 1964, por Claus Roxin (*Geringfügigkeitsprinzip*). Embora inspirado no *non curat praetor*, quem o reestruturou de forma mais científica foi o alemão Roxin, e o tornou parecido com o que se entende hoje: uma princípio contido no Direito Penal utilizado como forma de “exclusão da tipicidade penal”. Sendo assim, pode-se dizer que este é o princípio mais visto no meio do Direito Brasileiro.

O princípio vem sendo utilizado em atividade de forma correta na defesa ou na acusação, na maioria das vezes funciona de modo esperado, uma vez que isola as singularidades da questão que for à apreciação judicial. Quando o caso for incomum, ele isola a chamada “configuração do delito”. Sendo assim, de certa forma será diminuído os casos de prisões no Brasil, mesmo que apenas por pouco tempo, entretanto, ainda será de ajuda, já que a situação presidiária no Brasil sofre com a superlotação.

Conforme Luis Flávio Gomes, tal princípio:

se firmou como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal, sendo paulatinamente reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, após passar por um longo processo de formação, marcado por decisões casuais e excepcionais (GOMES, 2009).

A insignificância pode ser utilizada em várias áreas, mas ultimamente a área ambiental a tem usado em favor da defesa de certos crimes. Gomes, cita o Ministro Celso de Mello, explicando que é preciso de quatro componentes para a realização da ação:

(a) ausência de periculosidade social da ação,

- (b) a mínima ofensividade da conduta do agente – isto é: mínima idoneidade ofensiva da conduta,
- (c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e
- (d) a falta de reprovabilidade da conduta. (HC 84.412-SP6, rel. Min. Celso de Mello) (GOMES, 2009, p. 23).

Nos dias atuais, essas questões norteiam a utilização do princípio da insignificância em casos ambientais, entretanto é necessário uma maior compreensão, tendo em vista que a insignificância deve ser usada quando um dos três casos acontecer: “desvalor da ação”, “desvalor do resultado da ação”, ou até mesmo os dois casos juntos. Estes tratam de casos nos quais são possíveis a utilização do princípio em questão, a fim de excluir a tipicidade do caso.

Antes de prosseguir, é necessário entender o termo “tipicidade”. De acordo com este conceito somente a ação que tenha algum efeito prejudicial ao bem jurídico tutelado pelas leis penais, ou que tente algo prejudicial pode ser considerado como típica. Dessa forma, a tipicidade penal não se trata apenas de uma parte integrante da lei, como a tipicidade formal, mas inclui também o juízo de valor, que se mantém firme à importância do prejuízo constatado.

Segundo Greco:

Figurativamente, poderíamos exemplificar a tipicidade formal valendo-nos daqueles brinquedos educativos que têm por finalidade ativar a coordenação motora das crianças. Para essas crianças haveria ‘tipicidade’ quando conseguissem colocar a figura do retângulo no lugar que lhe fora reservado no tabuleiro, da mesma forma sucedendo com a esfera, a estrela e o triângulo. Somente quando a figura móvel se adaptar ao local a ela destinado no tabuleiro é que se pode falar em tipicidade formal; caso contrário não (2006)

Já no âmbito de delitos de acumulação, não são contados os prejuízos ou os perigos de se realizar uma ação prejudicial em cima de casos únicos. Ao contrário disso, é levado em conta o prejuízo realizado em torno de uma junção de ações. Tendo em vista a quantidade de bens jurídicos que são tutelados por esse tipo de delito, é possível que possa ser interpretada de forma distinta o princípio da lesividade, que agora, pode balizar os tipos de punição.

Sendo assim, são as quantidades de prejuízos menores ao bem jurídico coletivo que valida ou não os tipos de punição. Segundo Ana Carolina Carlos de Oliveira:

“Trata-se, em síntese, de uma soma de microlesões e de uma técnica de tipificação baseada em um grande número de atos. Nesse sentido, e conforme sustentam Wohlers e von Hirsch, a acumulação é mais do que uma técnica legislativa, é também um fundamento para a justificação ou legitimação de condutas perigosas contra bens jurídicos coletivos”.

Ainda conforme Oliveira:

“as condições para que se verifique uma conduta merecedora de punição com base na acumulação são: (i) prognóstico realista de realização de condutas; (ii) existência de resultado efetivo, ainda que reduzido; (iii) consideração de condutas pouco significantes”.

Esta discussão acerta em cheio as questões relacionadas ao meio ambiente, uma vez que quando se toca no assunto de equilíbrio ecológico, deve-se ter em mente que todos os animais e plantas fazem parte de tal equilíbrio. Sendo assim, a remoção de um único animal ou planta do ambiente pode acarretar consequências trágicas que aparentemente não são consideradas sérias.

Nesse sentido, o bem a ser tutelado se trata do meio ambiente e se torna mais importante e relevante, e já que a lei não afirma e explicita a quantidade de animais a ser extinta para se caracterizar o crime, é bem possível que somente o desaparecimento de um único animal de uma espécie pode ser fatal para o desequilíbrio.

Dessa forma, para grande parte das leis o preceito de insignificância se encontra intimamente ligada ao chamado “desvalor normativo de resultado”, e de certa forma é usado de forma injusta, e portanto, trabalho juntamente com o desvalor da ação, conceito tal que entende de forma equivocada o que é injusto ou errado, que se relaciona com a parte do Direito que lida com valores éticos.

Tal princípio então exclui as penalidades impostas a casos que são considerados desprezíveis ou irrisórios, devido ao fato de não serem importantes de certa forma ao Direito, e por isso, não são tidos como relevantes para o âmbito jurídico já que tratam de prejuízos pequenos ao bem jurídico e que são constantemente praticados.

Diante do exposto, em relação à questão ambiental é preciso ter em mente então que qualquer prejuízo ou crime, de acordo com o princípio da insignificância, precisa ser visto com uma soma de casos e não como apenas um único delito.

Sendo assim, é aberta a discussão de que alguns crimes e prejuízos devem ser tratados como “delitos de acumulação”, já que se isso não acontecer serão encarados como irrelevantes à Lei, tendo em vista que se avaliados solitariamente será chegada na conclusão que seus danos são muito pequenos para uma penalidade.

Em relação aos delitos de acumulação, Fábio Roberto D’Ávila afirma que:

deve-se tomar “o delito de acumulação não mais sob uma hipótese de repetição ou a partir de uma lógica de prevenção geral, e sim como elemento real inserido, no

exemplo dado, quer na aferição do grau de poluição já existente em uma determinada área, quer nos índices variáveis de emissão de poluentes (RBCCrim, ano 15, n. 67, p. 51-53).

Se pensarmos nos temas de responsabilidade penal dentro da sociedade de riscos aparece, no meio de tantos assuntos que são tão comentados atualmente, o debate relacionado à razoabilidade de penalidades impostas aos delitos únicos tomados como o coletivos. Por isso, é constantemente avaliado se delitos e ações realizados pela maioria das pessoas devem ser considerados com um tipo de crime com direito à penalidade quando realizado de maneira individual. (SILVA DIAS, 2003, p. 435-436).

Se no caso, a sociedade contemporânea tem a necessidade de proteger os bens jurídicos de possíveis danos por meio de penalidades, os delitos de acumulação, considerados então como “perigo abstrato”, obrigam o magistrado a lidar com o problema como se os perigos fossem estatísticos, consequente da junção de ações inocentes e inofensivas quando vistas individualmente, mas arriscadas ao bem jurídico quando tratadas em conjunto. (GARCIA - PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 375).

Dessa forma, os delitos por acumulação aparecem para cobrir as ações que são tidas como inócuas com referência ao bem jurídico em questão e que não podem entrar na categoria de crime. Entretanto, se tais ações forem cometidas por mais pessoas, e forem constantemente repetidas, podem ter sua importância aumentada aos olhos do Direito Penal (D’ÁVILA, 2009, p. 118).

De acordo com a explicação de Silva Dias, o termo acumulação é “dogmático, normativo, que serve para a interpretação de certos tipos penais em circunstâncias específicas, que se pretende incorporar como norma da parte geral do direito penal”. (DIAS,2003). Além disso, a “repetição reiterada e cientificamente

comprovada de condutas, cuja existência poderá acarretar perigos reais ou mesmo sérios danos aos bens jurídicos” (GONÇALVES, 2010).

De acordo com o conceito de acumulação um delito aparentemente desprezível se torna, jurídico-penalmente um ato de extrema importância. Uma ação não é apenas uma ação solitária, ela se torna a soma de ações realizadas ao longo de um tempo devido ao fator acumulante. A questão de se acumular pequenos prejuízos é certamente o problema que se é criado ao aparato jurídico e aos bens quando muitas dessas ações de acumulam. (SAAD-DINIZ, 2012, p. 150).

Conforme Gonçalves:

Quando da existência de uma dúvida relativa a uma real e imediata periculosidade para tal bem, usa-se a ideia de acumulação de condutas, a fim de se legitimar a aplicação jurídico-penal concreta contra os autores de uma conduta assim considerada. Em outras palavras, é a acumulação uma repetição reiterada e cientificamente comprovada de condutas, cuja existência poderá acarretar perigos reais ou mesmo sérios danos aos bens jurídicos-penais coletivos. Surge a ideia de delitos cumulativos. (GONÇALVES, 2010, p. 110).

Aqueles que são a favor do conceito de acumulação alegam que o legislador, no momento que estiver realizando algum trabalho realizado a pequenos delitos, deve realizar uma pesquisa e avaliação bem delimitada com base nos estudos sobre o assunto avaliado a fim de contabilizar os prejuízos deixados quando uma ação acontecer diversas vezes. Além disso, é preciso ser capaz de ter provas que tais ações serão realizadas constantemente e de forma grosseira, provocando assim danos a um bem jurídico, fato que defende as penalidades criminais.

Joel Feinberg, no ano de 1984, analisou em seu texto *Whatifeverybodydid it?*¹ as questões citadas acima por meio do estudo de dois casos específicos, sendo utilizados também por Lothar Kuhlen com o título *Kumulationdelikt*², após algum tempo, com o intuito de entender os limites impostos pelas leis penais para os crimes contra o meio ambiente. (BECHARA, 2010, p. 3-5). Entretanto, aqueles que o apoiavam em sua empreitada decidiram expandir os estudos para outras áreas concernentes ao Direito, uma vez que as ações cumulativas podem ajudar a estender a injustiça em certas decisões judiciais.

Sendo assim, os delitos por acumulação tem por principal aspecto a necessidade de uma verificação do nexos de causalidade que possa vir a existir entre a ação realizada pelo homem e os prejuízos gerais causados, visto que os dois casos não acontecem juntamente no mesmo espaço de tempo, e portanto, não podem ser julgados da mesma forma, já que se torna complexo definir ambas ações distintamente. (SILVA DIAS, 2003, p. 437).

Logo, tratando-se de um bem jurídico caracterizado como supraindividual pode dificultar a processo de individualização do prejuízo, mas também pode solucioná-lo. Ações causadoras de danos, quando realizadas seguidamente, podem se tornam assuntos importantes, pois, não tendo uma proibição sancionatória, são capazes de agravar a situação de valor que tinha como intuito ser protegido. E dessa forma, a proteção do bem jurídico se torna uma assunto relativo e como muitos “porém”.

Concernente aos delitos por acumulação, existem duas diretrizes fundamentais nas quais se baseiam o princípios. Uma delas se fundamenta nos princípios da sociologia e a segunda tem por fonte a filosofia e a moral. Aquela

¹ E se todos fizéssemos?

²Delitos cumulativos

que se baseia na sociologia tem por objeto de estudo a influência de danos e prejuízos de ações únicas e sem relação entre tais para a sociedade em geral. Em outras palavras, trata-se do “dano cumulativo”, como aqueles prejuízos que acontecem coletivamente, que é resultado de pequenos erros acontecidos em massa (SILVA DIAS, 2003, p. 310-311).

Os grandes perigos que podem perturbar a continuação da vida humana no planeta saem do montante das atividades feitas por individualmente e que, muitas vezes, não aparentam ser danosas, pois são realizadas de forma automática pela influência da tecnologia, modernização, e pelo mercado. “A sociedade de riscos não é uma opção, e o risco tem sua gênese em ações de consequências imensuráveis” (SILVA DIAS, 2003, p. 311-312).

Exemplo claro do assunto é a situação atual do meio ambiente. Não é possível afetar todo um ciclo natural com apenas uma única ação danosa, mas se contabilizarmos várias dessas ações ocorrendo todos os dias ao longo de anos, fica evidente que o meio ambiente é o bem jurídico mais importante tido até hoje, e precisa ser protegido. Sobre o assunto, Ângelo Roberto Ilha da Silva afirma que:

Um sinal evidente da necessidade de preservação do meio ambiente pode se notar nas alterações do ozônio contido na estratosfera, cuja camada está a uma altura um pouco além do 20Km da superfície da Terra. Esse gás é tão imprescindível que sem ele a vida seria impossível sobre a face da Terra, pois funciona como uma camada protetora dos raios ultravioleta provenientes do sol. O assim chamado buraco na camada de ozônio traz como consequência o aquecimento de nosso planeta, além de problemas cancerígenos e deterioração de plantas e animais.

O perigo sofrido pelo planeta devido ao aumento de atitudes que vão contra a proteção do meio ambiente e que não são percebidas ou que são ignoradas já não pode ser contado, e portanto, apontam para a abertura de uma discussão que defende que certas ações, aparentemente inofensivas, devem ser revistas perante a lei, e tomadas como crime, focando sempre no autor da ação (SILVA DIAS, 2003, p. 313).

Dessa forma, a complexidade envolvida no ato de avaliar e calcular os perigos e danos causados a um bem jurídico específico traz à tona a discussão sobre "cumulatividade". De acordo com Gonçalves (2010, p.110), "é através da busca por um equivalente material para se chegar a uma causalidade lesiva real a valores fundamentais que surgem institutos que preconizam a prevenção". Entende-se então que a comunidade precisa de uma forma de punição para não cometer ações em favor da proteção de um bem.

Quando se deseja punir atos contrários à proteção de bens jurídicos individuais devido a ações não perceptíveis, abre-se uma discussão sobre justiça. A chamada, pelo Direito, de "violação de valores de difícil delimitação", entretanto, pode influenciar diretamente o avanço e crescimento de tais cidadãos que fazem parte da supracitada comunidade, o que faz com que os debates relacionados aos delitos por acumulação e seus meios de acontecimentos que podem aumentar as chances de riscos é de extrema necessidade (BOTTINI, 2006, p. 75).

Juntamente com essa questão, é bem perceptível que as comunidades atuais tendem a procurar um culpado a quem responsabilizar para os atos danosos, a fim de buscar uma vivência tranquila em sociedade, diante da realidade de periculosidade atual. Questões que foram antigamente consideradas como "querer de Deus", forças naturais, ou até mesmo culpa da índole do ser humano, são agora repensadas com mais coerência e não são tidas como inesperadas ou repentinas:

[...], o homem se vê como vítima de seu próprio produto de laboratório. Seu produto é a tecnologia, e essa traz como “acessórios” grandes riscos que afetam uma quantidade massiva de pessoas. Se o homem é responsável por “fabricar” aqueles, então, tudo aquilo que nos afeta pode ser – e provavelmente deve ter sido – resultante de uma ação humana, o que nos leva – como que automaticamente – à atribuição de responsabilidades pessoais. Nesse sentido, a ideia de acumulação ganha seu fundamento na preservação da própria coletividade, como um meio de se imputar individualmente condutas que sejam causadoras de “autodestruição” humana, seja essa considerada a partir da expectativa futura de vida sobre a Terra. [...]. (GONÇALVES, 2010)

O autor ainda continua:

Assim, não é nosso agir mais individual, mas sim coletivamente considerado, o que nos transporta a uma responsabilidade coletiva por ação praticada. Portanto, ações individuais inócuas e com lesividade irrelevante – mas certamente cocausadoras dos grandes riscos pelos quais passamos todos – se tornam ou se transportam para uma significância social. Em outras palavras, a já referida necessidade de imputação individual por algum dano é resultante da visão coletivo-social que se tem sobre aquele contributo. (GONÇALVES, 2010, p. 110).

A segunda diretriz que norteia a acumulação apoia o conceito de “desvalor do contributo individual”, ou seja, apoia-se na ideia daqueles que tiram vantagem do sentido cooperativo de outras pessoas quando se trata de uma finalidade

comunitária que poderá beneficiar todos. Com o nome *free-rider* ou “o viajante sem bilhete”, na língua portuguesa, o termo apresentado diz respeito aqueles que conseguem um benefício, mesmo sem cumprir regra alguma, em cima do malefício de outros que se desgastam para cumpri-las (SILVA DIAS, 2003, p. 316).

O princípio de que todos são iguais perante a lei pode ser quebrado, e quando é violado o fato de que todos possuem os mesmos direitos e mesmos deveres, abre-se espaço para as penalidades. Sendo assim, quando um cidadão se beneficia do cumprimento de leis de outro a intervenção penal é totalmente justificável. (SILVA DIAS, 2003, p. 317).

De acordo com Gonçalves (2010):

Uma fundamentação com base na filosofia moral significa, para nossos fins, que é feita uma análise de desvalor sobre a conduta propriamente dita. Uma conduta aproveitadora em sentido negativo – considerando os padrões morais de uma sociedade democrática que tem como regra a existência de indivíduos cooperantes –, já que aquele aproveitamento advém de uma “malícia” moralmente desvalorada. O agente praticante da referida conduta é classificado como *free-rider*, sendo aquele indivíduo que age em benefício próprio, aproveitando-se da colaboração de terceiros para aferir vantagens (em qualquer sentido) “injustas”. Enquanto terceiros cumprem as regras para a consecução socialmente benéfica de um bem comum ou para a preservação de um bem supraindividual, o *free-rider* assim não faz, mas, felizmente ou não, se beneficia e desfruta daquele objeto ou bem da coletividade como se cooperante fosse. (GONÇALVES, 2010, p. 119).

De forma contrária tem-se o chamado de “homem cooperante”, termo que refere-se aquele cidadão que respeita inteiramente as leis, que as respeitas, tendo em visto, que é capaz de deixar sua liberdade individual para se tê-la coletivamente. De certa forma, “homem cooperante” trata-se de uma concepção liberal do conceito. Segundo Guirao (2005), tal homem pensaria de tal forma: “se deixo de fazer isso e outras pessoas também o fazem, desfrutarei de mais benefícios que se tiver uma atitude precipitada, egoísta e com fins imediatos”.

Dessa forma, o termo desvaloriza as ações do *free-rider*, uma vez que este último fala sobre benefícios mesmo não realizando ações cooperativas, e afirma que os honestos sofrerão perdas. De acordo com Feinberg:

The
wrongful exploitation of misfortunes and unhappycircumstances may or may not involve specific unfairness, but in either case it produces a form of unjust gain that offends the moral sense of the observer in a way similar to that of genuinely unfair freeloading.
Part of what seems outrageous in the cheating and freeloading cases is that A, who is morally defective, should gain relative to B and others precisely because B and the others are morally superior to him. This puts the moral universe out of joint: untrustworthiness is rewarded and honesty is penalized (or at least unrewarded) (FEINBERG, 1988)

Logo, o “homem econômico”, em contrapartida, age de acordo com as vantagens que suas ações poderão trazer a ele, e portanto, escolhe aquilo que o agrada:

De um ponto de vista egoísta, cada pessoa se sente tentada a deixar de fazer a sua parte. Ela se beneficia do bem público em qualquer hipótese; e mesmo que o valor social

marginal de cada dólar de imposto pago por ela seja muito maior do que o do dólar marginal gasto consigo mesma, apenas uma pequena fração do imposto redonda em sua vantagem. Essas tendências que se originam do egoísmo conduzem à primeira espécie de instabilidade. Mas, desde que, apesar do senso de justiça dos seres humanos, a aceitação de empreendimentos cooperativos depende de que os outros farão a parte que lhes cabe, os cidadãos podem sentir-se tentados a deixar de dar a sua contribuição quando acreditam ou com razão suspeitam de que os outros não estão dando a sua. Essas tendências que nascem de apreensões acerca da lealdade dos outros conduzem à segunda espécie de instabilidade. (RAWLS, 1997)

No entanto, o *freeloading* não é caracterizado apenas como ter benefícios em cima das ações justas de outrem. O delito por acumulação apenas será penalizado se apresentar riscos ou danos, ou seja, as atitudes precisam continuar ocorrendo para que haja uma preocupação em relação ao bem. (SILVA DIAS, 2003, p. 319-320).

Posto isso, é necessário saber diferenciar que os delitos de acumulação não são iguais à causalidade cumulativa e de autoria acessória. Na "causalidade cumulativa", a quantificação dos motivos de certa ação traz um resultado chamado de "material", resultado esse que não aparece nos delitos cumulativos. Para Silva Dias (2003, p. 108), "a acumulação sugere uma tal dispersão no espaço e no tempo das condutas que a integram, que impede que se possa razoavelmente falar de um único facto e um único contexto de risco".

Na causalidade cumulativa há uma única consequência que, por sua vez, é consequência de várias únicas ações. Em outras palavras, na causalidade cumulativa, os preceitos não consideram o tamanho do prejuízo de uma ação, entretanto, consideram o tamanho do prejuízo futuramente caso as ações continuem ocorrendo. (CUESTA AGUADO, 1995)

Dessa forma, não é preciso uma avaliação contendo a “relação de causalidade e de imputação objetiva” entre as ações realizados e os prejuízos causados. De acordo com Silva Dias, citando Hefendehl, se tal avaliação fosse necessária, seria considerado como crime aquelas ações que oferecessem grandes riscos ao bem, sem chances de solução, criando então uma “situação de relativização” (DIAS, 2003)

Na autoria acessória, em contrapartida, que conta com muitas críticas, existe apenas uma ocorrência, enquanto a acumulação conta com diversas ocorrências. (SILVA, 2006). Nesse sentido:

A dispersão no espaço e no tempo das condutas integradas na relação de acumulação impede falar de modo racional de um único fato e de um único risco ao qual se teria contribuído. Assim, nos casos de acumulação nos encontramos diante uma espécie de autoria acessória universal de um fato global e permanente (SILVA-SÁNCHEZ, 2002)

Para aqueles que defendem a ação cumulativa como sendo um crime alegam que é necessário dois métodos para que ela possa ser considerada aceitável:

In applying the harm principle, then, the legislator must acquire the best empirical information he can get about the read iness of persons generally (and also their opportunities and abilities) to act in the way whose prohibition he is considering. If, as a

matter of fact, not enough persons will act in the way in question to affect adversely any public interest, then there can be no harm in permitting those actions, even if their general or widespread performance would be disastrous (FEINBERG, 1984)

Apresentada a diferença, é preciso então compreender em que tipo de classificação entraria os delitos por acumulação. O conceito chamado de *Kumulationdelikt*, como já explicado, vem dos textos de Kuhlen, de acordo com penalidade do Código Penal Alemão (§ 324 do StGB).

O texto, de certa forma, coloca os delitos cumulativos dentro da área dos crimes considerados como de “perigo abstrato”, a fim de manter a proteção dos bens jurídicos coletivos. Apesar de a tradição não classificar tais delitos de forma severa é necessário compreender que os delitos cumulativos precisam de atenção especial e independente, tendo em vista que o termo “perigo” não costuma ser uma premissa deste assunto.

Portanto, a importância dada ao tema, com até mesmo risco de penalidades quando não houver a proteção dos bens, fica sujeito aos requisitos seguintes:

- a) a exigência de um juízo de prognose realista por parte do legislador penal, com base nos dados da ciências empíricas, que se não houver a sanção criminal há uma probabilidade de reiteração das ações praticadas de tal maneira a provocar uma lesão ao bem jurídico;
- b) A delimitação do ilícito típico em conformidade com o princípio da insignificância, excluindo as condutas bagatelares do raio de incidência do Direito Penal;

c) a existência de limitações normativas ao dever de cooperação, as quais não são idênticas para todas as pessoas, como no caso de atividades consideradas socialmente valiosas apesar de suas repercussões perturbadoras do meio ambiente, desenvolvidas mediante licença do Poder Público. (HIRSCH, WOHLERS; 2007)

A partir da aceitação do princípio da insignificância pelo Direito Brasileiro, fez-se uma tentativa de se ignorar a tipicidade dos delitos. A legislação, com o passar dos anos, tomou a atitude de fazer certas ações para a realização da norma que tomaram como base e ponto importante a tipicidade do bem jurídico e o como as atitudes realizadas contra a sua proteção poderiam afetá-lo de forma a gerar consequências penais.

Em grande parte, não há pessoas que coloquem contra o princípio da insignificância com o intuito de se apagar a tipicidade do delito. Entretanto, ainda não se tem uma solução, uma vez que, embora a aceitação do princípio não tenha opositores, os requisitos necessários para que seja posto em prática são um grande problema a ser solucionado, uma vez que ainda não existem saídas coerente dentro do Poder Judiciário para se colocar em prática. (SILVA et al, 2014, p. 07-08).

Devido ao aumento desenfreado de problemas que estão relacionados com danos deixados ao bem jurídico individual a partir de crimes considerados cumulativos, além do fato de que a sociedade atual vem mudando radicalmente sua forma de encarar perigos e danos, como até mesmo uma meio e intervenção estatal, é preciso enxergar o princípio da insignificância com outros olhos a fim de que seja facilitado sua função na prática.

Os crimes que mais se aplicam à categoria de acumulativos, como já citado anteriormente, são os relacionados ao meio ambiente, como por exemplo os chamados Crimes Ambientais, contudo existem diversas outras áreas que podem

ser contemplados com tais delitos. No tocante aos delitos que provocam danos ao meio ambiente, pode-se dizer que existem diferenças nas legislações em relação ao princípio da insignificância, como apresentado abaixo:

Primeiramente, é mostrado uma visão que se mantém contra a adesão do princípio da insignificância no tocante de tais crimes, que acredita que qualquer pequeno prejuízo ou dano pode afetar diretamente o bem jurídico em questão, e portanto, deve ser indubitavelmente penalizado

Segue abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS CONTRA A FLORA. ART. 39, DA LEI 9.605/98. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, EM MATÉRIA AMBIENTAL, POIS A LESÃO AO MEIO AMBIENTE É CUMULATIVA E PERCEPTÍVEL SOMENTE A LONGO PRAZO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70055398580, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 24/10/2013)

EMENTA: PENAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO E COM A UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS NÃO PERMITIDOS. ARTIGO 34 DA LEI Nº 9.605/98. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE EFETIVA CAPTURA DE PEIXES. MATERIALIDADE COMPROVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RELEVÂNCIA PENAL. PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEUTRAS. REDUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. [...]. 5.

Tratando-se de crime formal, no qual o risco de lesão ao equilíbrio do meio ambiente, em especial à fauna aquática, presume-se pela conduta descrita no tipo penal, é inaplicável o princípio da insignificância. Precedentes. 6. [...] (TRF4, ACR 0000121- 61.2010.404.7103, SÉTIMA TURMA, Relator JOSÉ JACOMO GIMENES, D.E. 02/06/2016)

No entanto, existem aquelas pessoas que concordam com a utilização do princípio da insignificância perante os delitos cumulativos, de acordo com os tipos de crimes cometidos, que poderão ser revistos conforme algumas especificações realizadas pelo Tribunal Federal, como por exemplo a intenção da pessoa ao realizar a ação, a contenção ou não de perigo à sociedade, entre outros.

Diante de tais detalhes complexos que englobam o conceito, é de responsabilidade única e extrema da pessoa que julgará o fato, perceber e realmente há perigo na existência das ações. A conjuntura da situação, muitas vezes, não é de conhecimento do legislador ou juiz, e portanto, deve ser tomada uma atitude com bases em outros princípios.

Sendo assim, segue abaixo algumas decisões realizadas por um único Tribunal, mas que mostram percepções e conhecimento distintos:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 34 DA LEI Nº 9.605/98. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. É possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais. 2. Verificadas as circunstâncias específicas do caso concreto, justificada a incidência do princípio da insignificância. (TRF4 5002368-34.2013.404.7002, SÉTIMA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 04/05/2015)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. CRIME AMBIENTAL. ART. 34 DA LEI Nº 9.605/98. PESCA EM LOCAL NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

1. No trato de questões relacionadas ao cometimento de ilícitos contra o meio ambiente, a aplicação do princípio da insignificância merece a máxima cautela, tendo em vista o interesse coletivo envolvido e o cunho preventivo conferido à tutela penal ambiental.

2. Em situações excepcionais, quando evidenciada a ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, a ausência de periculosidade social da ação, o grau ínfimo da reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão ao bem jurídico, é cabível a aplicação do princípio da insignificância. (TRF4 5022730-74.2015.404.7200, SÉTIMA TURMA, Relator RODRIGO KRAVETZ, juntado aos autos em 21/07/2016)

O que é apresentado acima, primeiramente, apresenta uma ideia de que o princípio da insignificância não pode ser posto em prática, uma vez que compreende que toda conduta deve ser tida como perigosa e importante. Entretanto, de forma contrária, em uma segunda forma de se ver a situação, e alegado que o juiz deveria analisar o caso de forma individual e assumir os possíveis risco trazidos pelas ações.

Em suma, nenhuma das duas considerações pode ser tida como certa. A completa exclusão do princípio da insignificância dentro do âmbito do meio ambiente pode fazer com que certas ações, tidas como insignificante e inócuas, sejam julgadas e condenadas. Por outro lado, é claro perceber que apenas o

conhecimento individual de uma magistrado não deveria ser preceito para um julgamento da aplicação ou não do princípio da insignificância.

Sendo assim, o julgamento de uma ação por acumulação precisa ser analisada com tempo e conhecimento dentro do legislativo, além de ser avaliada a necessidade de penalização de certas ações mal vistas pela sociedade, que podem ser inofensivas e até mesmo sem valor quando realizadas de forma individual, mas podem trazer sérios problemas se continuarem se alastrando.

De certa forma, a própria pessoa que se responsabiliza por fazer uma norma ou lei que julgue as ações cumulativas, sempre tomará como princípio que elas se repetirão ao longo do tempo. Tal contexto de repetição continua, na maioria das vezes, procede de uma questão econômica envolvida no assunto, mas pode não estar relacionada. Entretanto, o que se preocupa realmente é a questão da tutela do bem jurídico. Portanto, a resposta mais rápida e prática a ser dada é penalizar tais ações.

A primeira avaliação feita pela pessoa que criará as leis determinará a significância das ações a serem julgadas, mas entretanto, ainda assim, será necessário uma avaliação feita por uma pessoa com poder de julgar tais ações. Sendo assim, é possível acreditar que ainda existam condutas que mesmo sendo severamente criticadas não deveriam ser penalizadas pelo legislador.

Por isso que, até hoje, procura-se insistentemente uma forma de se aplicar o princípio da insignificância aos delitos de acumulação. A exclusão ou inclusão extrema do princípio em qualquer situação pode trazer resultados desagradáveis para a sociedade moderna e para o Direito, pois tanto a total aplicabilidade da insignificância e a total exclusão não satisfaz as necessidades de um julgamento justo para os casos de delitos de acumulação.

CONCLUSÃO

Os denominados “crimes de acumulação” (Kumulationsdelikte), de modo bem original, tem três condições imprescindíveis para a sua verificação seja factual, são elas:

- (a) a prática de atos individuais aparentemente inócuos frente ao bem jurídico;
- (b) a soma de um grande número desses atos;
- (c) a possibilidade de lesão do bem jurídico. Em outras palavras, cada uma dessas ações individuais traz intrinsecamente um pequeno ônus, que quando somados com todos os demais atos semelhantes, excede o limiar que define os danos de maior relevância.

D’ávila ainda aponta que:

Os crimes de acumulação foram objeto de estudo de diversos doutrinadores, os quais foram responsáveis por críticas cruciais ao seu conteúdo dogmático. Dentre as que podemos classificar como sendo mais brandas, temos a exposição de Hirsch, que se incumbiu de referir apenas algumas pequenas alterações na substância da teoria dos crimes de acumulação, concluindo que estas seriam suficientes para a inserção desse instituto no âmbito de validade jurídico-penal. De outra via, há aquela outra corrente que se demonstrou veementemente contrária aos crimes de acumulação. É possível inferir-se dessa, críticas no que tangem à legitimidade, culpabilidade, proporcionalidade, bem como ofensividade. Quanto à última, observamos a teoria de D’Ávila, que demonstrou que a na forma como foram proposto os crimes de acumulação por Kuhlen, estes teriam aceitação inviável no que diz com a

teoria do direito penal. Como opção de acerto dessa técnica, sugeriu o autor, sugestão com a qual estamos de pleno acordo, a análise desses crimes sob a luz do contexto de instabilidade em que estão inseridos os bens jurídicos ambientais, e não através da noção da acumulação. Nesse sentido, estaríamos diante da ofensa de cuidado-de-perigo, que, de acordo com o autor, analisa o fato de acordo com o contexto em que este está inserido, e então a partir daí, verifica quão provável é a ocorrência da ofensa. Nesse diapasão, aludiu como sendo mais correta a denominação desses crimes, como “crimes de perigo abstrato em contextos instáveis.”

Já um posicionamento mais razoável e do qual possa atender aos interesses coletivo, e no que tange ao bem jurídico a tradução de condições ou ainda as finalidades fundamentais para os desenvolvimentos das pessoas, seja no sentido da realização dos seus direitos fundamentais, bem como aquele do funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade, Roxin aponta que:

A constituição materializa a atividade punitiva estatal através do conceito de bem jurídico e, tal bem, enquanto garantia de liberdade, fundamenta-se na legalidade da incriminação quando a conduta provocada coloca em causa o livre desenvolvimento do indivíduo e as condições necessárias para esse desenvolvimento (Roxin, 1997)

Já Fernando Torrão tem uma proposta de uma estrutura onco-valorativa acerca do bem jurídico, que se põe no seguimento de que o bem jurídico-penal deve ser encontrado nos grandes espaços do consenso social, retratando valores

fundamentais que estarão materialmente compreendidos na ordem axiológica social, o autor aponta:

A experiência valorativa em que se apoia a lei penal pode ser problemática. Numa sociedade aberta e pluralista as profundas divergências de opinião acerca das normas sociais devem aceitar-se não só como uma questão inevitável, mas também da livre discussão dos problemas sociais. Por isso é incompatível criminalizar uma conduta que se oponha à concepção da maioria ou ao modelo médio de comportamento (...). A estigmatização de um comportamento como criminoso deve (...) limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo em geral, é possível as pessoas conformarem-se. (Fernando Torrão APUD NATSCHERADETZ, 1985)

Ademais, é importante frisar que os variados princípios da precaução e da prevenção nesse tema têm de serem otimizados à luz dos princípios da necessidade de pena, da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal. Assume relevo, nessa seara, o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Civil, com critérios de imputação mais flexíveis, admitindo-se, v.g., a aplicação da teoria do risco integral em matéria de comprovação do dano ambiental, a inversão do ônus da prova, entre outras técnicas de tutela do meio ambiente.

Os delitos de letocínio, como também são conhecidos, foram estudados e analisados por uma série de doutrinadores, que além de várias outras pesquisas, acabaram por ser responsáveis pelas críticas mais relevantes ao seu conteúdo dogmático. Um dos expoentes da classificação mais suave, podemos considerar a

doutrina de Hirsch. Por outro lado, existe a linha que se colocou totalmente contra à consideração crimes de acumulação.

Conclui-se que a partir do presente estudo que os crimes de acumulação devem ser considerados por meio de uma análise de forma mais generalista e ampla da que foi proposta por Kuhlen, em especial, de acordo com a ofensa de cuidado-de-perigo, posto que da forma que foi apresentada não teria condão de fato para preencher todos os requisitos impostos pela teoria do direito penal, tendo em vista a Constitucionalidade e as inconstitucionalidades dos Delitos de Acumulação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. *Bol/IBCCRIM*, n. 208, v. 17, 2010.

_____. Perspectivas de una nueva política criminal. *Revista Penal*, n. 1, 2001.

_____. Vendedor ambulante, contrafação de mídias e acumulação: a discrepância de um fundamento. *Bol. IBCCRIM*, n. 209, v. 17, 2010.

ACKEL FILHO, Diomar. Princípio da insignificância no direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo, v. 94, p. 72-77, abr.-jun. 1988.

Alcácer Guirao, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 8, v. 4, publ. 13.05.2002.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Reimpressão. Editora: Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., p. 65.

Bechara, Ana Elisa L. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mimeo, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 208, p. 03-05, mar. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral*. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2003. v. 1.

BORGES, Anselmo. "O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. nº 10, Coimbra: Coimbra Editora, 2000

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO, Américo Taipa de. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2º edição*, Coimbra Editora, 2012, p. 676

Cerezo Mir. *Curso de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2004.

Costa Andrade, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, abr.-jun. 1992, p. 185.

COSTA, Lauren Loranda Silva. **Os crimes de acumulação no direito penal ambiental**. EDIPUCRS, 2011.

CUESTA AGUADO, Paz M. de La. Causalidad de los delitos contra el medio ambiente. Valencia: Tirantlo Blanch, 1995, p. 86.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2009.

DIAS, Augusto Silva. "What if everybody did it? Da incapacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 13, 2003, p. 308.

Dias, Augusto Silva. What if everybody did it? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 3, 2003.

FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*. Oxford: Oxford Uni. Press, 1988.

FEINBERG, Joel. Harmtoothsers. The moral limitsofthe criminal law. New York: Oxford University Press, 1984, v. I, p.226

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2009.

Frisch, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Sistema integral delderecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho penal: introducción. Madrid: Servicio de publicaciones de lafacultad de derecho de launiversidadcomplutense de Madrid, 2000.

Giddens, Antony. *Consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

Gomes Tomillo, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Revista Actualidad Penal*, n. 4, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Direito e Ciências afins, 1 – coord. Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Ofensividade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código Penal Português: Anotado e Comentado-Legislação Complementar. 18.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN: 9789724032474, p. 642.

GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 36, p. 109-142, jan./mar. 2010.

Gonçalves, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos. *Revista de Estudos Criminais*, ano X, n. 36, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1.

GUIRAO, Rafael Alcácer. Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 15, n. 4, out./ dez. 2005.

Hassemer, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, ano 1, n. 1, 1998.

HEFENDEHL, Roland. Deve ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em 10 de abril de 2018.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. "Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa". *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* VV. AA. Roland Hefendehl (ed.). Edição espanhola a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 299-303.

KARL NATSCHERADETZ, O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites, ed. Almedina, Coimbra, 1985, p.19, apud TORRÃO, Fernando – op. Cit., p. 553.

KINDHÄUSER, Urs Konrad. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto em el ámbito del derecho penal económico". *Hacia um Derecho Penal Economico Europeo. Jornadas em honor del Profesor Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público, Boletín Oficial del Estado*, 1995.

Lauren Loranda Silva Costa, Fabio Roberto D'Ávila. Os crimes de acumulação no direito penal ambiental. X Salão de Iniciação Científica – PUCRS, 2009.

Lauren Loranda Silva Costa. OS CRIMES DE ACUMULAÇÃO NO DIREITO PENAL AMBIENTAL. Trabalho de Conclusão de curso. Junho de 2009

Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: . Acesso em: Junho de 2018.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da Lei 9.009/95 - Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771.

MEROLLI, Guilherme. Fundamentos Críticos de Direito Penal: curso ministrado na cadeira de Direito Penal I da UFSC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. "Limitaciones del Derecho Penal del medio ambiente: alternativas politico-criminales". A Tutela Jurídica do Meio Ambiente. Presente e Futuro. AA. VV. Studia Iuridica, nº 81. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. 2014.

PEREIRA, Rui Carlos – Liberdade Sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal, Sub Júdice: Justiça e Sociedade, n.º 11, Janeiro-Junho, 1996, p. 41.

POMBO, Nuno. A Fraude Fiscal – A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, em abril de 2005.

Raíssa Gambarra Soares. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE LENOCÍNIO NA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA. Dissertação. COIMBRA 2015.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 372-73.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad. Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REVISTA JURÍDICA DA FAMINAS – V. 3, N. 1, Jan.-Jul. de 2007

RIBEIRO, Julio Dalton. Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 16, n. 73, p. 48-81, jul./ago. 2008.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 56

SAAD-DINIZ, Eduardo. Uma posição sobre os tipos penais cumulativos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINOORTS, Miguel (Orgs.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 149-155.

SILVA DIAS, Augusto, "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação, RPCC, ano 13, 2003. p. 311.

SILVA DIAS, Augusto, "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação, RPCC, ano 13, 2003. p. 312.

SILVA DIAS, Augusto. Y si todos lo hicieramos? Consideraciones acerca de la (in)capacidad de resonancia del derecho penal con la figura de la acumulación. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 56, único, p. 433-469, jan./dez. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 124

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 124.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; MELO, Ana Carolina Carvalho; FERREIRA, Luíza dos Passos. O princípio da insignificância e os critérios jurisprudenciais de sua aplicação. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, n. 261, p. 07-08, ago. 2014.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo: RT, 2003, p. 96.

TORRÃO, Fernando – op. cit., pp. 553 e 554

Vinicius de Melo Lima. O princípio da culpa e os delitos cumulativos. Revista do Ministério Público do RS Porto Alegre n. 63 maio 2009 – set. 2009 p. 51-86.

A ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS E O LIMITE DE CARGA HORÁRIA SEMANAL

IVAN MORAIS RIBEIRO: advogado sócio do Escritório Morais Ribeiro. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade Estácio de Sá. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Aluno especial do Mestrado de Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília - CEUB. Graduado pela Universidade de Brasília.

RESUMO: Analisa-se o posicionamento de órgãos administrativos e judiciários a respeito da possibilidade de um servidor público exceder a carga horária semanal de 60 horas semanais nos casos de acumulação de cargos públicos previstos de forma excepcional na Constituição Federal. Observou-se que há controvérsia no tema, visto que enquanto a Advocacia Geral da União, o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça sustentam a impossibilidade de superação da jornada semanal em 60 horas semanais, o Supremo Tribunal Federal preceitua o inverso ao permitir a extrapolação de tal período semanal. Conclui-se afirmando que é necessária uma posição intermediária ao permitir que o agente público trabalhe o quanto quiser, mas que exista acompanhamento especial desse servidor, para prevenir falhas na execução de suas funções públicas, propiciadas pela exaustão laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Acumulação de cargos públicos. Jornada superior a 60 horas semanais. Precedentes contrários do STJ e STF.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A limitação da jornada de trabalho como direito social. 3. Do livre arbítrio na escolha da jornada semanal. 4. Da Impossibilidade de Superação de 60 Horas Semanais de Trabalho – AGU, TCU e STJ. 5. Da Possibilidade de ultrapassarem-se 60 horas semanais. 6. Conclusão.

1. Introdução

O presente Artigo pretende analisar o posicionamento de órgãos administrativos e judiciários a respeito da possibilidade de um servidor público exceder a carga horária semanal de 60 horas semanais nos casos de acumulação de cargos públicos.

A controvérsia existe, na medida em que a Constituição Federal ao permitir, excepcionalmente, a acumulação de cargos públicos, não fez menção a nenhum limite de horas que o servidor teria que respeitar nessa acumulação.

Por outro lado, não estabelecer nenhum limite, pode ir de encontro à Organização Internacional do Trabalho, a qual recomenda como jornada ótima de trabalho aquela que se limita a 40 horas semanais.

Além disso, possibilitar que o servidor público trabalhe à exaustão, mesmo que por decisão própria, pode ofender os interesses da sociedade, na medida em que pode resultar na prestação inadequada do serviço público.

Desse modo, pretende-se analisar tal tema com escopo no recomendado pela Organização Social do Trabalho, pelas normas de direito Administrativo e pela Constituição.

2. A limitação da jornada de trabalho como direito social

A limitação da jornada de trabalho foi direito conquistado na segunda geração de direitos fundamentais e teve como objetivo privilegiar a dignidade humana, permitindo que o trabalhador não vivesse apenas em função do labor, mas tendo ainda tempo suficiente para exercer outros direitos, como ao descanso, ao lazer e à saúde, reconhecidos, inclusive, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos¹.

Nesse sentido, a OIT adotou, como padrão almejado, 40 horas semanais², associando-se o que for acima disso como algo de consequências negativas sobre a saúde e segurança dos trabalhadores³, preocupação subjacente na maior parte dos regulamentos legais sobre segurança do trabalho, como, por exemplo, nas convenções de nº 155 de 1981⁴ e nº 187 de 2006⁵.

Esse excesso de trabalho, pode causar estresse físico e mental que compromete tanto a saúde do trabalhador como o objeto do trabalho por ele realizado. Há assim, uma dupla perda: para o trabalhador, bem como para seu empregador.

Nesse sentido, a chamada Síndrome de *Bournout* pode acometer o trabalhador submetido a altas cargas de estresse. A Síndrome é caracterizada como o conjunto de consequências sintomáticas derivadas do estresse ocupacional, se evidenciando pela exaustão emocional, avaliação negativa de si mesmo, bem como sintomas físicos de estresse, que resultam em manifestações comportamentais e transtornos psicossomáticos⁶.

Quanto à fadiga derivada da sobrecarga de trabalho, Mascarenhas Brandão³ cita importante estudo realizado por Ana Maria Rossi, no qual avalia fatores de risco para o *Burnout*:

“A mesma autora cita estudo que realizou envolvendo 900 profissionais (450 homens e 450 mulheres) escolhidos aleatoriamente em quatro organizações nacionais brasileiras com o objetivo de identificar os agentes estressores. Como resultado a sobrecarga de trabalho foi identificada em 74% dos homens e 94,3% das mulheres e os resultados foram compatíveis com a identificação dos dois principais fatores de riscos organizacionais para o *burnout*.”

E o servidor público não está alheio a esse circunstancial prejudicial. Inclusive a OIT na Convenção nº 155, ratificada pelo Brasil em 1992, explicitou no art. 3º^[1], alínea “a” que: “a expressão ‘áreas de atividade econômica’ abrange todas as áreas em que existam trabalhadores empregados, inclusive a administração pública”, e em sua alínea “b”: “o termo ‘trabalhadores’ abrange todas as pessoas empregadas, incluindo os funcionários públicos”, evidenciando, assim, a importância do tema, não apenas no mercado privado, mas também no resguardo à saúde do funcionário público, que, por óbvio, não perde qualquer característica de cidadão e pessoa⁷.

Seguindo essa corrente garantista, que encara a limitação da jornada de trabalho como direito social, o legislador constituinte determina também determina o mesmo para os servidores públicos, conforme dita o artigo 37^[2], inciso XVI da Constituição Federal.

Todavia, observa-se que a Carta Cidadã estabelece pontuais exceções a esse limite de carga horária imposto ao servidor público, nas alíneas “a”, “b” e “c”^[3] do inciso XVI do referido artigo ao se permitir a acumulação de cargos públicos.

Contudo, a questão que surge é a de que quando a Constituição Federal estabeleceu a exceção da possibilidade de acumulação de cargos públicos, ela teria permitido o somatório dessas jornadas de modo ilimitado, mitigando o direito social da limitação da jornada? Ou essa limitação precisa ser observada, mesmo que perante pedido do servidor?

Observa-se, em verdade, que a limitação da jornada de trabalho tem um aspecto dual, na medida em que, de um lado, limita o empregador na exploração

da mão de obra do trabalho, de outro, limita o trabalhador no poder de sua escolha, por ser regra de saúde pública, dignidade humana e direito social.

3. Do livre arbítrio na escolha da jornada semanal

O aspecto da jornada de trabalho também possui um viés individualista, visto que a escolha por parte do trabalhador do quanto deseja laborar é direito individual que o Estado não pode interferir.

Essa visão liberal sugere que os indivíduos não podem ser tratados de modo igual, visto que existem aqueles que se satisfazem emocionalmente na realização de seu labor e ali se sentem confortáveis.

Além disso, o direito de enriquecer também é um direito que deve ser observado constitucionalmente. Ora, se o servidor, por motivos pessoais, como a ocupação mental benéfica na reversão de um estado psicológico depressivo, o pagamento de financiamento de uma casa, ou mesmo o afeto ao trabalho, sentindo-se disposto e apto a trabalhar mais de 60 horas, e a Constituição Federal nada diz em seu desfavor, é seu direito ter a liberdade para exercer seu labor. O Estado, nessa medida, não poderia interferir em suas escolhas. Aquele que assim pensa, deve ser respeitado em suas decisões e consequências. É essa a dinâmica do direito do trabalho na esfera privada.

Todavia, o tema aqui analisado, em sua vertente liberal, toma contornos difíceis ao ser confrontado à adequada prestação do serviço público por aquele que representa o Estado. Visto que a partir do momento que o Estado aceita que um servidor exausto execute um serviço público, estará assumindo riscos de erros para a sociedade, bem como para o patrimônio público.

Imagine, nesse sentido, um médico que possui uma jornada de 80 horas semanais. Ele estará bem mais sujeito a erros que podem prejudicar demasiadamente na prestação do serviço público.

Portanto, em sua visão liberal e individualista, o limite da jornada de trabalho não pode ser tratado da mesma forma que ocorre na esfera privada. De fato, a Constituição não trouxe um limite da jornada de trabalho naqueles casos excepcionais de acumulação de cargos públicos, contudo, é importante a consideração de um limite temporal razoável, visto que quando o agente é incorporado ao regime estatutário, suas ações repercutirão diretamente na sociedade, diferentemente das consequências das ações do trabalhador privado.

4. Da Impossibilidade de Superação de 60 Horas Semanais de Trabalho – AGU, TCU e STJ.

No Judiciário e Órgãos administrativos, a controvérsia é ainda acirrada.

A Advocacia Geral da União (AGU) entende, há longa data, pela impossibilidade de cargas horárias semanais na administração pública que ultrapassem o limite de 60 horas semanais, visto que seriam consideradas extenuantes, trazendo consigo diversas consequências nefastas.

Esse posicionamento ganhou força a partir de um importante Parecer⁸, no qual esse Órgão analisou a constitucionalidade e legalidade da acumulação de cargo técnico-científico com cargo de magistério, ambos de 40 horas semanais, perfazendo um total de 80 horas. Nele, entendeu-se pela ilicitude dessa acumulação.

Como fundamentação, o Órgão considerou que ainda que houvesse compatibilidade entre as duas jornadas de 40 horas semanais cada, apenas 8 horas restariam aos trabalhadores para refazerem-se para uma nova jornada diária, sendo incompatível com a higidez física e mental esse exíguo prazo para descanso e realização de atividades fisiológicas naturais ao homem. Inclusive, o Parecer deu como exemplo a própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), como um parâmetro geral, a qual em seu artigo 66^[4], proibiu intervalos interjornadas inferiores a 11 horas.

Ademais, o não-gozo de direitos fundamentais levando ao desequilíbrio vida-trabalho não envolveria apenas malefícios individuais ao servidor, mas também a impossibilidade de realização adequada do serviço que lhe cabe, indo de encontro ao interesse público, em prejuízo da própria sociedade.

Portanto, o Parecer considerou, no caso concreto, a desproporcionalidade de uma jornada de 80 horas semanais, preservando um direito social, bem como assegurando a boa prestação do serviço público.

Dessa forma, de maneira a harmonizar com a possibilidade de acumulação, o Parecer como possível o exercício em dois cargos, desde que eles não superassem a jornada máxima semanal de 60 horas semanais⁹.

Esse entendimento, inclusive, tornou-se vinculante para a Administração Pública Federal, através do Parecer-AGU n.º GQ-145/98, estabelecendo, assim, um

paradigma na defesa da limitação da carga horária aos servidores públicos federais.

Outrossim, o TCU manteve, em regra, posicionamento semelhante exarado no supracitado Parecer, utilizando também como motivação a própria CLT^[5], nos artigos 59^[6] a 66, como, por exemplo, no voto do Acórdão nº 2.861/2004-TCU, 1ª Câmara, de relatoria do Ministro Guilherme Palmeira¹⁰:

“Corroborando-o, ressalto que, embora a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT não seja diretamente aplicável a servidores públicos stricto sensu, ao menos demonstra a necessidade de se fixar máximo e mínimo, respectivamente, para os tempos diários de labor e de descanso - arts. 59 e 66 da CLT -, que, desrespeitados, geram, em última instância, comprometimento da eficiência do trabalho prestado.

Por analogia àquela Norma Trabalhista, destaco a coerência do limite de sessenta horas semanais que vem sendo imposto pela jurisprudência desta Corte, uma vez que, para cada dia útil, ele comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada - art. 66 da CLT -, dois turnos de seis horas - um para cada cargo, obedecendo ao mínimo imposto pelo art. 19 da Lei n. 8.112/1990, com a redação dada pela Lei n. 8.270, de 17/12/1991 - e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos destinada à alimentação e deslocamento, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso tanto dos funcionários celetistas quanto dos estatutários.”

Ademais, o Acórdão do TCU, de nº 3184/2008¹¹ também esmiúça a importância da limitação da jornada de trabalho:

“Importante destacar, por fim, que nas situações em que a acumulação de cargos e/ou empregos públicos resulta em carga de trabalho superior a 60 (sessenta) horas semanais, o TCU tem considerado ilegais e negado registro aos correspondentes atos de admissão, conforme Acórdãos nºs 2.133/2005, 533/2003, 2.860/2004, 155/2005 e 2.861/10.”

Por fim, corroborando os posicionamentos da AGU e do TCU, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou, por anos, posicionamento no mesmo sentido.

Para ele, a acumulação dos cargos públicos também deveria obedecer a uma limitação de horário, nos termos também do Parecer GQ 145/98 da AGU.

Prosseguindo, primando não apenas pelas garantias individuais do trabalhador, o entendimento do STJ salvaguardou o princípio constitucional da eficiência, a exemplo da Decisão da 1ª Seção do STJ¹²:

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ENFERMEIRA DO QUADRO DE PESSOAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS PRIVATVOS DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE. JORNADA SEMANALSUPERIOR A 60 (SESSENTA HORAS). NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES À CONCESSÃO DA LIMINAR. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE ÊXITO E DE RISCO DE DANO IMEDIATO E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. 1 Este Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que não há compatibilidade de horários quando servidor público, em acúmulo de cargos públicos, está submetido a jornada de trabalho superior ao limite de 60 horas semanais impostos no Parecer GQ 145/98 da AGU e pelo Acórdão 2.242/2007 do TCU (cf. MS 19.336/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 14/10/2014). [...] 3 Não há direito subjetivo da servidora em exercer carga horária de 30 horas semanais em regime de plantão (art. 3º do Decreto 1.590/1995, com alterações do Decreto nº 4.836/2003): há mera permissão, ao alvedrio da Administração Pública Federal. A servidora está submetida a uma jornada de trabalho de 40 horas semanais (art. 1º do Decreto nº 1.590/1995). 4 Agravo Interno não provido. AgInt no MS 22.862/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 21/06/2017.”.

Desse modo, observa-se que há uma forte corrente doutrinária, bem como jurisprudencial que asseveram a importância no estabelecimento e cumprimento de uma limitação na jornada de trabalho naqueles casos de cargos públicos acumuláveis, e o limite que os Tribunais indicaram é o de 60 horas semanais como

parâmetro fundamentado em estudos do bem-estar social do trabalho e de fadiga laboral.

Conclui-se, assim, que essa corrente tem por objetivo justamente o resguardo de tudo aquilo que foi pensado quando se decidiu por assegurar ao trabalhador um limite na sua jornada de trabalho, de modo a proteger garantias fundamentais e direitos sociais *per si*, bem como concretizar o princípio da eficiência e adequada execução de serviços na administração pública.

5. Da Possibilidade de ultrapassarem-se 60 horas semanais

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, assevera que é possível ultrapassar a jornada de 60 horas semanais, em casos excepcionais de acumulação de cargos. Essas decisões baseiam-se na posição hierárquico-normativa superior que possui a Constituição Federal em relação a qualquer possível norma infraconstitucional.

Além disso, o STF diz que a própria Constituição não impôs qualquer requisito objetivo à acumulação de cargos, além da adequação às exceções previstas ou a comprovação de compatibilidade de cargas horárias. Assim, não especificou em nenhum de seus artigos um limite à jornada de trabalho. Não poderia, pois, o legislador ordinário ou uma interpretação jurídica idealizar requisitos que não existem, fomentando, dessa forma, uma insegurança jurídica criada por um legislador invisível.

Dessa maneira, sob o escopo do entendimento do STF, o parecer da AGU, bem como decisões do TCU e STJ foram equivocadas, visto que a Constituição não estabeleceu nenhum limite de horas semanais quando previu a acumulação de cargos públicos. Não podendo, pois, os referidos Órgãos legislarem, de forma a limitar direitos fundamentais do servidor público.

Percebe-se o exposto diante de recentes exemplos de decisões do STF sobre o tema, como no RMS 342573¹³, julgado em 2018, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e outros¹⁴, extraíndo-se trecho que expressa o firme entendimento.

“Assim, não há falar em validade do Parecer GQ-145/1998/AGU, uma vez que esta Suprema Corte já assentou que “não é possível a limitação da carga horária semanal relativa ao exercício cumulativo de cargos públicos, por tratar-se de requisito não previsto na Constituição da

República” (AI 762.427/GO, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia).”.

Conclui-se, com base nessa segunda corrente, que é possível ao funcionário público ter jornada superior a 60 horas semanais, não se permitindo, portanto, uma restrição criada sem autorização constitucional.

Por fim, o STJ, recentemente, proferiu julgado a fim de harmonizar seu entendimento com a Corte Suprema. Para tanto, a 2ª Turma do STJ, no REsp 1.746.784-PE¹⁴, entendeu pela possibilidade de acumulação constitucional de cargos, excedendo as 60 horas anteriormente até então tomadas por esse Tribunal como limitação de jornada, demonstrando uma nova tendência em sua orientação. T tamanha importância do presente Julgado o levou a compor o informativo do STJ nº 632 de 2018.

6. Conclusão

Diante de todo o exposto, a primeira corrente apresentada, que defende a limitação da jornada de trabalho em 60 horas, traz uma interpretação garantista bastante interessante, pois visa à preservação da possibilidade de gozo de direitos fundamentais e sociais ao trabalhador, bem como a preocupação com a adequada prestação do serviço público, que poderia ser comprometida por um servidor cansado fisicamente ou mentalmente.

Em outra medida, a segunda corrente exposta, que se posiciona pela não limitação da carga horária nos casos previstos constitucionalmente permissivos à acumulação de cargos, traz conceito mais liberal ao não interferir na autonomia de trabalho do agente público, bem como interpreta de modo legalista a Constituição Federal ao não trazer vestes sociais para tal interpretação.

De toda sorte, por óbvio não se poderia negar ao Estado a estandardização do serviço público, se no caso concreto a jornada de trabalho for tão extenuante que realmente traga malefícios para a prestação de serviço público. Nesse sentido, pode-se supor como possível o caso em que um médico não consiga realizar uma cirurgia de emergência com a mesma competência e eficiência daquele médico que pôde revigorar-se, gozando de adequado descanso.

Todavia, há que se evidenciar as distintas composições de cada organismo, não havendo parâmetros suficientes para estabelecer-se um marco absoluto. Cada corpo reage a estímulos de variadas formas. Além disso, não se pode antever qual seria a situação pessoal, social, familiar e econômica, daquele. Sendo assim, o mais

prudente é, na verdade, permitir a superação das 60 horas semanais nos casos constitucionalmente permitidos.

No entanto, sugere-se a necessidade de que o servidor comunique à administração pública ambos os vínculos, de modo que se permita o registro em seu assento funcional. Identificada a acumulação, deverá ser analisada, por meio de uma comissão capacitada, avaliação daquela jornada de trabalho que excede a 60 horas semanais, com vistas a ponderar se a jornada não estaria prejudicando o serviço público, garantidos ampla defesa e contraditório

Dessa forma, nesta decisão média, garante-se ao servidor a liberdade de trabalhar bem como assegura ao Estado que prime pela adequada prestação do serviço público. Por fim, ressalta-se o despontar recente de novo posicionamento do STJ, alinhando-se ao STF, podendo-se assim perfilhar que há uma tendência de que não ocorra limite de horas de trabalho em caso de acumulação de cargos. No entanto, a sugestão que se faz nesse artigo é a de que ocorra o acompanhamento especial desse servidor, para prevenir falhas na execução de suas funções públicas, propiciadas pela exaustão laboral.

REFERÊNCIAS

1. ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*(217 [III] A). Paris.
2. OIT. 2009. *Duração do Trabalho em Todo o Mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*/ Sangheon Lee, Deirdre McCann e Jon C. **Secretaria Internacional de Trabalho**. – Brasília: OIT, 2009. Disponível <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229714.pdf> Acessado em: 05/02/2019.
3. BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. **Rev. TST**. Brasília, vol. 75, nº 2, abr/jun 2009.
4. CONVENÇÃO Nº 155. Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 22 de junho de 1981. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_155.html#155> . Acessado em: 1/02/2019.
5. CONVENÇÃO Nº 187. Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 31 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.gso.org.br/files/file_id266.pdf>. Acessado em: 1/02/2019.

6. DEMINCO, Marcus. 2011. Jornada de Trabalho e Redução do Estresse. **Psicologia.PT – o portal dos psicólogos. ISSN 1646-6977**. Publicado em 28 de ago. de 2011. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0576.pdf>>. Acessado em 6/02/2019.
7. BRASIL. **Decreto nº 1.254** de 29 de setembro de 1994. *Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981*. Diário Oficial, Brasília, DF, 30/09/1994. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_155.html. Acessado em: 1/02/2019.
8. BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer GQ145/98**. Brasília, DF, 1 de abril de 1998.
9. GOMES, Ana Carolina Mendonça. *Acumulação remunerada de cargos públicos: possibilidade de limitação da jornada de trabalho sob a ótica da Administração Pública e do Superior Tribunal de Justiça*. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57120&seo=1>>. Acessado em: 03/02/2019.
10. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.861/2004**. 1ª Câmara. Seção de 11 de nov. de 2004. *Admissão de pessoal. Acumulação ilícita de cargos públicos, por incompatibilidade de horários, por parte de um dos interessados. Ilegalidade do ato e recusa do respectivo registro. Legalidade e registro dos demais. Determinações*. Min. Relator Guilherme Palmeira.
11. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3184/2008**. 1ª Câmara. Sessão de 30 de set. de 2008. *Representação. Pessoal. Acumulação ilícita de cargos públicos e/ou não-cumprimento de jornada de trabalho nas esferas federal e estadual. Determinações*. Ciência. Min. Relator Valmir Campelo.
12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no MS 22.862/DF**. 1ª Seção. *Direito administrativo e outras matérias de direito público, Servidor Público Civil, Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância, Demissão ou Exoneração. Servidor Público Civil, Regime Estatutário, Reintegração*. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Publicado em 27 de set. de 2016.
13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 34257**. 2ª Turma. *Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Parecer GQ-145/1998 - AGU. Limite máximo de 60 horas semanais em casos de acumulação de cargos ou empregos públicos. Impossibilidade*. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado em 29 de jun. de 2018.

14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.746.784-P0045**. 2ª turma. *Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Acumulação de cargos públicos remunerados. Área da saúde. Limitação da carga horária. Impossibilidade. Compatibilidade de horários. Requisito único. Aferição pela administração pública*. Rel. Ministro Og Fernandes. Publicado em 30 de ago. de 2018.

[1] Art. 3: "Para os fins da presente Convenção: a) a expressão 'áreas de atividade econômica' abrange todas as áreas em que existam trabalhadores empregados, inclusive a administração pública; b) o termo 'trabalhadores' abrange todas as pessoas empregadas, incluindo os funcionários públicos; c) a expressão 'local de trabalho' abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que estejam sob o controle, direto ou indireto, do empregador; d) o termo 'regulamentos' abrange todas as disposições às quais a autoridade ou as autoridades competentes tiverem dado força de lei; e) o termo 'saúde', com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho".

[2] Artigo 37, inc. XVI: "XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI".

[3] Art. 37, inc. XVI, "a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;"

[4] CLT, Art. 66: "Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso."

[5] O Acórdão nº 2.861/2004-TCU está em conformidade com a redação do [Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943](#), que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho.

[6] CLT/1943, Art. 59: "A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo

escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.” O Artigo 59 teve sua redação alterada pela Lei nº13.467/2017, em vigência.

[7] RE 1023290, Min. Relator Celso de Mello, julgado em novembro de 2017; RE 1.094.802, Min. Relator Alexandre de Moraes, julgado em maio de 2018; no mesmo sentido ARE 859484, Min. Relator Dias Toffoli, julgado em maio de 2015.

O STF E A POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICO-JURISPRUDENCIAIS

MARINA BORGES DE FREITAS: Advogada, servidora pública municipal, membro discente da Academia Brasileira de Direito Civil, escritora e palestrante. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF.

RESUMO: O presente trabalho científico se desenvolveu tendo como principal objetivo uma análise da aparente inconstitucionalidade do atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da execução provisória da pena. Com o intento de alcançar esse objetivo, propõe-se uma análise sistêmica não só do nosso próprio ordenamento jurídico, em relação a toda nossa Legislação e inclusive em relação às decisões da própria Suprema Corte Federal, mas também de tratados e convenções internacionais. Deste modo, com a possibilidade da aplicação, no nosso sistema judiciário, da execução provisória da pena, princípios constitucionais internacionalmente consagrados, como o da presunção de inocência, estariam sendo suprimidos, aniquilando um dos direitos mais caros à manutenção do nosso regime democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; direitos fundamentais; execução provisória; presunção de inocência; trânsito em julgado.

ABSTRACT: The present scientific work was developed with the main objective of an analysis of the apparent unconstitutionality of the current positioning adopted by the Supreme Court regarding the provisional execution of the penalty. With the intent to achieve this goal, we propose a systemic analysis not only of our own legal order, in relation to all our legislation and even in relation to the decisions of the Supreme Court itself, but also of treaties and conventions International. Thus, with the possibility of applying, in our judicial system, the provisional execution of the penalty, internationally consecrated constitutional principles, such as the presumption of innocence, would be suppressed, annihilating one of the rights More expensive to maintain our democratic regime of law.

KEY WORDS: Democracy Fundamental rights; Presumption of innocence; Provisional implementation; Transit on trial.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Histórico. 3 Princípio constitucional da presunção de inocência. 4 Da presunção de inocência na jurisprudência brasileira. 4.1 A virada jurisprudência com o Habeas Corpus n. 84.078 de fevereiro 2009. 4.2. Habeas Corpus n. 152.752 de abril de 2018. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho acadêmico pretender analisar, a partir do nosso próprio ordenamento jurídico e também ante a ordem internacional, a possível inconstitucionalidade da atual posição do Supremo Tribunal Federal em declarar, por meio de decisões de Habeas Corpus, a legalidade da condenação antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com a possibilidade da execução provisória da pena, o princípio constitucional da presunção de inocência tenderia a ser corrompido, privando assim o indivíduo de dois de seus direitos mais caros: a própria liberdade e o direito de presumir-se inocente até que seja comprovado o contrário.

Para tanto, trabalho primeiramente a forma como surgiu o princípio da não culpabilidade em nosso país. Por meio do histórico, tem-se como o desenvolvimento da nossa democracia influenciou e, ao mesmo tempo, foi influenciada pela consolidação deste princípio.

Posteriormente, aponto como nosso ordenamento jurídico se esforçou em garantir a presunção de inocência, trazendo-a não só no bojo da nossa própria Constituição, bem como tratando-a por clausula pétrea. E ainda, aponto que este princípio não se encontra de maneira avulsa no nosso sistema jurídico, sendo intensamente tutelado também no âmbito internacional, por tratados e convenções, demonstrando todo o aparato que a presunção de inocência recebe.

Por fim, analiso a constitucionalidade da jurisprudência do STF que vem a autorizar a execução provisória da pena. O último Habeas Corpus julgado pelo Supremo Tribunal Federal que envolve o tema, o HC n. 152.752 de abril de 2018, reforçou o entendimento já demonstrado pela Suprema

Corte em 2016, e remonta às decisões tomadas nos primeiros anos da vigência de nossa Democracia, fortemente influenciados pelo regime ditatorial.

2. HISTÓRICO:

Na construção do histórico que circunda este tema faz-se suma importância iniciá-lo às origens do sistema constitucional democrático do direito brasileiro. A Constituição promulgada em outubro de 1988 foi antecedida por um regime ditatorial e, portanto, a herança recebida, como em toda democracia recém-gerada, ainda guardava, principalmente, nos primeiros anos de sua trajetória, marcantes traços do período não democrático que a antecedia.

A Constituição Federal de 1969, que antecedeu a nossa atual Constituição, foi outorgada ainda durante a Ditadura Militar, e, tendo em vista seu próprio contexto, ela ainda não dispunha de diversas garantias hoje atribuídas a todos os cidadãos, como por exemplo, ela não trazia a previsão expressa da garantia ao princípio da não culpabilidade.

No contexto dessa Constituição, houve um julgamento do Superior Tribunal Eleitoral que intentou atribuir, ao teor do seu art. 153, §36 ("A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota"), caráter de disposição, ainda que tácita, do princípio da presunção de inocência. Neste julgamento, o STE, portanto, a partir de uma possível disposição tácita do princípio da presunção de inocência, declarou a inconstitucionalidade de norma que dispunha acerca da inexigibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime, porém essa decisão foi reformada pelo STF. (MENDES, 2014, pag. 534). O que demonstrava ainda uma certa resistência a aplicação dessas garantias ao sistema pelo próprio contexto histórico que se encontrava.

Desse modo, em 1991, apenas três anos após a instauração do regime democrático de direito no país, o Habeas Corpus nº 68.726 foi o primeiro a deliberar sobre o tema da execução provisória da pena no STF, e foi decidido, por unanimidade de 8 votos, pela legalidade da prisão definitiva decretada após a segunda instância. Esta decisão demonstrava, portanto, como a herança do período ditatorial antecedente foi presente na construção da jurisprudência do assunto à época. No relatório, o ministro Neri da Silva, expõe que não deveria o réu ser posto em "posição de

intangibilidade” e que, segundo ele, estaria perfeitamente de acordo com a Constituição a decretação da prisão definitiva, tendo em vista que a prisão já fora consolidada em juízo recursal.

Pautava-se também, o indeferimento desse Habeas Corpus, no art. 637 do Código de Processo Penal que dispõe na ausência de efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário e, portanto, pela possibilidade de prisão de caráter definitivo, mesmo que o acusado tivesse interposto algum destes recursos.

Este entendimento só se alterou no ano de 2009 com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, com ele a possibilidade de prisão definitiva passou a existir apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na ementa do HC, há a disposição de que, antes do trânsito em julgado, a condenação só poderia ser decretada de forma cautelar, reforçando, nesse sentido, a importância da garantia da ampla defesa em todas as fases processuais e, portanto, inclusive na fase recursal extraordinária. Além disso, há a manifestação pela incompatibilidade da execução provisória da pena com o texto da própria Constituição Federal. E, por fim, tratou da exclusão social que poderia gerar a execução provisória da pena, nesse sentido:

É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida (Habeas Corpus nº 84.078/2009. Relator ministro Neri Silva).

Em 2016, o assunto retornou em debate no Supremo Tribunal Federal com o HC 126.292, que entendeu pela possibilidade da prisão definitiva com a confirmação da sentença em segunda instância. Para o ministro Teori Zavascki, relator do HC, a segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autorizaria o início da execução da pena. Ainda no mesmo ano, mais duas vezes o assunto foi pauta das discussões do STF. Em outubro, com o julgamento das ADCs 43 e 44 e, em novembro, com o julgamento da ARE 964.246. Em 2018, o assunto retornou com o Habeas Corpus impetrado pelo ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva e, em todos, o entendimento do HC 126.292 foi mantido.

3. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

O nosso Ordenamento Jurídico é norteado por princípios fundamentais, sejam eles elencados na Constituição Federal da República ou não, que são os mandamentos nucleares do nosso sistema (MELO, 2011).

No Processo Penal, a sistemática não é diferente, os princípios fundamentais do direito processual penal dão o sustentáculo para que este ramo da ciência do Direito exerça sua função na sociedade.

O princípio em estudo recebeu duas nomenclaturas: presunção de inocência e não culpabilidade. Essas duas nomenclaturas diferentes se justificam, pois alguns estudiosos estabelecem como sendo dois princípios distintos. Como maior expoente da adoção da diferenciação desses dois princípios, temos Manzini, que foi quem propôs a substituição de um princípio pelo outro, pois, segundo ele, o juiz não pode, em seu julgamento, presumir que o réu seja inocente, mas apenas afastar a pretensão de acusação de declará-lo culpado. Para ele, caberia à Defesa rebater os argumentos de acusação, pois a incerteza levaria a declaração da não culpabilidade, porém não levaria a presunção da inocência (VICENZO, 1951).

Porém, no meu trabalho, irei adotá-los como sinônimos, como muitos doutrinadores também preferem trabalhar em suas obras. Badaró, por exemplo, afirma que não há diferença entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade e, segundo ele, diferenciá-los seria inútil e contraproducente, sendo necessário, portanto reconhecer a equivalência das duas fórmulas. (BADARÓ, P. 283, 2003).

Deste modo, a presunção da inocência é um princípio constitucional e está disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal da República de 1988: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

O poder constituinte originário estabeleceu mecanismos de manutenção e de edição do próprio corpo constitucional, determinando, no entanto, pontos que seriam intocáveis ao poder constituinte derivado, chamando esses pontos de cláusulas pétreas e tornando-os expressos no art. 59 da nossa Constituição, estão, dentre eles, os direitos e garantias individuais. Deste modo, o direito à liberdade, também salvaguardado pelo princípio da não culpabilidade, não pode ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional.

Assim tem-se a presunção de inocência não só como um mandamento constitucional, mas, além disso, como uma garantia intocável, enquanto perdurar a ordem constitucional vigente, tendo em vista que é ele uma cláusula pétrea no nosso ordenamento jurídico

O Código de Processo Penal trata, da mesma forma, tal garantia constitucional, trazendo em seu bojo a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para que haja a decretação da prisão definitiva.

Art. 283, CPP: Ninguém poderá senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Este dispositivo não deixa dúvidas acerca de como o direito processual penal tutela a presunção de inocência do indivíduo. A prisão é claramente colocada condicionada à natureza de prisão provisória ou ao trânsito em julgado, não abrindo oportunidade assim para qualquer determinação ou decisão diversa desta.

O direito do indivíduo de não ter sua culpa presumida antes que se esgote todas as instâncias do julgamento, é tutelado, também por diversos diplomas internacionais.

A tutela dos direitos fundamentais se dá de maneira intensa nos mais diversos diplomas, pois é prerrogativa básica para constituição de um regime democrático. E é a partir do Iluminismo que se começa a intensificar a defesa da intrínseca relação entre os direitos humanos e a forma democrática de governo. A liberdade aliada aos direitos fundamentais é essencial, a partir do discurso iluminista, para a possibilidade da manutenção da democracia (SANTOS, 2013). Nesse sentido:

Dessa forma, apenas em uma democracia os direitos humanos poderiam ser inteiramente encontrados. Apenas naquela sociedade em que ao indivíduo é franqueada sua autodeterminação os direitos humanos poderiam se desenvolver com a amplitude pretendida pelos iluministas. Se a democracia, para ser efetiva, exige o respeito aos direitos humanos, estes só estão integralmente garantidos em uma sociedade democrática (SANTOS, 2013).

Essa preocupação em se tutelar o princípio da não culpabilidade, fortemente debatida durante o Iluminismo, foi substancialmente resgatada,

após a Segunda Guerra Mundial, se materializando em diversos diplomas internacionais que tutelam o tema, almejando assim caráter universal (BOTTINI, 2013).

Dentre eles, podemos elencar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que reforça em seu art. 9º a importância de se tutelar a presunção de inocência: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". E a Declaração Universal de Direitos Humanos, que em seu art. 11.1 dispõe: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também trata do tema e foi incorporada ao ordenamento pátrio. Alguns defensores da legalidade da prisão definitiva em segunda instância utilizam a própria convenção em sua argumentação, como é o caso de Brüning ao afirmar que essa permissão estaria expressamente prevista na Convenção. Essa linha de raciocínio, no entanto, acaba não gozando de fundamentação adequada. A CADH assegura, em seu artigo 8º, §2º, a presunção de inocência quando dispõe:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. Direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

De maneira alguma, essa disposição contraria o princípio da não culpabilidade do nosso ordenamento jurídico, apenas o complementa, tendo em vista, que ela trabalha com o conceito de culpa comprovada legalmente. Ela dispõe da necessidade de presumir a inocência até que legalmente se prove culpa. E, no nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro, a culpa é comprovada apenas com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

E, ainda que a Convenção garantisse a presunção de inocência apenas até o julgamento em segunda instância, o que não é caso, não seria este ponto, então aplicado ao nosso ordenamento, tendo em vista, que a própria Convenção em seu

art. 29, b, é muito clara em reforçar que a Convenção não pode ser usada, de maneira alguma, para limitar o gozo de alguma liberdade ou direito individual já garantido com a lei de algum dos Estados Partes, como é o caso do Brasil em sua Constituição Federal. Desta maneira, fica evidente que a convenção só reforça o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todos esses dispositivos internacionais tiveram origem no pensamento iluminista do século XVIII com o famoso postulado: "*innocens praesumir cujus nocentia non probatur*", que contrapõe ao pensamento absolutista do Antigo Regime.

A prisão como sendo a privação do direito fundamental à Liberdade, só deve ser imposta quando expressamente autorizada pela lei. E a execução provisória da pena não encontra amparo na nossa legislação, tendo em vista que o nosso mandamento constitucional imposto pelo art. 5º, LVII, é claro ao condicionar o fim da presunção de inocência apenas com o trânsito em julgado.

Nas palavras de Bitencourt, a pena deve se manter dentro dos limites do Direito Penal e da proporcionalidade, somente podendo ser imposta após um procedimento cerceado pelas garantias jurídico-constitucionais. O direito penal deve ser formalizado em respeito aos direitos individuais do cidadão. A invasão na esfera dos direitos individuais, por parte do Direito Penal, é característico dos regimes totalitários. (BITENCOURT, 2014, pags. 47 e 48).

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um estado pluralista e democrático. (BITENCOURT, 2014, p. 48).

Esse preceito, no entanto, não é inovador; há mais de 200 anos, Beccaria em sua celebre obra "Dos Delitos e das penas" já anuncia a necessidade de previsão expressa em lei para a execução da pena.

Embora a prisão difira das outras penas, por dever necessariamente preceder a declaração jurídica do delito, nem por isto deixa de ter, como todos os outros gêneros de castigos, o caráter

essencial de que só a lei deve determinar o caso em que é preciso emprega-la. (Beccaria, 1764, Edição 2015, p. 31).

Deste modo, tem-se o princípio da não culpabilidade como peça fundamental para manutenção dos regimes democráticos, garantida, não só por nosso ordenamento jurídico, mas também assegurada no âmbito internacional por meio de tratados e convenções, fortemente inspiradas pelo período iluminista.

4. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA:

4.1. A virada jurisprudência com o Habeas Corpus n. 84.078 de fevereiro 2009:

Em fevereiro de 2009, houve a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal do HC de nº 84.078-7, o que chamamos de virada jurisprudencial acerca do entendimento sobre a legalidade ou não da aplicação da pena, antes do trânsito em julgado, apenas com a condenação em segunda instância. E, com um placar de votos de 7 a 4, venceu a posição do Supremo pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

O entendimento firmado, neste Habeas Corpus, conforme já foi mostrado no histórico, perdurou até o ano de 2016 com a recente mudança jurisprudencial acerca do tema.

Ainda, na ementa do Habeas Corpus, a prisão a título cautelar foi tratada, como a única maneira de privar o indivíduo da sua liberdade antes do trânsito em julgado. Deste modo, a antecipação da execução penal, tratada como incompatível com o texto constitucional, só poderia, então ter lugar, se fosse, em função da conveniência do magistrado, com a decretação, deste modo, pela prisão cautelar.

Não foi negligenciado, ainda na ementa, o dispositivo do artigo 637 do Código de Processo Penal que estabelece a ausência de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Para justificá-lo, ele foi contraposto a Lei de Execução Penal que condiciona, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a imposição da pena privativa de liberdade. Deste modo, estaria o disposto na LEP sobreposto ao que dispõe o Código de Processo Penal, tanto por àquele estar de acordo com o que dispõe na nossa Constituição, tanto por ser posterior a este.

Decisão anterior da própria corte foi utilizada para fundamentar a posição acolhida pelo tribunal na ocasião daquele julgamento,

demonstrando que a suprema corte com base no disposto no art. 5, LVII, da Constituição Federal, o utilizou para proteger o indivíduo, em seu direito à propriedade, e então não teria porque não o fazer, quando a esfera a ser tutelada é o direito à liberdade do indivíduo.

No RE 482.006, relator o ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto do inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque--- disse o relator ---'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unanime a impossibilidade de antecipação efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. (EMENTA, 2016).

Em seu voto, neste mesmo HC, o ministro Celso de Melo afirma que não é a condição de pessoa submetida a atos de persecução penal, que afeta a sua posição de detentor de direitos e garantias indisponíveis. Traz, além disso, o brocardo pena do qual dispõe que, ninguém poderá ser considerado culpado, antes que recaia sobre ele sentença condenatória penal transitada em julgado, conforme disposto na nossa Constituição Federal. Nas palavras do ministro em seu voto: "A necessária observância de clausula constitucional inerente ao '*due proces of law*' representa, de um lado, como já foi assinalado, fator de proteção aos direitos daquele que sofre a persecução penal (...)".

Em seu voto, o ministro reforça ainda, que há limites impostos pela Constituição que não podem ser transpostos pela persecução penal, como é o caso da presunção de inocência, afirmando que o Supremo, ao afastar a possibilidade da execução provisória da pena, apenas confere ao cidadão um dos seus direitos mais básicos, que é a presunção de inocência até que recaia sobre ele a condenação de sentença irreversível pelo trânsito em julgado.

Deste modo, concluo que a virada jurisprudencial ocorrida no julgamento do Habeas Corpus de n. 84.078 em fevereiro 2009, foi responsável por dar ao tema da execução provisória da pena, finalmente, a interpretação coerente com as garantias e direitos individuais do nosso ordenamento, ao declarar inconstitucional o cumprimento de pena antes do estabelecimento do trânsito em julgado.

4.2. Habeas Corpus n. 152.752 de abril de 2018:

O tema voltou a ser debatido no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC de nº 152.752, impetrado pelo ex-presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva. A legalidade da decretação preventiva da pena voltou a tomar grades proporções no debate jurídico e fora dele, não só pela polêmica que envolve o tema, mas pelo fato do impetrante ser um ex-presidente da república.

A votação, mais uma vez, pela possibilidade de decretação da sua prisão, após a condenação em segunda instância, mantendo a decisão da suprema corte em 2016, ressuscitou o debate do tema. Em que pese toda a discussão política acerca deste julgamento, detenho-me à análise dos aspectos jurídicos concernentes a legalidade ou não da decretação provisória da prisão e, portanto passo a analisar a inconstitucionalidade da posição adotada pelo Supremo Federal ao se posicionar, mais uma vez, pela possibilidade da execução provisória da pena.

Um ponto essencial, nessa análise, é entender a função que o Supremo Tribunal Federal exerce no poder judiciário do nosso ordenamento. Delegada pelo poder constituinte originário, o STF é o guardião da Constituição Federal, não devendo perder de vista que a presunção de inocência está disposta na nossa Carta Magna, não só como garantia fundamental, mas como direito essencial, na medida, que é clausula pétrea no nosso sistema.

A nossa Constituição permite ser alterada, desde que respeitada alguns fundamentos intocáveis, as cláusulas pétreas, dentre elas estão os direitos individuais. O princípio da presunção de inocência como cláusula pétrea em nossa constituição, cria um primado de que ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado. Perder esse direito é arrancar do cidadão o direito de presumir-se inocente. Permitir que réus, ainda não comprovadamente culpados, sejam presos, é admitir sua culpa e ignorar a presunção de inocência que estes gozam.

Nas palavras de Branco:

O poder de reforma – expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto (art. 3º do ADCT) – é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, e lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem seguidas.

Há, afinal, as limitações materiais ao poder de reforma. O poder constituinte originário pode estabelecer que certas opções que tomou são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina cláusulas pétreas (BRANCO, p.118/120. 2014).

Para defender a possibilidade da execução provisória da pena, muitas vezes se resgata ordenamentos jurídicos de outros países que não condicionam a aplicação da pena aos recursos extraordinários, como também fez o ministro Edson Fachin em seu voto (FACHIN, Edson. STF. HC 152.752/2018). Diferentemente de alguns países, porém semelhantes a outros, como Itália e Portugal, a nossa escolha constitucional foi por condicionar o trânsito em julgado ao esgotamento de todas as vias recursais, inclusive aos recursos especial e extraordinário. Permitir, portanto, a prisão do réu, antes do esgotamento das vias recursais ao tomar como referência o regramento de outros países, é negligenciar alguns dos principais direitos fundamentais constitucionais que nos é garantido.

Nas palavras de Brasileiro de Lima:

Logo, o caráter 'extraordinário' dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena. Isso porque o caráter "extraordinário" desses recursos não afeta o conceito

de trânsito em julgado expressamente estabelecido pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de execução da pena. (LIMA, 2017, p. 49).

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, assim como o de outros países, é construído a partir de legislações e regramentos próprios, baseados de acordo com a nossa cultura e realidade. Tentar importar regramentos de outros países de maneira avulsa ou simplesmente comparar nossa estrutura judiciária a de outros países, em um ou outro detalhe, é negligenciar toda a história e também toda a realidade daquele país. É certo, que há muitos países que não suspendem a execução pena até os recursos extraordinários, porém, nestes países, o trânsito em julgado não depende das instâncias extraordinárias e, ainda que dependesse, a realidade brasileira não pode ser comparada em pontos avulsos sem antes haver um estudo sistêmico. Nas palavras de Breda:

Façamos uma concessão: é verdadeiro o argumento utilizado pelos que defendem a execução antecipada de que se trata de uma regra específica do nosso sistema, dificilmente encontrada nos países de semelhante desenvolvimento, mas esquecem que é tão ou mais difícil achar outro país com aproximadamente trezentos mil presos preventivamente, antes até de uma decisão de primeira instância, matéria que não está em discussão.

As comparações entre sistemas processuais de diferentes países, culturas e realidades servem apenas para confundir e lançar uma névoa sobre o verdadeiro debate que interessa: quais os sentidos e limites das regras que a Assembleia Nacional Constituinte e o Congresso Nacional aprovaram, no legítimo exercício do poder que o povo brasileiro lhes outorgou? (BREDA, 2018).

Outro ponto sustentado por alguns ministros foi o de que, caso o Habeas Corpus fosse recebido, seria negligenciado a natureza jurídica de princípio da presunção da inocência. O Barroso, por exemplo, em seu voto, argumenta a necessidade de aplicação de pesos aos princípios para que não se produza um direito penal desmoralizado que não serve a ninguém. (BARROSO. STF. HC 152.752/2018).

Porém, a possibilidade de prisão cautelar nas suas espécies e também da prisão em flagrante já demonstra que a presunção de inocência não seria, de

maneira alguma, encarada como uma regra-norma, pelo simples fato de ser proibida a prisão após a condenação em segunda instância.

Nas palavras do ministro Celso de Melo neste HC:

São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o efetivo real trânsito em julgado da sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria constituição da república (CF, art. 5º, LVII). O STF, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza, como anteriormente enfatizado, a decretação de prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou de réus, pois expressamente reconhece uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a perseverar e proteger os interesses da investigação criminal e do processo penal (STF. HC 152.752/2018. Relator: Néri Silva. 05 de abril de 2018).

Neste sentido, confirmando que a prisão provisória é sim compatível com o princípio da presunção de inocência, os processualistas penais, Rodrigues e Leal Neto, afirmam:

No campo da prisão provisória, o princípio do estado de inocência também desempenha um papel decisivo. Desde logo, advirta-se que o instituto da prisão provisória não é incompatível com o princípio do estado de inocência. Posto de outra forma: o princípio em questão não é absoluto. Atente-se que a própria Constituição previu a possibilidade de prisão provisória, por exemplo, no art. 5º, LXI – além do que, há na Magna Carta o princípio da segurança pública, que também torna possível falar em prisão decretada antes do trânsito em julgado. O referido princípio, ao propor que ‘ninguém será preso considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’,

força-nos encara a prisão provisória como medida extrema excepcional. (RODRIGUES e NETO, 2016, p. 341/342).

Ainda nessa toada, não há como sustentar que o nosso ordenamento jurídico defenda uma diminuição presunção de inocência à medida que se vence as instâncias jurisdicionais, como faz, por exemplo, o ministro Edson Fachin ao proferir em seu voto que: “Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão é necessária”.. Afirmar isso seria o mesmo que dizer que o réu, em segunda instância, é mais culpado que o réu ainda na primeira instância. Esse raciocínio não merece prosperar pelo simples fato que a presunção de inocência o igualmente acompanha até o transito em julgado, conforme disposto em nossa própria legislação

O transito em julgado é o único momento, determinado pela nossa Constituição, que a presunção de inocência não subiste mais ao apenado. A presunção de culpabilidade só recai ao individuo a partir da irrecorribilidade da sentença penal condenatória atribuída a ele.

Não é por outro motivo que o supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições de ordem jurídica somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões jurídicas. (MELLO, 2018)

Nesse sentido, Lopes Jr defende:

O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como ‘presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. É a presunção de inocência um ‘dever de tratamento’ no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado. (LOPES, Jr 2016).

Além da necessidade de garantir os direitos fundamentais e a dignidade humana aos indivíduos, uma ruptura constitucional de tal modo também implica em uma insegurança jurídica, tendo em vista que não se pode garantir aos cidadãos o respeito a seus direitos quando inclusive as cláusulas pétreas são violadas. A sensação gerada é maléfica não só pra quem tem seus direitos individuais violados, bem como para a sociedade que sofre da iminência de tê-los, pois abala a legitimidade da execução das sanções penais.

Deste modo, presunção de inocência até o trânsito em julgado não só é reproduzido em outros diplomas infraconstitucionais, tais com o Código de Processo Penal a Lei de Execução Penal, como é também tutelada nas próprias decisões da suprema corte, duas delas foram mencionadas pelo ministro Celso de Melo a fim de fundamentar seu voto (MELO. STF. HC 152.752/2018).

A primeira delas foi a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 48 do decreto 314/67 que impunha ao réu como efeito automático da prisão em flagrante delito do mero recebimento da denúncia a suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, exatamente com o propósito de tutelar o princípio da presunção de inocência.

No mesmo sentido, ele traz a revogação do artigo 393 do Código Processual Penal, que dispunha: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados”. A revogação de tal dispositivo se deu exatamente por afrontar o princípio da presunção da inocência, na medida que impunha a condenação antes da confirmação da culpabilidade com o trânsito em julgado.

(...) não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente execução prematura (ou provisória) da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o “status poenalis” do zondenado.

Ao trazer, como exemplo, esses dois julgados da própria corte suprema em que o princípio da não culpabilidade foi usado ora para proteger o exercício da

profissão, ora para proteger o nome do réu ao rol dos condenados, o ministro demonstra que não pode a garantia fundamental da presunção de inocência ser negligenciada quando se trata de um direito muito mais caro ao indivíduo, sua própria liberdade.

Não merece, portanto, prosperar um entendimento que negligencie ao indivíduo justamente o seu direito a liberdade. Estaria permitindo, deste modo, que um valores mais caros à dignidade humana fosse suprimido, tendo em vista que a presunção se inverteria, colocando previamente o sujeito na posição de culpado.

O mesmo argumento é trabalhado por outros processualistas, no sentido da impossibilidade de atingir um direito muito mais caro ao cidadão como a liberdade, quando outros direitos são protegidos do trânsito em julgado. Nas palavras de Cunha:

(...) não há dúvida de que não há o menor sentido lógico em admitir que o condenado seja encarcerado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória mas não possa ser submetido a medida muito menos restritiva como, por exemplo, a prestação de serviços a uma entidade pública (CUNHA, 2018).

Nesse mesmo sentido, ao fundamentar seu voto, o ministro Celso de Melo, trouxe alguns dispositivos infraconstitucionais que reforçam a importância e a necessidade da aplicação do princípio da presunção da inocência.

A Lei de Execução Penal, em seus artigos 105 e 147, bem como o Código de Processo Penal Militar, em seus artigos 592, 594 e 604, demonstram que a execução provisória da condenação criminal recorrível, é salvaguardada também na legislação ordinária, dada sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

LEP, art. 105: Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

LEP, art. 147: Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

CPPM, [art. 592](#): Somente depois de passada em julgado, será exequível a sentença.

CPPM, [art. 594](#).: Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.

[CPPM, art. 604](#): O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença transitada em julgado, que impuser a pena de reforma ou suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, ou de que resultar a perda de posto, patente ou função, ou a exclusão das forças armadas.

Em todos estes diplomas processuais penais, as consequências atribuídas àquele que é culpado só se aplicam depois do trânsito em julgado, garantindo assim que a inocência do réu seja presumida até o momento que ele perde a qualidade de réu e só aí passa ser condenado.

De maneira ainda mais derradeira, os dispositivos dos artigos 50, do Código Penal, e 164 da Lei de Execução Penal, demonstram a importância de presumir que todo indivíduo é inocente, até que se prove o contrário com a sentença penal condenatória transitada em julgado. Nestes dispositivos não se admite a condenação, nem pela pena de multa daquele que ainda não recebeu da jurisdição, o status de culpado. A pena de multa, que atinge o sujeito única e exclusivamente na esfera econômica, não pode ser aplicada antes do ato de proferir a sentença penal irrecorrível. Demonstrando, mais uma vez, como nosso ordenamento jurídico todo se fundamenta na presunção de inocência do indivíduo.

5. CONCLUSÃO:

O presente artigo científico analisou como a atual posição do STF, em relação a execução provisória da pena, se mostra inconstitucional. A partir de uma análise dos julgados e de toda a estrutura do nosso ordenamento jurídico, pondera-se como o princípio constitucional da presunção de inocência é violado ao permitir que a pena seja cumprida pelo réu ainda no curso do processo. Violar o princípio da presunção de inocência é declarar que aquele indivíduo, ainda não comprovadamente culpado, vai ter que cumprir a pena privativa de liberdade.

Para chegar a este ponto foi demonstrado não só a importância da presunção de inocência para o nosso Ordenamento Jurídico e como ele tutela este princípio, mas também como ele é tutelado inclusive no âmbito internacional. Ao remontar ao Iluminismo percebemos que o respeito aos direitos individuais, como a presunção do status de inocência, é essencial para manutenção do próprio regime democrático.

A análise da atual jurisprudência do STF, acerca do tema, no que tange os julgados de Habeas Corpus, mostrou um contrassenso não só com o disposto, em forma de cláusula pétrea na nossa Constituição Federal, bem como com o que o próprio STF já decidiu em outros julgados. Resgatando, dessa forma, o entendimento da suprema corte na época em que suas decisões ainda eram fortemente influenciadas pelas ideias do regime não democrático recém-extinto.

O STF tutela outros direitos, tais como o do exercício regular da profissão ou o econômico com a condenação de multa, determinando que eles só podem ser atingidos após o trânsito em julgado. Não respeitar a presunção de não culpabilidade, logo quando se trata da liberdade do indivíduo com a condenação de penas privativas de liberdade, seria um verdadeiro atropelo aos direitos e garantias básicas dos cidadãos.

Outro ponto importante é o princípio da legalidade. A imposição da pena deve ocorrer quando amparada por previsão expressa em lei, e determina-la antes do trânsito em julgado é atribuir sentido diverso daquele disposto no próprio texto constitucional, violando também, portanto, o princípio da legalidade.

Deste modo, o trabalho de conclusão de curso então apresentado tem por fim, utilizar nosso próprio ordenamento jurídico, estruturado a partir da nossa Constituição Federal, para demonstrar que a posição do STF, nos julgamentos dos anos de 2016 e de 2018, relacionados ao tema, não cumprem o papel de tutelar a garantia constitucional dos indivíduos da sua presunção de inocência. Portanto, a partir das análises feitas durante este trabalho, concluo que é inconstitucional, a postura do STF de permitir a execução provisória da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 283.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. São Paulo: Edipro. 2015. P. 31.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito penal – parte geral 1*. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. P. 47 e 48.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz o princípio da presunção de inocência. **Revista Consultor Jurídico**. 2013. Acesso em: 04/06/2018, disponível em: <https://googleweblight.com/i?u=https://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia&hl=pt-BR#a.ftnref2>.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva. 9ª edição. 2014. P. 118/120;

BRASIL. STF. HC 84.078/2009. Relator: Edson Fachin. 05 de abril de 2009.

Último acesso em 05/06/2018.

BRASIL. STF. HC 152.752/2018. Relator: Néri Silva. 05 de abril de 2018.

Último acesso em 05/06/2018.

BRASIL. STF. RE 482.006/2016. Relator: Lewandowski. Último acesso em 05/06/2018.

BRASIL. STF. HC 68.726/1991. Relator: Néri Silva. 28 de junho de 1991.

Último acesso em 05/06/2018.

BREDA, Juliano. A constituinte rejeitou a execução da pena antes do trânsito em julgado. **Estadão**. Acesso em 23/05/2018, disponível em: <http://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/a-constituente-rejeitou-a-execucao-da-pena-antes-do-transito-em-julgado>. 2018.

BRÜNING, Rafael. Prisão em segunda instância é coerente com a CF. 10 de abril de 2018. O portal da Justiça e do Direito em Santa Catarina – JusCatarina. Último acesso em 07/06/2018, disponível em:

CUNHA, Rogério Sanches. STF nega seguimento a HC que pretendia obstar execução provisória de pena restritiva de direitos. **Meusitejuridico.com**. Acesso em 18/05/2018, disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2018/05/18/stf-nega-seguimento-hc-que-pretendia-obstar-execucao-provisoria-de-pena-estritiva-de-direitos/>

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017. P. 49.

LOPES Jr. O fim da presunção de inocência é nosso 7 a 1. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Acesso em: 13/05/2018, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho penal. Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1951.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva. 9ª edição. 2014. P. 534;

RODRIGUES, Márcio e NETO, Fernando Leal. Super-revisão para concursos jurídicos. Indaiatuba/SP: Editora Foco. 2016, p. 341.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. Iluminismo político: a libertação do homem pelo Direito. Jus.com.br. 2013. Acesso em: 04/06/2018. disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23331/iluminismo-politico-a-libertacao-do-homem-pelo-direito>

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

NIKOLLY SANCHES ARAGÃO:

Acadêmica de Direito na Universidade Brasil. Conciliadora pela EPM.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)^[1]

Resumo: O aborto atualmente surge como um dos principais assuntos entre os científicos, religiosos e os parlamentares jurídicos diante dos conflitos gerados perante o assunto e as diversas manifestações de grupos a favor e contra. O presente artigo de conclusão de curso visa apresentar uma visão geral a respeito da realização do aborto no Brasil, suas modalidades, e demonstrar através desse estudo a necessidade da descriminalização do aborto. Abortar é uma prática tão antiga tanto quanto à humanidade. Apesar de existirem legislações, controles, intimidações e principalmente sanções, surgidas através da história da humanidade, as mulheres nunca deixaram de realizá-lo. Sabe-se que o aborto praticado de forma clandestina gera diversas consequências, tanto físicas como psicológicas entre as abortantes. O método de pesquisa utilizado é revisão bibliográfica baseada em livros, jornais, artigos científicos e revistas.

Palavras-chaves: Aborto. Descriminalização. Mulher. Autonomia feminina. Direitos Humanos.

Abstract: Abortion now appears as one of the main issues among scientists, religious and legal parliamentarians in the face of the conflicts generated in the matter and the various manifestations of groups for and against. This article aims to present an overview of abortion in Brazil, its modalities, and demonstrate through this study the need to decriminalize abortion. Abortion is as ancient a practice as it is to humanity. Although there are laws, controls, intimidations and especially sanctions, arising through the history of mankind, women have never failed to do so. Abortion practiced clandestinely is known to have a number of consequences, both physical and psychological, among abortants. The research method used is a bibliographic review based on books, newspapers, scientific articles and journals.

Keywords: Abortion. Decriminalization. Woman. Female autonomy. Human rights.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE ABORTO. 2. TIPOS DE ABORTO CRIMINOSO. 2.1. Auto aborto consentido. 2.2. Aborto provocado por terceiro ou sofrido. 2.3. Aborto consensual. 2.4. Aborto qualificado. 3. TIPOS DE ABORTOS LEGAIS NO BRASIL. 3.1. Aborto necessário ou terapêutico. 3.2. Aborto sentimental. 3.3 Aborto de anencéfalo. 4. O DIREITO A VIDA DESDE A CONCEPÇÃO. 5. O ABORTO COMO QUESTÃO DE DIREITOS. 6. ASPECTOS SOCIAIS QUE ENVOLVEM A QUESTÃO DO ABORTO. 7. DADOS E ESTATÍSTICAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará um assunto polêmico tanto na esfera jurídica, religiosa, médica, social, entre outras. No Brasil o aborto é considerado crime contra a vida humana conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal brasileiro que prevê pena de detenção nos casos de aborto com ou sem consentimento. Porém, mesmo sendo considerado crime, o aborto é realizado numa média de um milhão de vezes por ano no país.

Atualmente o Brasil não pode ignorar a realidade de diversas mulheres que sofrem ao realizarem abortos clandestinos que podem tristemente resultar na morte das mesmas. Essas ocorrências trazem um impacto negativo na saúde pública, e penalizar criminalmente a mulher que pratica de forma voluntária o aborto não foi suficiente para solucionar o problema. Em alguns casos específicos o aborto não é punível, como no caso de aborto natural, aborto necessário e aborto de anencefálos que serão abordados no decorrer deste artigo. Contudo, estas modalidades que não são puníveis, não demonstram nenhum avanço da atual legislação de um país com tantas diferenças culturais existentes, como o Brasil. Muitas das mulheres que recorrem a esta interrupção legal de gestação sofrem dificuldades e discriminação.

A grande polêmica em questão é sempre a defesa da vida do feto, independente da vontade da mulher. O aborto é admitido nos casos em que a gestante corre risco de morte, nos casos de estupro ou no caso de aborto de fetos anencefálos, que serão abordados e explicados ao longo deste artigo.

Apesar de existirem muitos projetos de lei sobre a descriminalização do aborto, até a presente data não houve uma aceitação total por parte do Estado e,

por essa razão, não existe uma lei descriminalizadora do aborto, com exceção de determinados casos, que serão explorados a seguir.

O tema envolve bastante polêmica, pois se trata da dura realidade pela qual passam as mulheres que se submetem a realização do aborto clandestino, sendo a maioria destas mulheres de baixa renda e com pouco conhecimento sociológico. Por outro lado existem diversas pessoas que não aprovam o aborto por questões religiosas e morais, e não procuram entender ou considerar a razão e os motivos do outro lado da causa. Dessa forma, em pleno século XXI, é necessário que haja um intenso debate, para que sejam tomadas decisões mais significativas e eficientes sobre o tema, uma vez que milhares de vidas estão envolvidas.

1. CONCEITO DE ABORTO

O termo abortar significa eliminar prematuramente do útero o feto ou embrião da concepção, ou seja, é interromper a gestação com a morte do feto ou embrião.

A destruição da vida intrauterina antes do início do parto configura a hipótese de aborto.

Fernando Capez leciona que:

“aborto é a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno”(CAPEZ, 2008, p.119).

De acordo com Greco (2015), a vida tem início a partir da concepção ou fecundação, ou seja, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino.

Para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno. Dessa forma, enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal.

O aborto culposo não é passível de punição. Porém, se a morte do feto ocorrer depois de iniciado o parto e não tenha sido realizado pela mãe sob influência do estado puerperal, o crime cometido é o de homicídio.

O direito protege a vida desde a formação embrionária, resultante da junção dos elementos genéticos, até o início do parto, a eliminação do feto tipifica o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana. Dessa forma, a proteção penal abrange à vida, a vida intrauterina e a vida extrauterina.

No aborto o objeto material pode ser o embrião, o óvulo fecundado, ou o feto. O aborto realizado até os dois primeiros meses de gestação é considerado ovular. Já o aborto praticado durante o terceiro ou quarto mês de gestação é chamado de embrionário. Após os cinco meses de gestação o aborto é chamado de aborto fetal.

A ação de realizar o aborto tem por finalidade de eliminar o produto da concepção e interromper a gravidez, ou seja, o feto. Tal ação pode ser exercida diretamente contra o feto ou embrião, ou ainda sobre a gestante.

O aborto pode ser realizado de forma espontânea ou provocada. O aborto espontâneo ou natural é aquele que acontece quando há a interrupção espontânea da gravidez, sem qualquer tipo de participação da gestante ou de terceiros, ou seja, acontece por motivos alheios a vontade da mulher, portanto o aborto espontâneo não configura crime. Esta modalidade de aborto é caracterizada por motivos intrínsecos, moléstias, como defeitos uterinos, problemas psicológicos, má-formação do feto e paternais. O aborto provocado, também conhecido como aborto criminoso ocorre quando é motivado por interferências externas de médicos ou pela própria gestante.

2. TIPOS DE ABORTO CRIMINOSO

Abaixo estão descritos e analisados sobre cada um dos tipos de abortos criminosos atualmente existentes em nosso país.

2.1 Auto Aborto Consentido

Auto aborto é aquele em que a própria gestante o provoca diretamente, ou consente para que outra pessoa lhe provoque o aborto.

Este crime encontra-se previsto no artigo 124 do Código Penal, e é conhecido como auto aborto. O sujeito ativo é a gestante, configurando assim uma forma de delito especial próprio. Aqui, o sujeito passivo titular do bem jurídico protegido, é o direito a vida, mais especificamente o ser humano em formação desde a sua concepção, desenvolvimento e nascimento. No caso de mais de um feto, temos a configuração de concurso de delitos.

“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos”.

O dispositivo penal prevê duas condutas possíveis realizadas pela gestante, a primeira ocorre com a própria gestante provocando a interrupção da gravidez e a segunda se realiza quando a gestante permite que um terceiro lhe provoque o abortamento.

Auto aborto é um crime de mão própria, isto é, somente a gestante pode ser o sujeito ativo, sendo que a figura do terceiro se resume em apenas um ato acessório de instigar, induzir ou auxiliar, sendo apenas partícipe do delito cometido, desse modo, responde apenas por seus atos executórios não como coautor, sendo enquadrado na conduta do artigo 126 do Código Penal, segundo a jurisprudência, tendo em vista que esse tipo de crime não admite coautoria, sendo uma exceção da teoria monística da ação.

2.2 Aborto Provocado por Terceiro ou Sofrido

É aquele realizado por terceiro sem o consentimento da gestante. Nesse caso o aborto é realizado sem que a gestante saiba. Esta modalidade possui penalidade mais severa e encontra-se previsto no artigo 125 do Código Penal.

“Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos”.

A falta da permissão caracteriza parte do conteúdo típico da conduta, ou seja, a aceitação da gestante não faz a conduta atípica, porém se encaixa em outro dispositivo penal. Para configuração não é necessário

o uso de violência, fraude ou a grave ameaça. O agente pode realizar simulações ou dissimulações, desviando a atenção e interceptação da gestante. Para o enquadramento penal a este dispositivo, o desconhecimento pela gestante das práticas utilizadas é essencial a ponto de poder incorrer na hipótese.

Contudo, pode sim a conduta ocorrer mediante violência, fraude ou a grave ameaça. No caso de fraude, esta pode ocorrer quando o agente aplica a substância abortiva para a gestante sem o seu conhecimento, ou realiza uma intervenção cirúrgica para retirar o feto sem a sua vontade.

2.3 Aborto Consensual

O aborto consensual é aquele provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Esta modalidade está disposta no artigo 126 do Código Penal e ocorre quando existe vontade expressa da gestante em que um terceiro lhe empregue meios para se realizar as manobras abortivas.

“Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”

A manifestação de vontade da gestante pode ocorrer de forma tácita ou expressa, sendo prevista penas mais severas para este tipo de aborto. A gestante, quando há aprovação, comete o crime já tratado previsto pelo artigo 124 do Código Penal, respondendo pela modalidade de aborto consentido, sendo aplicada, por conseguinte, punição menos severa se comparado a de terceiro. No crime de aborto consentido, a conduta da gestante é considerada pelo legislador de menos graus de reprovabilidade do que a do agente que efetivamente realiza as manobras abortivas mesmo que consentidas pela gestante.

No caso em comento, deve-se compreender que os crimes previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal necessitam obrigatoriamente da participação de duas pessoas, daí verifica-se tratar de

um crime de concurso de necessário, sendo que cada participante responde individualmente por suas condutas.

2.4 Aborto Qualificado

Aborto qualificado é aquele que resulta em lesão corporal de natureza grave ou resulta na morte da gestante.

A forma qualificada do aborto está prevista no artigo 127 do Código Penal, que consiste em lesões corporais graves, aumentando-se a pena em um terço e duplicada se por qualquer meio utilizado para o aborto ocasiona a morte da gestante nos casos previstos nos artigos 125 e 126 do Código Penal.

“Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”.

A lesão corporal grave ou a morte só se enquadram nesta modalidade se o agente ao realizar a conduta não tinha o dolo, mesmo que eventual, de provocar esses resultados, caso contrário, este responderia por concurso material do crime de aborto com o crime de lesão corporal ou homicídio. De acordo com o entendimento majoritário da jurisprudência as lesões ou o óbito advém apenas da culpa do sujeito ativo, configurando, dessa maneira, a modalidade preterdolosa, na qual significa: o dolo na conduta ou antecedente e a culpa no subsequente ou consequente.

Porém, existe um resultado gravoso qualificando a conduta anterior desejada pelo agente, sendo que este tem a vontade de destruir o embrião, configurando lesões graves ou o falecimento da gestante. Tal caso merece ser apreciado de forma bem delimitada em razão da conduta do agente pode ser semelhante com o concurso material, onde responderá não pela conduta qualificada, mas responderá pela forma criminal do aborto combinada com as modalidades de lesão corporal prevista no artigo 121 ou artigo 129 do Código Penal.

É importante esclarecer que práticas da autolesão e do suicídio não são punidos pelo ordenamento jurídico pátrio, isso significa que se

durante a prática do aborto a gestante se autolesiona ou lhe sobrevém a morte, esta responderá apenas pelo incurso no artigo 124 do Código Penal no caso da autolesão e será declarada extinta a punibilidade no caso do óbito, que será considerado como suicídio, tendo em vistas que estas condutas são consideradas para o ordenamento jurídico condutas atípicas.

3. TIPOS DE ABORTOS LEGAIS NO BRASIL

Neste capítulo serão analisados os tipos de aborto legalizado existentes atualmente em nosso país.

No Código Penal, há duas previsões de afastamento do delito: risco de vida à gestante e na gravidez resultante de estupro. A primeira previsão corresponde ao aborto necessário e a segunda ao aborto humanitário. (NUCCI, 2012)

3.1 Aborto Necessário ou Terapêutico

Aborto necessário e também chamado de aborto terapêutico, é aquele realizado por médico quando não existe outro meio para salvar a vida da gestante. Encontra-se disposto no artigo 128, inciso I do Código Penal.

“Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;”

O aborto necessário demonstra o autêntico estado de necessidade, e, portanto só é realizado quando não houver nenhum outro meio para salvar a vida da gestante. Nesta modalidade o médico realiza o aborto com o único objetivo de salvar a vida da mãe, preocupando-se apenas com ela.

De acordo Bittencourt (2013) o aborto necessário exige dois requisitos, quais sejam: o perigo de vida da gestante e a inexistência de outro meio para salvá-la. É necessário que haja perigo iminente à vida da gestante, e não apenas o perigo à saúde, mesmo que seja muito grave. Neste caso o aborto, deve ser a única forma de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime.

O Código Penal Brasileiro somente autoriza a prática do aborto nos casos em que essa opção seja a única alternativa para sobrevivência da gestante, pois a vida da gestante se torna mais importante que o nascimento do feto com vida, e assim, esta modalidade de aborto não constitui crime e não será punível.

3.2 Aborto Sentimental

Aborto sentimental, também chamado de aborto humanitário ou ético é o aborto da gravidez resultado de estupro. Não haverá punição do médico que realizar o aborto na gestante vítima de estupro, desde que a gestante tenha autorizado e consentido. Tal modalidade está prevista no artigo 18, inciso II do Código Penal.

“Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

(...)

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

No Código Penal não existe limitação temporal para a gestante decida pelo abortamento, ela pode decidir durante qualquer momento da gestação. Nesta modalidade de aborto, a interrupção da gravidez é exclusivamente realizada por motivo psicológico que a gestante sofreu em consequência da forma violenta a qual foi submetida na concepção da gravidez. O código penal não pune esta modalidade.

Para realização do aborto sentimental, é necessário que haja prova do crime de estupro, que pode ser produzida por todos os meios em direito admissíveis. Não é necessária autorização judicial, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual.

3.3 Aborto de anencéfalo

Aborto de anencéfalo, também chamado de aborto eugênico ou eugenésico é aquele realizado nos casos de fetos defeituosos, ou naqueles com possibilidade de se tornarem defeituosos no futuro. Pode se dizer que

o aborto eugênico é aquele realizado para “evitar” o nascimento de crianças defeituosas.

O aborto anencefálico é aquele em que há no feto uma grave má formação fetal que resulta da falha de fechamento do tubo neural. Essa má formação gera ausência dos hemisférios cerebrais, da calota craniana e do cerebelo, impedindo assim a possibilidade de vida extra-uterina. A anencefalia não possui cura ou tratamento, e é fatal em 100% dos casos.

Por essa razão, o entendimento que prevalece é no sentido de que o anencéfalo pode ser considerado um natimorto, pois sobreviverá por poucos dias após seu nascimento, não tendo nenhuma expectativa de vida. E, portanto, não haveria bem jurídico a tutelar, podendo a gestante por essa razão optar pelo aborto.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal em 12.04.2012, decidiu que não pratica o crime de aborto tipificado no Código Penal a mulher que antecipa o parto em caso de gravidez de feto anencéfalo. Dentro dos preceitos de proteção da vida dispostos na Constituição Federal, a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, não é considerada como crime, sendo assim ninguém pode obrigar uma mulher a manter uma gestação que já se encontra inexistente, tendo em vista a não perspectiva de vida do feto.

O STF decidiu que é um direito constitucional da mulher a antecipação do parto em caso de anencefalia e que pode esta modalidade de aborto, não necessita de autorização judicial para ser realizada. O STF julgou procedente a ADPF 547, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de feto anencéfalo era conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

A antecipação do parto de um feto anencéfalo passou a ser voluntária e, caso a gestante manifeste o interesse em não prosseguir com a gestação, poderá solicitar serviço gratuito do Sistema Único de Saúde (SUS), sem necessidade de autorização judicial. Os profissionais de saúde também não estão sujeitos a responder judicialmente por executar a prática.

O aborto eugênico é parcialmente aceito pela doutrina, em razão da “escolha” dos “defeitos” que autorizaram o aborto serem muito subjetivas. Mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidades

ou enfermidade incurável, o Código Penal brasileiro não legitima a realização do chamado aborto eugênico.

4. O DIREITO A VIDA DESDE A CONCEPÇÃO

De acordo com Galante (2008) o direito à vida é um direito fundamental do homem, podemos dizer que é um super direito, pois todos os demais direitos dependem dele para se concretizar, assim sem o direito a vida, não haveria os relativos a liberdade, a intimidade, etc.

A vida é um direito garantido por lei e abrange toda pessoa humana. A Constituição brasileira declara, no caput do artigo 5º, que o direito à vida é inviolável. No Código Civil, estão assegurados os direitos do nascituro desde a concepção em seu artigo 2º; e o artigo 4º do Pacto de São José, que a vida do ser humano deve ser preservada desde o zigoto.

“Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

“Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

“Artigo 4º: Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Trata-se de direito fundamental e a Constituição Federal destaca a inviolabilidade do direito à vida. Dessa forma, todos os direitos são invioláveis.

A personalidade inicia-se após o nascimento do feto com vida, mas a lei põe a salvo os direitos desde a concepção do nascituro, e o mais importante desses direitos, é o direito à vida. A Constituição Federal protege de forma geral a vida uterina, dessa forma, todo ataque à vida do embrião significa uma violação do direito à vida.

A Constituição não fala em direito inviolável à vida em relação à pessoa humana, mas ao ser humano, ou seja, desde a concepção.

Como acentua Moraes (2000), o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos.

5. O ABORTO COMO QUESTÃO DE DIREITOS

De acordo com o Ministério da Saúde (2009), compreender o aborto como uma questão de saúde pública em um Estado laico e plural inaugura um novo [caminho argumentativo, no qual o campo da saúde pública traz sérias e importantes evidências para o](#) debate.

Essa abordagem, juntamente com questões éticas extremamente necessárias, indica que adentrar nos problemas morais, biológicos e jurídicos que afetam o início da vida deve partir da consideração de que a sociedade atual é uma sociedade plural, com distintas convicções sobre aspectos éticos e morais, compreendendo as diversas respostas sobre os limites e os alcances do direito à vida e que lugar deve ocupar o aborto no debate da autonomia reprodutiva da mulher. (DINIZ, 2008)

O exercício da liberdade individual por parte da mulher gestante, como observa Karam (2009), inaugura um dilema ético e jurídico que é bastante atual, pois comporta um confronto direto e inevitável com a proteção da vida pré-natal.

Não se pode ignorar que a própria Organização Mundial da Saúde – OMS - assegura que, a cada ano, mais de quatro milhões de mulheres se submetem a abortos clandestinos na América Latina e uma média de seis mil dessas mulheres morrem em decorrência dessa prática. (AGÊNCIA PÚBLICA, 2013)

Blay (2008) ensina que ao tratar o tema do aborto costuma-se fazer menção ao direito à vida, mas esta não é a única forma de compreender a questão: encontram-se, em controvérsia, também, o direito à saúde, o direito à autonomia pessoal e o direito à educação. O direito à vida está previsto no texto constitucional, está incluído nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, no caso particular do aborto, trata-se do direito à vida do feto, mas também à vida da mãe.

Argumenta também Blay (2008) que outro direito que sempre se encontra em discussão quando se fala de aborto como direito à autonomia pessoal da mulher. Trata-se de um direito humano que, como todos, se inter-relaciona com o conjunto ao qual pertencem, especificamente, o

direito à dignidade, à liberdade de expressão, pensamento e culto, também previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse direito, constitucionalmente garantido, se refere à liberdade de todas as pessoas de escolherem seu projeto de vida, sem ingerências de nenhum tipo, especialmente aquelas provenientes do Estado ou das instituições. A autonomia pessoal protege os indivíduos de toda forma de seleção em consequência de suas formas de vida e garante o desenvolvimento e o respeito à dignidade de todos. (BLAY, 2008)

Acrescenta:

“Toda mulher tem direito a decidir, então, sobre sua vida, mais ainda quando se trata de seu próprio corpo. Se o direito à vida do feto se contrapõe ao direito de toda mulher a decidir sobre sua vida, sobre seu projeto de vida e sobre seu corpo, por um lado, essa livre escolha causará danos ao feto e a terceiros, cabendo aí o limite constitucional (também relativo) da autonomia pessoal. Isso deixa duas situações: a primeira, quando o feto não sente dor; a segunda, quando sente. Assim, antes de formado o tubo neural, o feto não sente dor, não sente nada. Nessa instância, a presença de um dano em um ser que não sente se torna controvertida. Porém, se trata de ter consciência de uma situação: uma mulher que não quer ter um filho, que está grávida e que, se seu direito não existe, deverá ver como seu corpo se modifica por um filho indesejado e o verá nascer, quando não o quer em sua vida. Assim, também se pode argumentar que a vida digna de uma mulher não tem menor valor do que a vida de um feto. O aborto é um procedimento demasiadamente intrusivo e ninguém o deseja. É uma situação temida, dolorosa, mas milhares de mulheres recorrem a isso, amparadas ou não pela lei.”(BLAY, 2008, p. 35)

A partir dessa consideração, Blay (2008) enfatiza que nesse sentido é preciso ter presente o direito à saúde. Nesse caso, toda mulher que reflita sobre a possibilidade de praticar um aborto, terá dizimado seu

direito à saúde, porque o aborto não desperta temor apenas por ser prática dolorosa e intrusiva, mas porque quando a mulher recorre a ele, não possuindo recursos econômicos, coloca sua vida em risco.

6. ASPECTOS SOCIAIS QUE ENVOLVEM A QUESTÃO DO ABORTO

Todas as sociedades possuem seu próprio ordenamento jurídico, com entendimentos e interpretações diversos sobre todos os tipos de assunto. Cada comunidade existente compreende e atua de forma diferente sobre as mais diversas questões, levando-se em consideração seu passado histórico e questões religiosas, econômicas, culturais e outros aspectos.

Os aspectos morais e éticos estão intimamente interligados aos valores e costumes humanos, que se referem aos valores determinados pela sociedade aos quais todas as pessoas devem obedecer. No caso do aborto, o mesmo relaciona-se ao juízo crítico de cada indivíduo com relação ao favorecimento ou não.

Existem fatores que fazem com que existam preconceito com relação à determinadas condutas, tendo com base os valores sociais, econômicos, religiosos e culturais da sociedade em que vivemos.

A legislação brasileira retrocede no sentido de mudanças por necessidade social, já que a questão do aborto não abrange somente o crime, mas sim um aumento das taxas de mortalidade de milhares de mulheres. A sociedade em si, possui uma visão repressiva diante das mulheres que realizam o aborto por ser uma prática que gera interferência religiosa, pois diz respeito sobre o início da vida humana.

Mesmo denominado como um estado laico, o Brasil ainda sofre com intervenções de cunho religioso, principalmente quando o assunto é aborto. A maioria da população possui crença religiosa e quase todas as religiões existentes no país são contrárias a prática do aborto, utilizando o argumento de que o feto é um ser com vida desde a concepção e a mulher deve carregá-lo até seu nascimento, mesmo contra sua vontade, pois caso haja em contrário, estará cometendo um crime contra a vida do nascituro. Todas as religiões possuem distinções e diferentes doutrinas, mas todas se baseiam na ideia de que o direito do homem deve vir em primeiro lugar, por essa razão, condenam a prática do aborto, uma vez que a vida é o principal direito do homem.

A questão religiosa e política interferem diretamente na esfera social, uma vez que desde o início a legislação proíbe a prática do aborto, contribuindo dessa forma para que as pessoas aprendessem e assimilassem que a ideia de praticar aborto ser um crime e que, portanto, não deve ser aceito na sociedade. Com o passar dos anos, a sociedade vem se mostrando mais revolucionária e progressista através de movimentos feministas e lutas em prol das mulheres e de seus direitos, na tentativa de pôr em prática a autonomia conquistada, dessa forma, foi constatado que nem todas as pessoas são contra o aborto, pois a vida da mulher e sua decisão devem ser respeitadas quanto como qualquer outra. Pode se observar que existe diferença de opiniões na sociedade atual entre os que defendem a descriminalização do aborto e os que entendem o aborto como crime. Cada um dos lados se funda em argumentos diversos sobre apoiar ou não a prática da conduta.

Do ponto de vista médico, a prática da medicina com relação aos riscos resultantes do aborto são as complicações inevitáveis, essas que muitas vezes podem levar a morte da gestante. Muitos médicos alertam sobre o risco do aborto mal feito, que pode vir a causar infecções e ainda prejudicar futuras gestações. Pode gerar consequências irreversíveis à saúde da mulher e são em grande parte devido ao aborto clandestino, sendo alta sua gravidade e muitas vezes ocasionado pela falta de informação e condições financeiras da gestante.

A autonomia da mulher sobre o próprio corpo vem sendo conquistada com o passar do tempo através de movimentos feministas e políticas sociais que garantem a igualdade de gênero. Porém ainda existem na sociedade os traços controladores e machistas, e são com esses obstáculos que as mulheres têm enfrentado diariamente, com o objetivo de demonstrar e conquistar sua autonomia, e consequentemente desvincular a ideia patriarcal que permanece na sociedade.

É uma afronta à autonomia das mulheres a criminalização do aborto. Não se pode impor à mulher a obrigação de ser mãe. Existe um paradoxo entre a autonomia da mulher e o direito à vida, quando se trata de aborto. De um lado o direito à vida do feto e do outro a imposição da gestação a mulher, que nem sempre quer dar continuidade a gravidez.

O corpo humano integra a personalidade sobre o seu próprio corpo cada qual tem sua autonomia: é, enquanto pessoa, titular do direito

a individualidade, a intimidade, a liberdade de decisão. O corpo é nossa propriedade e sobre ele, temos total e integral domínio e posse. É assim, direito indisponível, irrenunciável e inerente a personalidade humana. (DAGER, 2016)

A criminalização do aborto favorece um mercado que não tem vigilância sanitária, não garante necessidades de proteção de saúde e pode levar mulheres à morte. Descriminalizar o aborto é permitir sua redução.

Recentemente foi criada uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) para a [Descriminalização do aborto](#) até a 12ª semana de gestação.

A ADPF 442 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que sustenta que os dois dispositivos do Código Penal afrontam premissas fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da vida, a cidadania, a liberdade, a igualdade, a não discriminação, a saúde e o planejamento familiar das mulheres, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, e os direitos sexuais e reprodutivos.

Pretende-se que o STF exclua do âmbito de incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, garantindo a todas às mulheres o direito constitucional de poder interromper a gestação, de acordo com vontade de cada uma delas, exclusivamente da gestante, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.

No debate realizado, os números sobre a [interrupção da gravidez](#) no Brasil e no mundo foram usados tanto por quem defende a descriminalização do aborto, e também por quem é contra a legalização.

Após a audiência pública convocada pela ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal (STF), para elaborar relatório do julgamento da ação que visa a declarar inconstitucionais os artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam a prática do aborto, e sem previsão para data da votação, o STF encerrou o debate sobre descriminalizar aborto.

O papel do Estado é garantir as condições para a vida digna, isso significa proteger as mulheres em suas decisões de aborto.

7. DADOS E ESTATÍSTICAS

O governo federal não tem informações precisas sobre o número de abortos ilegais realizados, existem apenas indicativos que ajudam a estipular a clandestinidade.

Segundo o Datasus, foram registradas 177.464 curetagens pós-abortamento no ano de 2016. A curetagem é um tipo de raspagem da parte interna do útero. Outro procedimento em casos de aborto é o esvaziamento do útero por aspiração manual intrauterina (AMIU). Em 2017, foram registradas 13.046. Contabilizando 190.510 internações. Em 2017, foram realizados 1.636 abortos legais.

Estes números englobam os atendimentos após abortos clandestinos e os abortos realizados de forma espontânea, mas a estimativa é que dois terços do total dos abortos realizados sejam feitos de forma ilegal. Justamente pela criminalização, não há dados precisos sobre o tema no Brasil.

De acordo com uma pesquisa realizada pelo site Catraca Livre, a cada dois dias, uma mulher morre vítima de aborto clandestino no Brasil.

Segundo a Pesquisa Nacional do Aborto, desenvolvida pelo Anis – Instituto de Bioética, uma em cada cinco mulheres com idade até 40 anos já abortou no país. As mulheres que abortam são, em geral, casadas, já têm filhos e 88% delas se declaram católicas, evangélicas, protestantes ou espíritas.

CONCLUSÃO

A criminalização do aborto têm sido a responsável por altos índices de morbidade e mortalidade entre as mulheres, além de ser uma medida ineficaz e inidônea. Se houvesse a descriminalização do aborto, acompanhada de legalização específica, o número de mortes de mulheres causadas pela prática do aborto e decorrentes de suas complicações reduziria drasticamente e assim, com a descriminalização do aborto as mulheres teriam direito a uma assistência de forma justa e digna, sem colocar em risco sua saúde.

A questão do aborto deve ser enfrentada no âmbito das políticas públicas de saúde, sanitárias e de empoderamento das mulheres, através de educação sexual e reprodutiva, além de acesso e informação aos meios anticoncepcionais existentes.

O Brasil é um país com um sistema repressivo que apresenta altos índices de abortos clandestinos que colocam em risco a vida e a saúde da mulher, uma vez que a grande questão entre descriminalizar ou manter como crime o aborto, gira em torno do direito à vida, que protege apenas a vida do feto que está por vir e não a vida da mulher já existente.

A prática do aborto não é boa, e cabe ao Estado evitar a ocorrência do mesmo, através de educação sexual e apoio às mulheres que gostariam de manter a gravidez, mas que não tenham condições e por isso optem pelo aborto. A conduta abortiva não deveria ser penalizada.

Conforme demonstrado no artigo, a criminalização do aborto não é impeditiva para a prática do ato. As mulheres o realizam independentemente das implicações existentes, colocando sua vida em risco. Dessa forma, cabe ao Estado adotar políticas públicas e assistências legais para as mulheres que decidam por abortar, assim haveria uma grande diminuição no número de mortes maternas causadas por complicações em clínicas clandestinas para abortos clandestinos.

Por essa razão, havendo a descriminalização do aborto, não significa que o mesmo será aprovado socialmente e nem que haverá um estímulo para sua prática. Com a descriminalização será garantida a dignidade, a vida, a autonomia e os direitos sexuais e reprodutivos a todas as mulheres.

A descriminalização do aborto deveria acontecer, pois vivemos em uma sociedade livre e em um estado laico, dessa forma, a vontade de cada um deveria ser respeitada, sem nenhum tipo de interferência de cunho religioso ou ideológico de outrem. O aborto é um grave problema e que precisa urgentemente de leis que o regulamente para que o mesmo deixe de ser crime e passe a ser tratado somente como uma questão de saúde pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA PÚBLICA. **Clandestinas: Retratos do Brasil de 1 milhão de abortos clandestinos por ano.** Último Segundo. 2013. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-09-20/clandestinas-retratos-do-brasil-de-1-milhao-de-abortos-clandestinos-por-ano.html>>. Acesso em: 25 Jan. 2019.

AUN, Heloisa. **8 dados chocantes sobre o aborto no Brasil que você precisa saber.** Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/8-dados-chocantes-sobre-o-aborto-no-brasil-que-voce-precisa-saber/>>. Acesso em: 15 Jan. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2.** Vol. II. 13ª Ed. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte especial 2: Dos crimes contra a pessoa.** 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLAY, Eva. **Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos.** São Paulo: Editora 34, 2008.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 Fev. 2019.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 Jan. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 Jan. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.II

DAGER, Amanda Rodrigues. **A descriminalização do aborto no Brasil.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese-a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil,589539.html>>. Acesso em: 12 Jan. 2019.

DINIZ, Debora. **Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil.** Cadernos de Saúde Pública, v.25, n.4, p. 939-942, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000400025&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 188 Jan. 2019.

FERNANDES, Marcela. **Aborto no Brasil: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização.** Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/dsr/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao/?print=pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2019.

GALANTE, Marcelo. **Sinopse de direito constitucional para aprender direito.** 6.ed. Rio de Janeiro: BF, 2008.

GRECO, Rogério. **Direito Penal e Direito Processual Penal.** Editora Impetus, 9ª Ed, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAIA, Monica Bara. **Direito de Decidir Múltiplos Olhares sobre o Aborto.** Editora Autentica 1ª Ed. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde.** 2 ed. OMS: 2013.

[1] Formado pela Universidade Metodista de Piracicaba. Pós graduado em Processo Penal pela Unitoledo e em Interesses Difusos e Coletivos pela Universidade Camilo Castelo Branco. Professor Universitário e Advogado.

A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ANTE A LEI N. 13.718, DE 24.9.2018, E A HIPERVALORIZAÇÃO DO PUNITIVISMO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR: Procurador Federal e Professor Universitário. Concluiu o Curso de Formação de Oficiais na Academia Policial Militar do Guatupê (1989) e graduou-se em Direito (1994). É especialista Direito Penal e Criminologia (1996) e Metodologia do Ensino Superior (1999). Também, é Mestre em Direito pela UFPE (2002) Doutor pela UNLZ (2015). Hoje, ele Professor no UDF e é autor dos livros Prescrição Penal; Execução Criminal: Teoria e Prática; e Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006; todos publicados pela Editora Atlas. Finalmente, publicou vários ensaios e artigos jurídicos.

ALESSANDRO RODRIGUES FARIA^[1]

(Coautor)

RESUMO: O estupro de vulnerável, especialmente a relatividade da presunção de vulnerabilidade em razão da idade, merece uma análise aprofundada porque há um descompasso na legislação criminal brasileira, a qual pretende que a presunção de vulnerabilidade seja absoluta. As diferentes categorias de pessoas, em razão da idade, com reflexos no Direito Criminal e, não obstante a Lei n. 13.718, de 24.9.2018, ter inserido o § 5º no art. 217-A do Código Penal, torna plausível entender que a vulnerabilidade é relativa.

PALAVRAS-CHAVES: ESTUPRO. VULNERÁVEL. IDADE. RELATIVIDADE.

ABSTRACT: Vulnerable rape, especially the relativity of the presumption of vulnerability due to age, deserves an in-depth analysis because there is a mismatch in Brazilian criminal law, which pretends that the presumption of vulnerability is absolute. The different categories of people, due to age, with repercussions in Criminal Law and, despite Law number. 13.718, dated 2018.924, inserted paragraph 5 in art. 217-A of the Penal Code, makes it plausible to understand that vulnerability is relative.

KEYWORDS: STUPID. VULNERABLE. AGE. RELATIVITY.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O código penal de 1940 e os crimes contra a dignidade sexual; 3. O histórico julgamento do "Habeas corpus" *n. 73.662/MG*; 3. Da relatividade da vulnerabilidade da menor de 14 anos; 4. Do tratamento jurídico diverso às pessoas em razão da idade; 5. Da relatividade da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos; 6. Do PLS n. 618/2015 à Lei n. 13.718/2018; 7. À guisa de conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo será elaborado para discutir o estupro de vulnerável, visando a perquirir se a Lei n. 13.718, de 24.9.2018, transformou a vulnerabilidade em razão da idade em absoluta. O tema é atual e a sua relevância jurídica é evidente em face do aumento da criminalidade brasileira e a tentativa de combater a criminalidade por intermédio do recrudescimento jurídico-criminal.

Passaremos inicialmente pelo Código Penal, tratando das redações anteriores, até chegarmos à Lei n. 12.015, de 7.8.2009, a Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, Lei n. 13.718/2018. Desta lei, teremos a preocupação especial com a inovação trazida ao art. 217-A. Com isso, buscaremos situar o leitor sobre o cerne da discussão, visto que será imperioso demonstrar os motivos para as alterações havidas no Código Penal, especialmente acerca dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, até chegarmos à última alteração, trazida pela Lei n. 13.718/2018.

Discorreremos rapidamente sobre o processo legislativo que resultou na Lei n. 13.718/2018, e evidenciaremos que as penas brasileiras são elevadas, ao contrário do que se diz sobre a legislação brasileira ser exageradamente branda.

Em nossa conclusão verificaremos se será passível de comprovação a nossa hipótese, construída no sentido de que, mesmo ante o novel § 5º do art. 217-A, a presunção de vulnerabilidade do adolescente deverá ser considerada relativa.

2. O CÓDIGO PENAL DE 1940 E OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.1940) foi instituído sob a égide de uma Constituição outorgada, em um momento de instabilidade mundial, eis que havia em curso a Segunda Grande Guerra.

Em 1930, era Ministro da Justiça na Itália, Alfredo Rocco, o qual editou o Código Penal Italiano, sendo que o Projeto de Alcântara Machado trazia a marca

fascista do Código Rocco e o nosso Código Penal foi significativamente melhorado pela comissão revisora, integrada por grandes juristas, dentre eles Néelson Hungria, que foi buscar ideais humanitários no Código Penal Suíço, minimizando a austeridade do projeto fascista originário.

O Código Penal tem uma Parte Geral com 120 artigos e uma Especial que se estende do art. 121 até o seu último artigo, o 361. A Parte Geral foi toda ela modificada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984, já a Parte Especial tem diversas modificações pontuais.

Inicialmente, tínhamos os *crimes contra os costumes* no Título VI da Parte Especial do Código Penal, interessando o *estupro* e o *atentado violento ao pudor*, que eram assim definidos no Capítulo I (*crimes contra a liberdade sexual*):

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Atentado violento ao pudor

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Naquela primeira redação do Código Penal, tínhamos o estupro como um crime progressivo, o qual, para ser alcançado, o agente teria, necessariamente, que passar pelo atentado violento ao pudor. E eram previstas, no Capítulo IV (*disposições gerais*), as formas qualificadas e a presunção de violência, da seguinte maneira:

Formas qualificadas

Art. 223 - Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave.

Pena - reclusão, de oito a doze anos

Parágrafo único - Se do fato resulta a morte:

~~Pena - reclusão, de oito a vinte anos~~ Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

Presunção de violência

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de catorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Vê-se que esses dois últimos artigos incidiam sobre os arts. 213 e 214 do Código Penal. Para o presente estudo, o que chama a atenção é o art. 224, alínea "a", que adotou péssima técnica legislativa ao estabelecer "se a vítima não é maior" de 14 anos. Seria melhor ter estabelecido "a) é menor de catorze anos".

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 13.7.1990), inseriu parágrafos únicos aos arts. 213 e 214 transcritos para dispor:

4) Art. 213

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:

Pena - reclusão de quatro a dez anos.

5) Art. 214.....

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:

Pena - reclusão de três a nove anos.

Segundo Alberto Silva Franco, dois erros foram cometidos aí, visto que as penas foram tornadas únicas, desprezando o aspecto da progressividade do crime de estupro e, portanto, a desistência voluntária. Pior, estuprar menor de 14 anos teria pena menor do que a do estupro de mulher maior de 14 anos, eis que a Lei n. 8.072, de 25.7.1990, passou a prever pena única (reclusão, de 6 a 10 anos) para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

A incoerência da pena menor para quem praticasse estupro contra menor de 14 anos só foi resolvida com a Lei n. 9.281, de 4.6.1996, a qual só se destinou a revogar os mencionados parágrafos únicos inseridos pela Lei n. 8.069/1990 aos arts. 213 e 214 do Código Penal.

Hoje, a redação do art. 213 do Código Penal é a seguinte:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Vê-se que os arts. 214 e 223 perderam a razão de existirem, uma vez que os arts. 213 e 217-A, inseriram as condutas do art. 214 neles, bem como as formas qualificadas do art. 223. Daí a revogação expressa dos referidos artigos, embora se possa criticar o fato de se ter unificado o estupro e o atentado violento ao pudor.

Substituindo o art. 224 do CP, emergiu novo artigo no Código Penal, dispondo:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que adolescente prostituta na teria vulnerabilidade a ser tutelada, mas isso gerou clamor público.^[2] Daí a Súmula n. 593 do STJ e depois a Lei n. 13.718, de 24.9.2018.

3. O HISTÓRICO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* N. 73.662/MG

No ano de 1996 a imprensa alardeou equivocadamente que o STF entendeu que o Supremo Tribunal Federal não mais via estupro no sexo perpetrado por pessoa maior de 12 anos de idade. Para tanto, colheram o seguinte trecho do voto do relator: "Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos".^[3]

A repercussão equivocada do voto do relator, Min. Marco Aurélio, se estende ao longo dos anos, sendo que se verifica em textos acadêmicos sérias

críticas ao seu voto, como se ele fosse um fomento ao abuso sexual de crianças e adolescentes, podendo-se citar, como exemplo:

As palavras do magistrado deixam claro, para desespero daqueles que se preocupam com a sorte (ou falta de sorte) das crianças brasileiras, que elas são, de fato, objetos para uso dos adultos, assim, o pornô-turismo, a exploração sexual, o tráfico de crianças, seu uso como mão-de-obra escrava e outras mazelas são signos de inserção do Brasil na modernidade marcada pela globalização.[4]

Muitos equívocos foram mencionados à época e continuaram sendo repetidos ao longo dos anos, talvez por falta de conhecimento jurídico. Mas, a simples leitura da ementa permite concluir que o fundamento da decisão foi outro, a saber:

EMENTA: COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.[5]

Velha controvérsia que havia residia no fato de que a alínea “b” do art. 224 do Código Penal, tratando da doença mental, fazia ao conhecimento do agente dessa condição da vítima e, com relação à idade, o código nada mencionava. Assim, entendiam alguns que a presunção de violência seria absoluta, incidindo ainda que o agente não pudesse conhecer essa circunstância. No julgamento em questão, o que se agasalhou foi a possibilidade de erro de tipo.

A decisão acolheu o entendimento de que os hábitos da adolescente corroborados pela aparência física da jovem, que aparentava mais velha, o agente errou quanto à elementar do tipo “não é maior de 14 anos”.

Posteriormente, sabendo ser a vítima criança, o Supremo Tribunal Federal enfrentou um caso em que uma menina, desde os 9 anos de idade mantinha relação sexual com o seu tutor legal, com quem teve um filho e passou a viver em aparente união estável. No entanto, o tribunal não acolheu o pedido de extinção da punibilidade pela união estável do agente com a vítima, especialmente porque a violência sexual iniciou quando ela era ainda criança e se engravidou com 11 ou 12 anos de idade.^[6]

Vê-se que o STF não decidiu, no HC 73.662/MG, que menor de 14 anos não tem liberdade sexual a tutelar. Ao contrário, ele manteve a ideia de que a presunção de violência, no caso de criança, a presunção é absoluta, pouco interessando a concordância da vítima para a realização do ato sexual.

4. DO TRATAMENTO JURÍDICO DIVERSO ÀS PESSOAS EM RAZÃO DA IDADE

Não poderá o interprete ou a legislação infraconstitucional tratar igualmente aquilo que a Constituição Federal distinguiu. Assim, não podem ser equiparados criança e adolescente, uma vez que a Constituição Federal claramente os distingue (art. 203, inc. II; art. 227, *caput*, § 1º, § 2º, incs. VI e VII, § 4º e § 7º).

Até mesmo entre as crianças, a Constituição Federal trata diversamente, para fins educacionais, as menores de 6 anos de idade. Também, dentre os adultos, a Constituição destacou os idosos (art. 203, inc. V; e art. 230, § 1º). Ela só admite o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos maiores de 18 anos e os demais trabalhos aos maiores de 16 anos. Maior de 14 anos, só podem trabalhar na condição de aprendiz (art. 7º, inc. XXXIII).

A Constituição Federal cria distinções entre as pessoas, em razão da idade, só podendo se alistarem eleitoralmente os maiores de 16 anos, facultativamente. Também, o alistamento será facultativo para os maiores de 70 anos. De outro modo, o alistamento será obrigatório para os maiores de 18 anos de idade (art.

14, § 1º). Dentre outros aspectos, cria idades mínimas para elegibilidade a determinados cargos (art. 14, inc. VI).

Para o Código Civil, os menores de 16 são considerados impúberes. Já Os maiores de 16 anos e menores de 18 anos são relativamente independentes para exercerem os atos da vida civil (art. 3º e art. 4º, inc. I). Interessante notar que a incapacidade civil relativa, no CC/1916 se estendia até os 21 anos de idade (art. 6º, inc. I), talvez por isso, os Juízes quando se referem à atenuante do art. 61, inc. I, do CP, expressam “menoridade relativa”. Ora, como o maior de 18 anos é absolutamente capaz, é completamente equivocado falar em “menoridade relativa” do maior de 18 anos e menor de 21 anos na data do crime.

A Lei n. 8.069, de 13.7.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), respeita a Constituição Federal ao estabelecer que a criança é a pessoa menor de 12 anos de idade e o adolescente é o maior de 12 e menor de 18 anos de idade (art. 2º *caput*). Mais ainda, trata diferentemente, o adulto menor de 21 anos de idade (art. 2º, parágrafo único) e a criança menor de 5 anos de idade (art. 54, inc. IV).

A mesma lei proíbe o trabalho para o menor de 14 anos de idade (art. 60), assegurando bolsa aprendizagem ao adolescente até 14 anos de idade (art. 64). E, ainda, prevê que a criança, em razão de ato infracional, só estará sujeita somente às medidas protetivas (art. 105). Já o adolescente estará sujeito, também, às medidas sócio-educativas, dentre elas, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida e internação (art. 112).

Observe-se que o adolescente, a partir dos 12 anos de idade, pode ser internado, em fase da responsabilidade especial do menor. No entanto, o que se vê é que, contrariamente, pretende-se que sobre aspectos sexuais ele seja equiparado à criança.

O Código Penal também distingue as pessoas em razão da idade. Crianças e adolescentes são inimputáveis (art. 27). O menor de 21 anos terá uma atenuante genérica na dosimetria da pena (art. 65, inc. I). Por outro lado, toda vez que o idoso for vítima de crime, haverá agravante genérica (art. 61, inc. II, alínea “h”). Mas, a atenuante genérica ao idoso só se dará quando ele alcançar 70 anos de idade (art. 65, inc. I).

O exposto evidencia que não se pode pretender equiparar o adolescente menor de 14 anos à criança. Mais ainda, no Código Penal, dentre os crimes contra a dignidade sexual, ser o adolescente maior de 14 anos e menor de 18 anos, qualificará o crime (art. 213, *caput*). E o favorecimento à prostituição de menor de

18 anos será mais grave (art. 218-B), o que será crime hediondo (Lei n. 8.072, de 25.7.1990, art. 1º, inc. VIII).

5. DA RELATIVIDADE DA VULNERABILIDADE DA PESSOA MENOR DE 14 ANOS

A literalidade das Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça e a literalidade do § 5º do art. 217-A do Código Penal são compatíveis com o entendimento de que a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos de idade seja relativa. Vejamos o que dispõe a referida súmula:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

A Lei n. 13.718/2018 acresceu o § 5º ao artigo 217-A do Código Penal, estabelecendo:

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Uma suposta vítima, useira e vezeira do sexo, mediante a Síndrome de Münchhausen por transferência, eleger um o rapaz que a família dela deseja como marido para ser quem a desvirginou é algo complicado. Uma coisa é dizer que a experiência sexual da pessoa menor de 14 anos não excluirá o crime de estupro de vulnerável, outra será dizer que a vulnerabilidade da pessoa adolescente será relativa. Essa é uma vetusta discussão que está presente desde Nelson Hungria que expôs:

Segundo justamente opina Magalhães Noronha, **a presunção estabelecida na letra "a" do art. 224 não é absoluta, mas relativa.** É decisivo em tal sentido o elemento *histórico*. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da clausula "não admitindo prova em contrário",

do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código Italiano), visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção.^[7]

Conforme afirmou Magalhães Noronha, o fundamento da presunção de violência em razão da idade, como se lê na exposição de motivos, é *innocentia consilii* do ofendido. Mas, ele continua para afirmar que a presunção de violência, do revogado art. 224, alínea "a", do Código Penal, era relativa expondo:

Deve, entretanto, essa presunção ser absoluta, não admitir qualquer exceção? Será sempre exato que o menor de quatorze anos não atingiu satisfatório desenvolvimento físico e não idoneidade psico-ética para apreciar as regras atinentes à vida sexual?

Temos sérias dúvidas em opinar pela invariabilidade dessa norma, máxime nos dias que vivemos.^[8]

Mencionar a jurisprudência em tais casos é algo complicado porque, conforme determina o art. 234-B do Código Penal, os processos relativos aos crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça. Mas, há um caso notório em que o STJ decidiu que a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos é relativa, o fundamento foi o de que prostituta Infantil não tem liberdade sexual a tutelar.^[9] De modo diverso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esclarece: "Presunção de violência, do art. 224, "a", do código penal, somente afastável por exame da prova".^[10]

Uma pequena distância de idade entre a vítima e o suposto estuprador será relevante. Aliás a presunção de vulnerabilidade será até inconstitucional, até porque sobre o assunto, o saudoso Min. Cernicchiaro expôs:

RESP – PENAL – ESTUPRO – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA
– O Direito Penal moderno é o Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. **O Direito Penal da Culpa é inconciliável com presunções de fato.** Que se

recrudesça a sanção quando a vítima é menor ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da justiça. **Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido...**[11]

Paulo Queiroz defende a relativização da presunção de vulnerabilidade, entendendo incompatível com o Direito tornar a presunção em absoluta, até porque fatos pouco significativos praticados entre adolescentes poderia levar à imposição indevidas de medidas socioeducativas. Concluindo:

E mais, os autores que sustentam o caráter absoluto da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos não raro admitem o caráter relativo dos demais casos, contraditoriamente, uma vez têm o mesmo tratamento legal, razão pela qual devem ser orientados segundo os mesmos princípios e terem uma mesma interpretação sistemática.

Além do mais, a proteção penal não pode ter lugar quando for perfeitamente possível uma autoproteção por parte do próprio indivíduo, sob pena de violação ao princípio de lesividade.

Finalmente, a iniciação sexual na adolescência não é necessariamente nociva, motivo pelo qual a presumida nocividade constitui, em verdade, um preconceito moral.

Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário à previsão legal de vulnerabilidade, de modo a afastar a imputação de crime sempre que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato.[12]

Imagine-se que alguém seja acusado, sem ter praticado conjunção carnal com a suposta vítima. Ela o acusou como tentativa de casar com o mesmo, até porque idealizado pelos pais como a pessoa ideal para ser seu marido.

Até recentemente, nos termos da literalidade do Código Civil, a pessoa menor de 14 anos de idade poderia casar, *in verbis*:

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Poder-se-ia até dizer que o preceito está revogado, mas não plenamente, conforme se vê:

Informe-se que não se pode mais casar com menor de 14 anos, a fim de elidir a punibilidade criminal, uma vez que foram revogados os incisos VII e VIII do art. 107 do CP. No entanto, o art. 1.520 do CC prevê outra hipótese em que a mulher pode casar com menos de 14 anos, que é a de gravidez. Imagine-se que, após o pai fazer representação criminal e o MP oferecer denúncia, ela se case com o agente e ele a acompanhe por toda gravidez. Ao final, venha a ser condenado. Ela e o filho terão que visitá-lo no presídio. Esse absurdo só pode ser evitado, se reconhecida a subsidiariedade da iniciativa pública.^[13]

Uma suposta vítima que não teve relação sexual com um acusado e, quando seria desmascarada sobre defloração anterior, indicar o nome de pessoa inocente, até em decorrência da Síndrome de Münchhausen por transferência (os pais terem o acusado como a pessoa ideal para casar com ela). Então, tentarem forçar o acusado a “corrigir o problema”, não mais poderia se concretizar “para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal”, eis que a Lei n. 11.106, de 28.3.2005, revogou os dispositivos que levavam à extinção da punibilidade pelo casamento da vítima.

A Lei n. 13.811, de 12.3.2019, em defesa da *tradicional família brasileira*, fez mais do que simplesmente revogar o transcrito art. 1520 do Código Civil, cuidou de proibir o casamento da pessoa menor de 16 anos de idade. Isso é um contrassenso porque uma adolescente maior de 14 anos de idade poderá licitamente ter conjunção carnal com o namorado, mas se engravidar não poderá casar. Veja-se que há uma *contradictio in terminis* no novel dispositivo, uma vez que ao contrário de valorizar a *tradicional família brasileira* leva ao oposto, ou seja, leva à adolescente “mãe solteira”.

Em tempos em que a Psicologia vem indicando que a adolescência se estende até os 30 anos de idade,^[14] a família de adolescente de 12 anos de idade, mediante evidente ameaça, exigir que o agente se case para não ser processado criminalmente será um absurdo, isso porque os crimes sexuais contra vulneráveis são de ação de iniciativa pública incondicionada e a idade núbil para o casamento será a de 16 anos de idade. Isso será o que se concretizará muitas vezes, especialmente nas regiões Norte e Nordeste do território nacional, o que é insustentável, seja do ponto de vista jurídico ou prático.

O Código Penal da Nação Argentina previa, até o advento da Lei n. 25.087, de 2.5.1999, que a vulnerabilidade se dava em razão da idade inferior a 12 anos. Hoje, a lei dispõe:

Artigo 119. -Será reprimido com reclusão ou prisão de seis (6) meses a quatro (4) anos quem abusar sexualmente de uma pessoa quando essa for inferior a treze (13) anos ou quando por meio de violência, ameaça, abuso coativo ou intimidatório de uma relação de dependência, de autoridade, ou de poder, ou aproveitando-se que a vítima por qualquer causa não seria capaz de concordar livremente com a ação.^[15]

Essa nova redação do Código Penal argentino é duramente criticada pela doutrina, sendo oportuna a lição de Arias e Gauna:

Enquanto a idade, chegava antes aos doze anos, e alcança agora as pessoas que não completaram os treze anos, para estabelecer abaixo de quanto o consentimento não será válido. Se se tem em conta que os “doze anos” foram os da versão de 1921, 1968, 1976 e 1984, ademais de que, fundamentalmente, a modificação não parece adequar-se à realidade senão contradizê-la (em 1921, uma pessoa de doze anos tinha o conhecimento e a experiência das questões sexuais que hoje pode ter uma pessoa de nove), não se pode aprovar a modificação.^[16]

Nélson Hungria, comentando a redação de 1940, já percebia a relatividade da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos. Guilherme de Souza Nucci, comentando o julgamento do *Habeas Corpus* n. 73.662-MG (mencionado

anteriormente), demonstrou que aquele tribunal se apresentou dividido, com votos favoráveis à relatividade da presunção de violência dos Min. Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Correa; contrários Carlos Velloso e Néri da Silveira. E o autor toma partido expondo:

Partimos do seguinte ponto básico: o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos a oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente quem é maior de 12 anos. Logo, **a idade 14 anos deveria ter sido eliminada desse cenário.**[\[17\]](#)

Uma suposta vítima que ingere bebida alcoólica, acostumada ao sexo, não poderá ser considerada vulnerável, especialmente quando apresentar como seu algoz pessoa eleita como ideal para casar pelos pais e pela adolescente para suportar seu desvirginamento precoce.

Alberto Silva Franco, transcrevendo parte do voto que ensejou o aresto do REsp n. 46.424-2/RO, anteriormente transcrito, sustenta que a presunção de violência de então, hoje presunção de vulnerabilidade, é inconstitucional, uma vez que crime é fato e fato se prova.[\[18\]](#) No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt, citando aresto do TJDF, em que foi relator o Desembargador de Justiça Otávio Augusto, sustenta que a presunção é relativa e que a Constituição Federal não recepcionou a presunção *juris et de jure*.[\[19\]](#)

Evidenciando o quanto estamos distantes da lógica jurídico-criminal hodierna, transcrevemos a tipificação do estupro de vulnerável na legislação espanhola:

Artigo 181.

1. O que, sem violência ou intimidação e sem consentimento médio, realizar atos que atentem contra a liberdade sexual de outra pessoa, será punido como culpado de abuso sexual com a pena de multa de doze a vinte e quatro meses.

2. Em qualquer caso, consideram-se abusos sexuais não consentidos os que são executados:

1º Sobre menores de 12 anos de idade.

2º Sobre as pessoas que se achem privadas de sentido ou abusando de seu transtorno mental.

Nestes casos, será imposta uma sentença de prisão de seis meses a dois anos.

3. quando o consentimento for obtido pelo culpado de uma situação de superioridade que declara que a liberdade da vítima é punida, será imposta uma multa de seis a doze meses.

Veja-se o recrudescimento do rigor advindo com a Lei n. 12.015, de 7.8.2009, evidenciando o quanto estamos na contramão da história jurídico-criminal e, em um país em que um Ministro da Justiça reconhece serem as prisões medievais, em que o cárcere retira a dignidade da pessoa apenada, condenar alguém por crime que não cometeu será uma grande injustiça e, ainda que se caracterize a relação sexual com menor de 14 anos, essencial será verificar se a pessoa é concretamente vulnerável, o que a lei relativamente presume.

Condenar uma pessoa por crime hediondo (Lei n. 8.072, art. 1º, inc. VI), com os rigores do art. 2º da referida lei, será inviabilizar a vida lícita de alguém, especialmente, se for o agente menor de 21 anos de idade. Com efeito, será macular desnecessariamente o nome de alguém, quando a pessoa adolescente tiver praticado atos libidinosos quando, por exemplo, for prostituta infantil.

6. DO PLS N. 618/2015 À LEI N. 13.718/2018

O Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 618, protocolado em 16.9.2015, pela Senadora Vanessa Grazziotin, para acrescentar o artigo 225-A ao Código Penal, para prever o aumento de pena em crimes de estupro cometidos por duas ou mais pessoas, que ganhou força pelos tantos casos e notícias sobre estupros coletivos ocorridos no Brasil e que até então não tinha um enquadramento na Lei, conforme expôs a exposição de motivos:

São cada vez mais corriqueiros no Brasil os casos de estupros cometidos por mais de um agente, os chamados "estupros coletivos". Esse tipo de crime causa extrema

repugnância, uma vez que, além da violência física praticada, a própria dignidade da mulher é atingida, causando, na maior parte das vezes, traumas irreversíveis.[20]

O Código Penal brasileiro se rege pelo princípio da legalidade, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”, seguido pelos juristas criminais. Sem a cominação de pena específica para punir esse tipo de prática, os juízes criminais ficam impedidos de aplicarem uma sanção mais justa e adequada aos agressores. Essa é base do garantismo, que se orienta pelo princípio da legalidade estrita.[21] Por isso, os novos rigores são irretroativos.

Em 1.6.2018, por intermédio do Of. n. 704, o Presidente do Senado Federal, encaminhou o projeto, já ampliado, à Câmara dos Deputados. Subemenda Substitutiva de Plenário (SSP) n. 1, foi apresentada em 7.12.2017, pela Deputada Federal Laura Carneiro, o qual trouxe a redação que foi transformada na Lei n. 13.718/2018,[22] interessando-nos o § 5º do art. 217-A, *in literis*:

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Sancionada, em 24.9.2018, pelo Excelentíssimo Presidente da República (em exercício) José Antônio Dias Toffoli, e publicada no dia seguinte, com vigência imediata. A lei marca uma desconfiança do legislador nos tribunais. Diante de inúmeros precedentes dos tribunais de justiça que sustentam que a vulnerabilidade é relativa, a lei buscou reforçar a Súmula n. 593 do STJ para evitar a “liberalidade excessiva” dos julgadores.

Já evidenciamos a posição de Cezar Roberto Bitencourt. Ele deixou claro que a Lei n. 12.015/2009 já buscou reduzir a liberalidade dos juízes e, reforçando o que já se expôs, transcrevemos o que o referido autor sustentou em artigo específico sobre o tema:

Dessa forma, impõe-se a conclusão de que a *presunção de vulnerabilidade* consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é *relativa*, recomendando avaliação casuística. No entanto, para realizarmos uma melhor interpretação dessa peculiaridade, recomenda-se ter presente que *presunção* absoluta ou relativa não se confunde com *vulnerabilidade* absoluta ou relativa, como demonstraremos adiante.[23]

Na hipótese de adolescente em estado de vulnerabilidade social, o autor propõe que haja desclassificação do crime do art. 217-A para o crime do art. 213 quando o agente se aproveitar do seu estado de vulnerabilidade, arrematando:

Concluindo, estamos sustentando, enfim, a possibilidade de desclassificar o crime de estupro de vulnerável para o crime de estupro tradicional (art. 213), pelo *constrangimento à prática sexual*, mediante violência (ainda que implícita), quando se tratar de menor corrompida, prostituída, abandonada ou carente (vulnerabilidade social), pois, na nossa concepção, praticar sexo com menor, nessas circunstâncias, importa, inegavelmente, *constrangê-la*, aproveitando-se dessa circunstância — vulnerabilidade social — que a impede de resistir. Logicamente, é indispensável que o sujeito ativo tenha consciência dessa situação de *vulnerabilidade social* da pretensa vítima.^[24]

A favor da relatividade da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos, Leonardo Gominho expõe:

A tutela protetiva se tornou ultrapassada e insuficiente para garantir a plena dignidade sexual das crianças e adolescentes. A dissonância entre o dispositivo trazido pela Lei Federal n. [12.015/2009](#), o [Estatuto da Criança e do Adolescente](#) e as realidades sociais do mundo globalizado só corroboram o entendimento de que é necessária uma evolução legislativa e jurisprudencial, no sentido de acolher a relativização da presunção de vulnerabilidade como norte para uma melhor interpretação jurídica e compreensão dos fatos sociais.^[25]

Vê-se que o tratamento diferenciado de criança e adolescente é um marco comum. É necessário interpretar o *caput* do art. 217-A do Código Penal em harmonia com o seu § 1º, a fim de estabelecer que só é vulnerável o menor de 14 anos que não tem discernimento ou não pode resistir, não tendo vontade livre.

Não se pode olvidar a repulsa jurídica à responsabilidade objetiva em matéria criminal. Nesse sentido:

Dessa forma, considerar como absoluta a vulnerabilidade do menor de catorze anos significa responsabilizar criminalmente todo sujeito que com ele

mantiver contato sexual, independentemente da existência de dolo ou culpa, infringindo, assim, o princípio da *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpa).

Portanto, restaria configurada uma situação de responsabilidade penal objetiva, a qual é refutada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ante a adoção do princípio da culpabilidade.^[26]

Esse fundamento já foi mencionado quando se mencionou o julgamento do Superior de Justiça, no qual o Min. Cernicchiaro declarou que toda presunção absoluta produz responsabilidade objetiva em matéria criminal, o que é inconstitucional.

7. À GUIA DE CONCLUSÃO

Fizemos a pesquisa com uma única hipótese, construída no sentido de evidenciar ser a vulnerabilidade da pessoa adolescente relativa. E, tentando demonstrar a nossa hipótese passamos pela evolução legislativa do estupro no Código Penal, até chegarmos à Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça, reforçada pelo art. 5º do art. 217-A do Código Penal.

Procuramos dizer que, embora pareça estabelecer presunção absoluta de vulnerabilidade, o Código Penal não poderia formular proposta nesse sentido, senão seriam inconstitucionais, conforme decidiu o saudoso Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Os movimentos de lei e ordem que inspiram a construção de leis criminais mais severas não encontram sólidas bases jurídicas, os quais têm sido utilizados para eleger candidatos que reforçam suas campanhas eleitorais com o discurso do medo, em que o povo, sentindo-se inseguro, busca amparo naqueles que propõem o recrudescimento jurídico-criminal como se isso, por se só, fosse suficiente para resolver os complexos da criminalidade. Daí dizermos, que caminhamos na contramão da história e estabelecemos norma no Código Civil (art. 1.520) que contraria a pretensão de valorizar a *tradicional família brasileira*.

É evidente a tentativa legislativa de evitar a evolução da jurisprudência e da doutrina, construída no sentido de que a presunção de violência da redação anterior era relativa. No entanto, tal recrudescimento jurídico-criminal não poderá prevalecer porque a tentativa gera inconstitucionalidade.

Após evidenciarmos a evolução da proposta que resultou na Lei n. 13.718/2018, entendemos que leis menos rigorosas como são as da Argentina e da Espanha, não fomentam o estupro de vulnerável e que a criança deverá ser

tratada diversamente da pessoa adolescente, a fim de verificar que a presunção da adolescente é relativa (*juris tantum*).

REFERÊNCIAS:

ARIAS, Omar Breglia; GAUNA, Omar R. *Código penal y leyes complementarias*. comentado, anotado e concordado. Buenos Aires: Astrea, 2007. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

_____. Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. Consultor Jurídico. 19.6.2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h26.

BRASIL. Câmara dos Deputados. CARNEIRO, Laura. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1630261&filename=Tramitacao-SSP+1+%3D%3E+PL+5452/2016>. Acesso em: 15.11.2018, às 16h22.

BRASIL. Senado Federal. GRAZZIOTIN, Vanessa. Projeto de Lei do Senado n. 618, de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777125&ts=1539781702041&disposition=inline>>. Acesso em 15.11.2018, às 15h45.

BRASIL. STF. 2ª Turma. Min. Décio Miranda. 28.12.1978. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+56684%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+56684%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yafv9zlj>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h17.

BRASIL. STJ. 3ª Seção. Min. Maria Tereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/13814/Presuncao-de-violencia-contra-menor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa>>. Acesso em: 13.11.2018, aos 43 min.

BRASIL. STJ. 6ª Turma. REsp n. 46.424-2/RO. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em:

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591857>

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+46424&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h47 (grifo nosso).

FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997. v. 1, t. 2.

GOMINHO, Leonardo. A relatividade da presunção de vulnerabilidade dos adolescentes como forma de adequação social. Jusbrasil. 25.8.2016. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/377212021/a-relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-dos-adolescentes-como-forma-de-adequacao-social>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h43.

GOULART, Jordana Pereira Lopes. A relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de menor de catorze anos. Brasília: Conteúdo Jurídico, 20.12.2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-relativizacao-da-vulnerabilidade-no-crime-de-estupro-do-menor-de-catorze-anos,590157.html>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h59.

HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Garantismo uma sólida construção doutrinária. Teresina: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 14, n. 2345, 2.12.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13947>>. Acesso em 15.11.2018, às 16h04.

NORONHA, Edgard de. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1973-1974. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. O art. 217-A, *caput*, do Código Penal define como estupro de vulnerável "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de

14 (catorze)anos". Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h08.

RELVAS, Marta. Para a neurobiologia, somos adolescentes até chegar aos 30 anos. Disponível em: <<https://www.vyaestelar.com.br/post/9804/para-a-neurobiologia-somos-adolescentes-ate-chegar-aos-30-anos>>. Acesso em: 15.11.2018, às 15h33.

NOTAS:

[1] Professor Me. do UDF – Centro Universitario do Distrito Federal

[2] O processo, por força de lei, é sigiloso. Daí, não o citar. Mas, o assunto teve relevância institucional, com manifestação de Ministra de Estado. Veja-se: EM.COM.BR:

<https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/03/28/interna_politica,286019/para-ministra-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-vulneraveis-significa-caminho-de-impunidade.shtml>. Acesso em: 21.2.2019, às 23h40.

[3] BRASIL. STF. 2ª Turma. Min. Marco Aurélio. Julgamento, 11.6.1996. Voto, p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>>. Acesso em: 29.3.2019, às 1h03.

[4] RODRIGUES, Joelma; MENDONÇA, Patrícia M. A menina, o encanador e o Ministro Marco Aurélio. Cultura do Estupro, 8.4.2013. Disponível em: <<http://culturadoestupro.blogspot.com/2013/04/a-menina-o-encanador-e-o-ministro-marco.html>>. Acesso em: 29.3.2019, às 1h19.

[5] BRASIL. STF. 2ª Turma. Min. Marco Aurélio. Julgamento, 11.6.1996. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+73662%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+73662%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmvqar8>>. Acesso em: 29.3.2019, às 1h33.

[6] [6] BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 9.2.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 29.3.2019, às 2h.

[7] HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII, p. 239-240.

[8] NORONHA, Edgard de. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1973-1974. v. 3, p. 219.

[9] BRASIL. STJ. 3ª Seção. Min. Maria Tereza de -Assis Moura. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/13814/Presuncao-de-violencia-contramenor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa>>. Acesso em: 13.11.2018, aos 43 min.

[10] BRASIL. STF. 2ª Turma. Min. Décio Miranda. 28.12.1978. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+56684%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+56684%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yafv9zlj>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h17.

[11] BRASIL. STJ. 6ª Turma. REsp n. 46.424-2/RO. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+46424&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h47 (grifo nosso).

[12] QUEIROZ, Paulo. O art. 217-A, *caput*, do Código Penal define como estupro de vulnerável "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze)anos". Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h08.

[13] MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39-40.

[14] RELVAS, Marta. Para a neurobiologia, somos adolescentes até chegar aos 30 anos. Disponível em: <<https://www.vyaestelar.com.br/post/9804/para-a-neurobiologia-somos-adolescentes-ate-chegar-aos-30-anos>>. Acesso em: 15.11.2018, às 15h33.

[15] No original:

ARTICULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de

autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

[16] ARIAS, Omar Breglia; GAUNA, Omar R. *Código penal y leyes complementarias*. comentado, anotado e concordado. Buenos Aires: Astrea, 2007. v. 1, p. 1041 (tradução livre).

[17] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 990 (grifo nosso).

[18] FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997. v. 1, t. 2, p. 3022-3023.

[19] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4, p. 69.

[20] BRASIL. Senado Federal. GRAZZIOTIN, Vanessa. Projeto de Lei do Senado n. 618, de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777125&ts=1539781702041&disposition=inline>>. Acesso em 15.11.2018, às 15h45.

[21] Acerca do garantismo, Sidio Júnior afirma:

Inicialmente, a palavra *garantismo*, no contexto da obra em comento, seria um "modelo normativo de direito". Tal modelo normativo se estrutura a partir do princípio da legalidade, que é a base do Estado de Direito. Tal forma normativa de direito é verificada em três aspectos distintos, mas relacionados. Sob o prisma epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa, reduzir o grau de violência e soerguer a ideia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Garantismo uma sólida construção doutrinária. Teresina: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 14, n. 2345, 2.12.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13947>>. Acesso em 15.11.2018, às 16h04).

[22] BRASIL. Câmara dos Deputados. CARNEIRO, Laura. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1630261&filename=Tramitacao-SSP+1+%3D%3E+PL+5452/2016>. Acesso em: 15.11.2018, às 16h22.

[23] BITENCOURT, Cezar Roberto. Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. Consultor Jurídico. 19.6.2012. Disponível

em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h26.

[24] Ibidem.

[25] GOMINHO, Leonardo. A relatividade da presunção de vulnerabilidade dos adolescentes como forma de adequação social. Jusbrasil. 25.8.2016. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/377212021/a-relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-dos-adolescentes-como-forma-de-adequacao-social>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h43.

[26] GOULART, Jordana Pereira Lopes. A relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de menor de catorze anos. Brasília: Conteúdo Jurídico, 20.12.2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-relativizacao-da-vulnerabilidade-no-crime-de-estupro-do-menor-de-catorze-anos,590157.html>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h59.

PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS: UM BREVE ENSAIO SOBRE A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA INICIATIVA PRIVADA

HORÍGENES FONTES SOARES NETO: Bacharel em Direito pela IUNI Educacional - UNIME Itabuna/BA. Especialista em Prática Trabalhista e Processual Civil pela Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR) Vitória da Conquista/BA. Especializando em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus Itabuna/BA. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Economia Regional e Políticas Públicas (PERPP) pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) Ilhéus/BA. Advogado. Docente do Curso de Direito da IUNI Educacional - UNIME Itabuna/BA. Conciliador do Tribunal de Justiça da Bahia.

RESUMO: A marginalização socioeconômica, étnico-racial e sexual de indivíduos sempre foi ponto marcante na estrutura do Brasil, em clara afronta à isonomia e dignidade humanas. Com o passar dos anos, o cenário político e democrático do país se modificou, exigindo do poder público a implementação de condições para a superação de discriminações e preconceitos, bem como reafirmação da igualdade. Sob este enfoque nasceram as ações afirmativas de inclusão no ensino superior, dentre elas o presente estudo abordará o crescimento no acesso ao Programa Universidade para Todos (PROUNI) a partir de sua implementação, como ampliação do acesso ao ensino superior por meio da iniciativa privada, desenvolvendo-se a abordagem sob o método hipotético-dedutivo, pesquisa bibliográfica, análise de dados secundários, estruturados sob uma abordagem qualitativa.

Palavras-chave: PROUNI. Inclusão. Iniciativa privada.

ABSTRACT: The socioeconomic, ethnic-racial and sexual marginalization of individuals has always been a striking feature of Brazil's structure, a clear affront to human dignity and human dignity. Over the years, the political and democratic scenario of the country has changed, requiring the government to implement conditions for overcoming discrimination and prejudice, as well as reaffirmation of equality. Under this approach, the affirmative actions of inclusion in higher education were born, among them the present study will address the growth in access to the University for All Program (PROUNI) from its implementation, as an extension of access to higher education through private initiative, developing the

approach through the hypothetical-deductive method, the bibliographic research and the secondaries data, in a qualitative approach.

Keywords: PROUNI. Inclusion. Private initiative.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Resultados e discussões. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O arcabouço histórico de concepção do Estado brasileiro demonstra que a formação da sociedade hodierna se deu no seio dos mais variados contornos de desigualdade, em que sob o esqueleto de colônia, a subjugação de índios, negros e a marginalização de pobres desembocaram no Brasil berço de diferenças étnico-raciais, socioeconômicas e sexuais expressivas, concausas também de uma educação ineficiente fornecida pelo poder público (HASS; LINHARES, 2012).

A despeito disto, a nova ordem jurídica mundial, estruturada pelo espírito da sociedade pós Segunda Guerra Mundial, passou a inadmitir, por meio da Declaração Universal de Direitos do Homem, em 1948, a existência de discriminações gratuitas, reformulando e incentivando os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade propulsores do Estado Moderno (PIOVESAN, 2005).

Neste sentido, com as evoluções nos contextos legislativo e constitucional internacionais, a percepção estatal brasileira dirigiu-se, nas últimas décadas, à garantia da isonomia entre os sujeitos, percebida sob dois prismas: um formal, expressado, por exemplo, pela inafiançabilidade da prática do racismo, e outro material, garantido, exemplificativamente, pela implementação das políticas públicas de ações afirmativas para ingresso de fatias sociais marginalizadas no ensino superior, contempladas em primeiro momento nas universidades cariocas (DOMINGUES, 2005).

Segundo Gonçalves (2014), estas políticas de ações afirmativas nada mais são que medidas promotoras da diversidade e da inclusão de grupos historicamente excluídos e que viabilizaram a inserção no meio acadêmico de pessoas que por razão de raça, condição social ou renda aí dificilmente estariam,

fomentando-se, assim, a qualificação profissional (GONÇALVES, 2014), como tem feito o Programa Universidade para Todos – PROUNI, enfoque desta análise.

Sabe-se, conforme aponta Vieira (2016), que fora significativo o crescimento no acesso ao ensino superior de jovens pobres, negros e pardos, quase que dobrando os números entre os anos de 2005 e 2015, de acordo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – incentivado pela concessão de bolsas de estudos e oferta de vantagens às empresas privadas de educação acadêmica.

Por tal quadro de aumento na ascensão de estudantes à educação universitária e o processo de empoderamento concedido à fatia da população econômica, racial e socialmente afastada, torna-se importante observar o incremento no número de usuários das políticas de ações afirmativas no âmbito do ensino superior, em especial pela melhoria nas condições socioeconômicas de seus beneficiários.

2. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Ultrapassando-se barreiras históricas, desde uma Administração totalitária até a reestruturação política nacional, reiteradamente se debate a necessidade de reduzir os descompassos existentes entre as parcelas populacionais brasileiras (SOUZA, 2009).

Neste sentido, com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em 1988, inspirada na democracia e na observância do mínimo existencial ao povo, nasce para o contexto social um novo modelo de Estado, agora pautado na igualdade e na supremacia da dignidade humana, estampando-se, já no preâmbulo da Carta Constitucional, a necessidade de atenção aos preceitos norteadores do ordenamento jurídico (BRASIL, 1988).

Sabe-se, no entanto, que a busca pela isonomia não deve se esgotar nas formalidades do texto legal, sob pena de tornar-se mera folha de papel, mas, para além, expressar-se materialmente, com aplicabilidade prática e eficácia no mundo físico (PIOVESAN, 2008).

Diante disto, recebendo o compromisso de garantia dos direitos fundamentais, mormente os sociais e individuais, bem assim o combate aos preconceitos gratuitos – repisados nos artigos 1º e 3º da Lei Magna –, a administração pública assumiu a obrigação de implementar prestações que pudessem assegurar às faixas populacionais socialmente excluídas meios suficientes para a inclusão, efetivando o bem-estar e a plenitude do desenvolvimento humano, formas de isonomia material (ANHAIA, 2013).

Neste passo, como direito social expressado no artigo 6º, e mais pormenorizado no artigo 205, ambos da Constituição Federal de 1988, inseriu-se a educação, sem a qual não se concebem condições de existência e exercício de dignidade.

O contexto educacional brasileiro sempre demonstrou disparidade entre as populações mais e menos afortunadas, de sorte que somente alcançava formação qualificada aquele que detinha condições financeiras suficientes para arcar com uma educação básica em instituições privadas, o que permitia, *a posteriori*, ingresso nas melhores instituições públicas do país, relegando-se a quem poucas condições financeiras possuía uma educação de base insuficiente e, sequer, acesso ao nível superior (RODOVALHO; SIMÃO, 2014).

Por assim ser, mesmo que tímida e lentamente, as políticas públicas de ações afirmativas passaram a ter lugar de destaque no cenário nacional, voltando seu olhar, essencialmente, para a educação superior, em prol de corrigir falhas históricas e significativas no setor, particularmente as de natureza socioeconômica e étnico-racial.

Segundo apontam Haas e Linhares (2012), por serem políticas públicas que concretizam o direito à igualdade material, as ações afirmativas visam reduzir as desigualdades sociais, possibilitando o acesso à educação e ao trabalho, direitos individuais alcançados pela atuação positiva estatal prestada a sujeitos socialmente segregados, em combate à pobreza e à marginalização.

Se de um lado, apesar disso, o poder público esvazia o financiamento estatal com suas desonerações de folhas de pagamento das empresas, deduções fiscais integrais em imposto de renda pessoa física e jurídica para saúde e educação, e subfinancia o erário com congelamentos de gastos e desvinculações de receitas, como o fez a Emenda Constitucional 95/2016, sucateando as

universidades públicas e o acesso a elas, de outro incentiva que a população de baixa renda possa acessar a educação no âmbito do privado, outorgando um direito básico em vis transversa.

Neste sentir, de uma das posturas de diligência adotadas pelo Estado na formulação de atos que permitissem o ingresso nas academias de estudantes de nível médio notadamente excluídos, aponta-se o Programa Universidade para Todos (PROUNI) – programa de concessão de bolsas de estudo parciais ou integrais a sujeitos de baixa renda em instituições privadas de ensino acadêmico, instituído pela Lei nº 11.096/2005.

Aduzem Fachinetto, Neves e Raizer (2007) que a referida medida de caráter afirmativo, ordenada pela Constituição Federal, intentou combater e minimizar os entraves para a democratização.

Apesar das inúmeras discussões em torno das ações afirmativas, torna-se factível que a inserção destes programas, com especial atenção ao PROUNI, trouxe não só maior acesso ao ensino superior, o que tem exigido da administração pública a criação de mecanismos para manutenção do aluno no ambiente acadêmico, mas efetiva qualificação dos discentes para a vida profissional sem diferenciações de aprendizado entre os que gozaram ou não das políticas estatais. (MELGUIZO; WAINER, 2017)

Deve-se dizer que com a amplitude das ações afirmativas estudantes das mais variadas regiões do país passaram a integrar a educação superior, totalizando, somente em concessões de bolsas de estudo do PROUNI, o número acumulado de 2.474.435 no ano de 2018 (PROUNI, 2018), contabilizadas desde a criação do programa, cujo aporte maior de concessões está na região sudeste, com 1.178.979 bolsas integrais e parciais concedidas.

Diante da demanda incipiente de formação acadêmica, frise-se a qualificação para o exercício profissional, diversas instituições privadas foram criadas e/ou aderiram a este programa de incentivo estudantil governamental, oportunizando o acesso populacional amplificado à graduação (CAPELATO et al., 2016). Tal questão se reforça pela análise do crescimento significativo não só nas concessões de bolsas, mas também na oferta destas. No ano de implementação da referida política afirmativa, 2005, foram ofertadas 112.275 bolsas, já no último

ano de estudo apresentado, 2018, o volume de oferta de bolsas alcançou 417.276 (PROUNI, 2018), mais que triplicando no período analisado.

Sendo assim, de perspectiva estatística se observa o aumento desta política de acesso ao ensino superior ao longo dos anos, indicando a oportunidade ampliada de educação aos indivíduos de baixa renda, por meio da iniciativa privada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se expôs neste singelo ensaio, em especial pelos dados estatísticos aqui propostos, o sistema de acesso à educação no Brasil tem avançado ao longo dos anos, sobretudo pela inserção das políticas afirmativas para ingresso no ensino superior, com destaque para o PROUNI.

Este cenário, fortemente conduzido pela iniciativa privada, já que no âmbito público o que de fato se observa é um esvaziamento nos serviços de primeira necessidade diretamente ofertados, dentre eles a prestação de uma educação pública e gratuita de qualidade, tem permitido que indivíduos que sequer imaginavam o fim do ensino médio, alcancem a graduação, ponto que não deve ser descartado frente ao atendimento que aí se dá a este direito social e fundamental tão significativo, descrito na Carta Política, e que de algum modo se incentiva pelo Estado.

Inegável, entretanto, muito ainda dever ser feito para garantir o acesso à educação superior no país, uma vez que não pode ser relegada à iniciativa privada, por meio de políticas públicas, o compromisso e o encargo estatais de atuar fortemente no setor, como preconiza a Constituição da República.

4. REFERÊNCIAS

ANHAIA, Bruna Cruz de. **Educação Superior e Inclusão Social – um estudo comparado de duas ações afirmativas no Brasil**: dos debates à prática. 2013. 234 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/81370>>. Acesso em: 22 out. 2017

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005**. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. **PROUNI – Dados e Estatísticas**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://prouniportal.mec.gov.br/dados-e-estatisticas/10-representacoes-graficas>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CAPELATO, Rodrigo et. al. **Mapa do ensino superior no Brasil**. 6.ed. São Paulo: SEMESP, 2016. Disponível em: <http://convergiacom.net/pdf/mapa_ensino_superior_2016.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CUNHA, Eudes Oliveira; CUNHA, Maria Couto; SILVA FILHO, Penildon. Direitos humanos e equidade: um

olhar sobre as políticas de ações afirmativas no Brasil. **Revista Educação Online**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 66-89, mai./ago., 2014. Disponível em: <<http://educacaoonline.edu.puc-rio.br/index.php/eduonline/article/view/71>>. Acesso em: 22 out. 2017.

DOMINGUES, Petrônio. Ações afirmativas para negros no Brasil: o início de uma reparação histórica. **Revista Brasil Educação**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 164-176, mai./jun./jul./ago., 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782005000200013>. Acesso em: 02 nov. 2017.

FACHINETTO, Rochele Fellini; NEVES, Clarissa Eckert Baeta; RAIZER; Leandro. Acesso, expansão e equidade na educação superior: novos desafios para a política educacional brasileira. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 09, n. 17, p. 124-157, jan./jun., 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/20320>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Maria Rezende. Políticas Educacionais, Ações Afirmativas e

Diversidade. Dossiê: Relações Raciais e Diversidade Cultural. **Crítica e Sociedade: revista de cultura política**, Rio de Janeiro, v. 4, n.1, jul., 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/criticasociedade/article/view/27017/14731>>. Acesso em: 20 out. 2017.

HAAS, Celia Maria; LINHARES, Milton. Políticas públicas de ações afirmativas para ingresso na educação superior se justificam no Brasil?. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, Brasília, v. 93, n. 235, p. 836-863, set./dez., 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-66812012000400015&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 02 nov. 2017.

MELGUIZO, Tatiana; WAINER, Jacques. Políticas de inclusão no ensino superior: avaliação dos alunos baseado no Enade de 2012 a 2014. **Educação e pesquisa [online]**, São Paulo, *ahead of print*, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ep/2017nahead/1517-9702-ep-S1517-9702201612162807.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.

Cadernos de Pesquisa, Rio de Janeiro, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr., 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 03, p. 887-896, set./dez., 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010>. Acesso em: 31 out. 2017.

SOUZA, Jessé José Freire de. **Ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. Disponível em: <<http://www.flacso.redelivre.org.br/files/2014/10/1143.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – O conteúdo democrático do

princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set., 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

RODOVALHO, Thiago; SIMÃO, José Luiz de Almeida. O Estado na promoção da igualdade material: A constitucionalidade da cotas raciais como critério para ingresso no ensino superior – ADPF 186/DF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 202, p. 131-144, abr./jun., 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503041>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

VIEIRA, Isabela. **Percentual de negros nas universidades dobra, mas é inferior ao de brancos**. Rio de Janeiro: Agência Brasil, 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-12/percentual-de-negros-em-universidades-dobra-mas-e-inferior-ao-de-brancos>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SERVIÇOS PÚBLICOS, RESERVA DO POSSÍVEL E PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

ANDRÉ RICARDO PEIXOTO: Procurador do Município de São José dos Campos/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - Instituto Multidisciplinar - Departamento de Ciências Jurídicas.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar as nuances de como funciona o princípio da reserva do possível no tocante à concessão judicial de tutelas relativas à concretização de políticas públicas. A importância de tal estudo reside na necessidade de se proceder a uma análise crítica sobre até onde vai a legitimidade do Poder Judiciário sobre tal esfera de acordo com o axioma da razoabilidade, sem que termine por agredir o mecanismo constitucional dos freios e contrapesos e da separação dos Poderes. Em tal ponto, a questão também é complementada com a emergência do que vem a ser chamado de Estado de Coisas Inconstitucional, teoria/ instituto que agrava ainda mais o debate no entorno da legitimidade democrática da atuação jurisdicional sem tomar em conta as questões sobre previsão orçamentária por parte dos entes federativos.

PALAVRAS-CHAVE: Reserva do Possível, razoabilidade, serviços públicos, Estado de Coisas Inconstitucional.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO 2 - POLÍTICAS PÚBLICAS – O QUE SÃO? 3 - OS DIREITOS SOCIAIS, SUA CONCEPÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS CONSEQUÊNCIAS DE TAL ABORDAGEM 4 - OS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO PRESTAÇÃO ESTATAL VINCULANTE 5 - RESERVA DO POSSÍVEL: O PRINCIPAL MECANISMO JURÍDICO PARA O DELINEAMENTO DAS NECESSIDADES PÚBLICAS ANTE AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS 6 - A RAZOABILIDADE 7 - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL 8 - RESERVA DO POSSÍVEL E COOPERAÇÃO ENTRE AUTORIDADES – O DIÁLOGO CARENTE 9 - O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NACIONAL SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL 10 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 - INTRODUÇÃO

Nos primeiros dias de estudo, os curiosos que se debruçam na análise das Ciências Econômicas sempre se deparam com o conceito de que tal área estuda a *aplicação eficaz de recursos finitos diante das necessidades humanas infinitas*. Tal lógica é tão perspicaz que pode ser levada para outras áreas sociais aplicadas, inclusive para a esfera do Direito. Para bom entendimento, leia-se o caso seguinte.

Suponha-se que determinado Estado possua uma Constituição provida de normas programáticas como, por exemplo, a garantia à saúde pública para todos os seus cidadãos. Suponha-se também que um cidadão, X, tenha complicações cardíacas por conta de uma doença crônica, cujo medicamento é caríssimo. Sendo hipossuficiente, decide procurar o referido remédio na rede pública. Para sua surpresa, a distribuição é negada sob a alegação de que este não é fornecido pelo sistema único de saúde.

Desamparado, X decide procurar um advogado na rede de atendimento gratuito em seu bairro. Por meio de seu advogado, fica sabendo que é possível compelir o Poder Público a fornecer o medicamento de que precisa, bastando acessar o Judiciário e desde que provada sua necessidade. Assim procedendo, X consegue acesso ao medicamento necessário.

Certamente, o leitor já se deparou com situação semelhante no cotidiano dos corredores dos Tribunais ou mesmo na teoria dos bancos universitários, seja com terceiros, seja com parentes, seja consigo mesmo. Aqui, não se limitará às questões de medicamentos, mas podem ser inseridas as áreas da educação, do saneamento básico, da previdência social e da segurança pública (certamente, as áreas mais sedentas por políticas regulares). A busca do Judiciário para compelir o Poder Público a prestar serviços que, em tese, a ele caberia cumprir de forma adequada tornou-se cada vez mais comum no final da década de 80, sobretudo por dois fatores básicos: grande leque de direitos trazido pela Lei Magna de 1988 e, concomitantemente, fortalecimento do Poder Judiciário em sua órbita de atuação.

Olhando a questão mais a fundo, certo é que o caso supra não é um exemplo isolado, podendo ser multiplicado até ocupar parcela significativa das questões que giram em face do Poder Público. Retomando a afirmação feita supra sobre a finitude de recursos, um questionamento deve ser feito: se os recursos solicitados judicialmente certamente custam dinheiro, a massificação de tais

demandas logo representará, numa análise macro, um verdadeiro desfalque aos cofres públicos. De onde o Poder Público tirará tanto dinheiro?

Por questões semelhantes, a chamada cláusula da *Reserva do Possível* assume papel fundamental na busca por limitações às pretensões de particulares em face do Estado no que toca à promoção de políticas públicas. Nascida do Direito Constitucional alemão da segunda metade do século XX e importada com relativo sucesso para o Brasil, tal reserva consiste em verdadeira limitação às pretensões em face do Estado para a concretização de políticas públicas. A referida limitação se embasa na tese inicial de que o Estado, por escassez de recursos, deve distribuí-los com sabedoria, sendo vinculado a assim proceder somente para a promoção do mínimo existencial para os administrados.

Mais do que problema de falta de gestão, a escassez de recursos orçamentários é problema crônico de boa parte dos países em desenvolvimento. Utilizar a fórmula simples de levar o Estado ao banco dos réus para que arque com as demandas levadas aos Tribunais em detrimento de um complexo sistema orçamentário adotado pelo Brasil faz com que a atuação jurisdicional reste por demais onerosa à Fazenda Pública nos três níveis federativos. Se vista com o olhar que merece para análise, a questão traz consigo complexas discussões de ordem política, o que por si só já levanta impasses sobre a distribuição de competências e poderes do Estado.

Partindo dos apontamentos acima, o presente trabalho monográfico buscará apresentar ao leitor o que realmente representa a *Reserva do Possível*, bem como sua exata localização e abrangência para uma promoção equilibrada dos direitos fundamentais. Também é ponto relevante trazer à baila a falta de uma discussão integrada entre os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) para amenizar a doença crônica da falta de gestão das políticas públicas.

Amadurecer a integração do leitor à problemática será a prioridade do presente trabalho: como conciliar a concessão judicial (forçada) de políticas com o planejamento orçamentário, político e gerencial do Poder Público, tendo em vista os parâmetros jurídicos da *razoabilidade*, tão aclamados no seio da Ciência Jurídica?

2 - POLÍTICAS PÚBLICAS – O QUE SÃO?

Para uma compreensão (ainda que sucinta) do tema abordado, necessário é que o leitor seja incluído em conceitos genéricos a respeito do tema.

Sabido é que um País, Unidade Federativa ou qualquer outro ente dotado de personalidade jurídica de direito público funciona como uma empresa: tem gastos, prazos a cumprir, objetivos a alcançar. A peculiaridade existente em relação ao “governo” (termo tomado, aqui, em sentido amplo) é que este não possui a finalidade lucrativa dos entes de alçada privada, mas, sim, um papel institucional, cuja reflexão está no atendimento às demandas da sociedade, variando conforme os caracteres de cada gênese étnico-cultural. Aqui entram as chamadas políticas públicas.

Pois bem. Ana Paula de Barcellos conceitua *políticas públicas* como sendo “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”^[i]. Emendando raciocínios, Helton Kramer Lustoza delimita que Políticas Públicas são “programas governamentais destinados a planejar a realização de objetivos determinados, apresentando-se como instrumento adequado para a implementação dos direitos prestacionais, na medida em que teria condições de reunir grande parte dos interesses pluralistas existentes na sociedade”^[ii].

Analisando a primeira concepção, trabalhar-se-á com a divisão de seus trechos.

Primeiramente, são políticas públicas a *coordenação de meios à disposição do Estado*, significando dizer que o provimento de uma política pública denota a alocação, pela Administração, dos recursos em mãos, destinando-os aos fins planejados. Em segundo plano, importante é que as atividades privadas e públicas sejam *harmonizadas*, ou seja, não só o Estado deve atuar no atendimento das demandas sociais, como também deve abrir portas para que particulares auxiliem em tais projeções (vide as ONGs, ou os próprios convênios para a consecução de atividades públicas).

Por último, políticas públicas envolvem escolha de *objetivos socialmente relevantes*. Este, talvez, seja o ponto em que boa parte da discussão aqui trabalhada gire, visto que o Estado, em uma obediência quase que religiosa ao seu

complexo sistema orçamentário, deve selecionar o que atender e o que não atender. Isso, como será trabalhado, advém da limitação dos meios materiais.

Para a materialização de uma política pública, a Administração se utiliza dos poderes a si dados pelo ordenamento jurídico. É mais comum (e aceitável) classificar a promoção de atendimento às demandas sociais como elemento do dito *poder discricionário*, ou seja, uma atribuição dada ao Estado de, diante de uma situação concreta, atuar dentro de uma margem de alternativas para escolher de que forma agir, atendidos os critérios da conveniência e oportunidade^[iii]. Aqui, a inteligência jurídica enfrenta resistência no sentido de aceitar que a Administração possa ser compelida a cumprir ato inserido em sua discricionariedade, sendo rebatida com a ideia de que *discricionariedade* não é *arbitrariedade*^[iv].

No trabalho a seguir exposto, deve-se ter em mente que, quando o termo *serviços públicos*^[v] for utilizado, estar-se-á fazendo referência às *políticas públicas*, visto que a doutrina administrativista separa, didaticamente, a terminologia de acordo com a finalidade estatal ou interesse privado envolvido.

3 - OS DIREITOS SOCIAIS, SUA CONCEPÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS CONSEQUÊNCIAS DE TAL ABORDAGEM

A noção de se ter um direito como fundamental ao homem é tão antiga quanto a ideia de civilização. O pensamento judaico-cristão ocidental, desde muito tempo participante da formação cultural do ser humano, é responsável pelo germen da ideia de direito fundamental, pois traz o apontamento de que o homem, por ser a imagem e a semelhança de Deus, possui prerrogativas peculiares e superiores às demais formas de vida^[vi].

Em qualquer bom livro dogmático de Direito Constitucional ou de Direitos Humanos, o leitor certamente encontrará que os direitos fundamentais trazem conceituações em sentidos formais e filosóficos, tendo-os como não somente os direitos essenciais à existência humana, mas também aqueles lapidados em uma Lei superior de um Estado como de primária tutela, independentemente da forma de Estado/ Governo por este adotada^[vii]. Prerrogativas levadas a tão privilegiado *status* possuem, em si, e por conta de abstrações de cunho filosófico, o caráter da unidade: sempre existiram, e sempre deveriam ter sido protegidos. A dita "aquisição de direitos" em situação posterior nada mais é do que a

reafirmação, pelo Direito Positivo, de uma garantia sempre pertencente ao cidadão. E não é por outro motivo que doutrinadores políticos e jurídicos costumam mencionar as “gerações” de direitos fundamentais, que serão levemente trabalhadas (pois não é o intuito deste trabalho se aprofundar nesta questão [\[viii\]](#)[\[ix\]](#)[\[x\]](#)).

Independentemente da vertente doutrinária adotada, patente fica o fato de que o reforço gradual dos direitos ditos fundamentais veio com ocorrências diversas. Atentando-se para a transição entre a primeira e segunda gerações, a História Moderna ajuda a entender tal deslinde. As revoluções europeias, de cunho fortemente liberal, vieram carregadas de forte contexto econômico. A classe em ascensão (burguesia), poucos anos depois, conseguiu o respaldo de suas crenças nos assentos parlamentares, fazendo prevalecer sua liberdade de atividade. Contudo, tal segurança, por trazer somente a igualdade formal entre os cidadãos, não terminou por privilegiar, também, os menos favorecidos economicamente. O Estado de Direito calcado no Liberalismo limitou a atuação dos atos estatais apenas aos critérios formais, afastando-os do campo material e da análise axiológica [\[xi\]](#).

A consequência disto veio em seguida, com a eclosão de doutrinas igualitárias para as classes. Um pensamento marxista é o mais aproximado para descrever tal questão. Daí se originou a demanda por políticas de cunho social. Aqui, tem-se a semente do Direito do Trabalho classista como hoje se conhece, onde se asseguraram, implicitamente, a educação, a saúde e a previdência aos proletários [\[xii\]](#). A ideia genérica de Estado Social é que esse, no que toca à garantia de direitos, é mais completo que o Estado Liberal, pois apresenta um *plus*, além de assegurar os ditos direitos individuais já assegurados na primeira dimensão constitucional.

O que chama mais a atenção em tal verbete (Prestação Positiva do Estado) é a forma como deve ser executado: se o cidadão necessita de apoio do Poder Público, certo é que este já possui caixa para tal, caixa este preenchido com tributos, pleitos de guerra e de trabalhos políticos. Não por menos são denominados *direitos de prestação material*, onde há a contribuição do Estado para livrar o indivíduo de uma necessidade [\[xiii\]](#).

Vale aqui salientar que os direitos sociais não remontam somente direitos a uma prestação positiva do Estado, mas também a *preservação de garantias institucionais* (como a Previdência Social)^[xiv]. Por tal motivo, demandam custeios e outros parâmetros que serão em breve trazidos a comentários.

A estrutura dos chamados direitos de segunda geração também difere dos chamados *direitos de defesa*: muitas das vezes, não basta a mera menção na *Magna Carta* para que se tornem acessíveis pelos cidadãos sem esforço ativo. Tais normas necessitam de complementação administrativa, *i.e.*, agregação, pela Administração Pública, de medidas para que o direito possa ser alcançado. Cite-se como exemplo o direito à educação, que precisa, para ser gozado, da construção de escolas, compra de materiais escolares e contratação de corpo docente. Relevante apontamento faz doutrina norte-americana, no sentido de que direitos deste aporte são de difícil mensuração por parte do Estado: é impossível à Administração Pública delimitar o *quantum* que cada cidadão exatamente precisa para que possa usufruir devidamente dos direitos constitucionalmente assegurados à sua *persona*^[xv].

Independente do critério acima adotado é seguro dizer que os direitos fundamentais são vistos como um bloco único, sendo a historicidade representante não de um aumento de direitos, mas sim garantia positivada do que sempre existiu.

A inteligência contemporânea é propensa a aceitar que as diferenças de aplicação de tais categorias de direitos não reflete no caráter fundamental de um direito, podendo ser exercido e amoldado conforme os critérios da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação. Entretanto, uma interpretação desarrazoada dos direitos sociais como fundamentais, se levada às últimas consequências, pode trazer dois grandes inconvenientes.

Em primeiro plano, isso pode alterar sua concepção de aplicabilidade, modificando da aplicabilidade *mediata* para *imediate*. Significa isto que se tornarão exigíveis mesmo que o Estado não tenha se precavido das estruturas básicas para o seu atendimento.

A segunda consequência deriva da primeira: se notificado a cumprir com a demanda, o Estado não terá tempo para utilizar-se de parâmetros de ponderação de princípios, o que poderá levar tal análise à órbita do Judiciário. No cenário

Judiciário nacional, um julgamento marcante da lavra do Supremo Tribunal Federal marca a consequência aqui abordada. A título exemplificativo veja-se a ementa abaixo:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.- [...] **Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.- [...] - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.**

[...][\[xvii\]](#)

Essa “concretização como imediatamente exigível” dos ditos direitos sociais deriva do gradual processo de amadurecimento de um Estado de Direito, saindo da mera fase de especulação filosófica e mergulhando de vez no panteão das normas de aplicabilidade imediata^[xvii].

Porém, deve ser vista com parcimônia. Partindo-se do pressuposto de que a excepcionalidade de um direito é proporcional à razão pela qual não deve ser atendido^[xviii], deve-se ter em mente, também, que um direito social, na medida em que é também fundamental, envolve dimensão aberta. Significa dizer que trabalha junto com princípios jurídicos e, havendo eventual conflito de interesses embasados em direitos fundamentais, a avaliação por meio do critério da ponderação se mostra inevitável^[xix].

A ponderação dos direitos fundamentais leva em conta o princípio de que o que está em jogo é relevante, primordial, de tutela específica e inafastável. Sua boa compreensão exige a demonstração de sua origem, pautando-se na ideia de Robert Alexy^[xx] de que as limitações a um direito fundamental não estão contidas somente na letra fria da *Lex Mater*, mas sim nos limites externos, materiais, reais, extrínsecos e semoventes no plano da realidade palpável dos sujeitos de direito.

Isto posto, resta salientar que outros parâmetros estabelecidos pela própria Constituição Federal (assim como os deveres implícitos) devem ser vistos com relevância no momento de ponderação, sob pena de incorrer em exageros que podem comprometer o planejamento estatal para o atendimento futuro das políticas públicas.

4 - OS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO PRESTAÇÃO ESTATAL VINCULANTE

4.1 – Lembrete: O Serviço Público

Certo é que toda e qualquer organização pública estatal que se pretenda a existir e ter sua existência por reconhecida exige um mínimo de atuação em relação aos seus administrados. Nem mesmo o liberalismo nega tal afirmação, visto que a atuação do Estado nas esferas da segurança pública, *v.g.*, é fundamental para que os indivíduos exerçam seus direitos devidamente^[xxi].

Para que isto tome concretude, o Estado lança mão se atividades especializadas (das quais pode deter monopólio ou não, a depender da

conveniência da preocupação dos gestores mandatários da máquina pública). A tais atividades deu-se o nome de *serviços públicos*.

Com feliz acerto, doutrina nacional de peso conceitua Serviço Público como *toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público* [xxii]. Sua existência parte da premissa deficitária, *i.e.*, está na responsabilidade de concretização estatal pelo fato de não gerar atração à iniciativa privada.

Do conceito acima dado, extrai-se importante observação: quando se diz que *a lei atribui qual serviço será prestado pelo Estado*, o termo *lei* deve ser lido em sentido amplo, abarcando principalmente a Constituição Federal, de onde se retira uma diversidade de atribuições dadas aos entes federativos [xxiii]. E, como não poderia ser diferente, é a *Lex Mater* que desenha o contorno geral da filosofia de atuação do serviço público, mencionando, portanto, *onde o Estado atuará*.

4.2 – A Posição da Constituição da República Federativa do Brasil frente aos Serviços Públicos – Vinculação Estatal?

Como já mencionado, é a *Lei Maior* que transmite a ideia central sobre a atuação estatal, servindo para orientar o intérprete nas dúvidas iniciais sobre as áreas nas quais o Estado atuará com certa priorização.

Além de estabelecer os serviços nos quais o Estado brasileiro atuará, ressalta-se que o ordenamento máximo orienta, em certos casos, a produção legislativa subordinada, como Leis específicas para a proteção ambiental (v. Lei 6.938/81), para a organização do sistema de saúde (v. Lei 8.080/90) e para as diretrizes básicas do sistema educacional (Lei 9.394/96).

Um entendimento do Direito Administrativo clássico advoga a ideia de que a prestação de serviços públicos deriva da logística política do administrador, envolvendo certo caráter discricionário. Logo, onde há discricionariedade, não há como obrigar o gestor a agir de forma X, ou maneira Y. O entendimento possui parcela de verdade, já que as escolhas dos administradores são mais políticas do

que jurídicas, variando conforme o juízo de conveniência e oportunidade sobre elas exercido.

Porém, esse argumento, como já trabalhado, não é suficiente para que o Estado enquanto provedor do interesse público possa se abster dos objetivos a ele traçados constitucionalmente. É que tal vinculação deve ser pensada em conjunto com a chamada *força normativa da Constituição* [xxiv]. Esta constitui em um vetor hermenêutico constitucional no qual os ditames da Norma Maior são dotados de imperatividade, como normas jurídicas. Assim, cabe ao intérprete reconhecer sua devida aplicabilidade à hipótese concreta a ele apresentada.

Em segundo plano, também conjugado com a ideia supra está a chamada *proibição da proteção insuficiente* [xxv], ou seja, quando previsto, deve possuir efetiva e constante disponibilidade aos administrados. Uma vez implantado um serviço público necessário à sociedade, sua posterior não prestação ou prestação ineficiente pode ser atacada pelas vias judiciais próprias [xxvi]. Veja-se o típico caso dos medicamentos.

Com a assertiva supra, o leitor certamente retomará o conceito sociológico de Ferdinand Lassale sobre a Constituição: *conjunto dos fatores reais de poder* [xxvii], ou seja, reunião legítima dos fatores externos que demandam regramento estatal. Sendo a finalidade imediata do Estado o provimento do bem público, nada mais lógico que este seja despido de total discricionariedade na prestação de seus serviços.

5 - RESERVA DO POSSÍVEL: O PRINCIPAL MECANISMO JURÍDICO PARA O DELINEAMENTO DAS NECESSIDADES PÚBLICAS ANTE AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS

Como já trabalhado, os direitos fundamentais recebem influência externa para suas limitações e abrangências gerais. E é este ditame que abre espaço para a admissão do surgimento de mecanismos aptos por parte do Estado, principalmente quando este apresenta questões justificadoras para as limitações de direitos, sobretudo a escassez orçamentária [xxviii].

Sucintamente, a *reserva do possível* é conceituada como o limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações [xxix]. Classificado como verdadeiro princípio, decorreu de um julgamento do Tribunal

Administrativo Alemão na segunda metade do século passado, atinente a um massivo pleito para acesso às universidades públicas ante o número deficitário de vagas[xxx]. A limitação buscada pelo axioma em estudo está no fato de que a Administração, enquanto provedora dos serviços básicos, deve ater-se aos mínimos razoáveis, estando vinculada somente a prover o necessário, o básico, o concreto em termos de análise fática.

Além das fortes raízes políticas, a reserva do possível também alcança razão de teor econômico. Para iniciar tal raciocínio, veja-se uma sociedade calcada na economia de mercado. De acordo com o ideal liberal da autonomia contratual e jurídica do indivíduo em relação à esfera pública, suas potencialidades são alcançadas através do progresso em sua ordem privada. Aqui, o Estado somente atuará de forma subsidiária, sendo concentrado nos campos considerados primordiais à sua própria integridade. Tomando-se o Brasil como exemplo mais próximo ao leitor, e lembrando-se das remissões constitucionais aos deveres estatais nas áreas tidas por deficitárias, resta claro que não só os direitos sociais como as demais normas demandam investimento público (como a já mencionada Segurança Pública para a tutela do patrimônio particular).

Desta feita, o leque de investimentos estatais se abre, sendo este levado a selecionar suas prioridades. Isso pelo fato de a *reserva do possível* não representar somente uma limitação aos direitos fundamentais, mas também uma garantia destes[xxxi]. Essa afirmação pode parecer absurda, mas faz sentido quando um Estado de vasta dimensão territorial e populacional como o brasileiro se vê diante de tantas disparidades econômico-culturais e com limitados recursos orçamentários em mãos.

As disparidades supracitadas são agravadas pelas características do país: concentração de renda, conservadorismo sociocultural, desemprego estrutural e demasia nos métodos produtivos exploratórios são exemplos de questões que exigem da máquina pública maiores investimentos em contramedidas para reverter tais situações. Essa face orçamentária é pequena quando se observam outros países. Exemplo clássico são os Estados Unidos, cuja jurisprudência leva ao entendimento de que a liberdade contratual é a máxima das relações negociais. Uma listagem de casos concretos mostra que os Tribunais têm sido relutantes em aceitar embasamentos como a "onerosidade excessiva" e a "função social dos contratos"[xxxii].

O sistema do axioma em comento, quando inserido no cenário brasileiro, é extremamente peculiar (não existindo exagero em dizer que é híbrido), pois os limites de sua incidência são relativos e disformes conforme a natureza dos direitos analisados. Explique-se melhor.

Sobre as raízes da Reserva do Possível, é possível extrair, em primeira análise, duas vertentes: a de matriz alemã e a de filosofia norte-americana.

A Reserva do Possível de "teor" norte-americano ganhou notoriedade no final do século XX, onde foi levantada a dita *Teoria dos Custos dos Direitos*. Por essa vertente, todos os direitos subjetivos assegurados pela Lei Maior demandam custeio por parte do Estado, seja direto, seja indireto, com grau variável de demandas. Assim, advoga-se que, para uma concessão judicial de direitos, far-se-á um balanço sobre o que já foi pago (*diga-me quantos impostos lhe cobram (e como se gastam) e dir-lhe-ei que direitos você possui*)^[xxxiii]. A inteligência nacional sobre o que vem a ser Reserva do Possível tem se debruçado nesta filosofia.

A matriz alemã, em sua ideia tradicional, sintetiza a ideia de Reserva do Possível "*naquilo que se pode exigir razoavelmente do Estado*"^[xxxiv]. No contexto histórico da qual a decisão fundadora de tal conceito surgiu (ver explicitação histórica linhas acima), percebe-se uma postura um tanto madura e coerente por parte do julgador. A *Reserva do Possível*, neste liame, não leva em conta somente as restrições dos cofres fazendários, mas realmente o coloca em sopesamento com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Vistas as características de cada modelo supra, pode-se dizer que a Reserva do Possível aplicada no cenário jurídico-administrativo nacional desenvolveu facetas que podem gerar inconvenientes se aplicada pendendo para apenas uma "forma pura". Claro dizer que as incongruências existentes derivam da gritante diferença cultural entre o Brasil e os países do hemisfério Norte, onde políticas públicas, independente da abrangência e autonomia que a ideologia econômica lhes confere, possuem um grau de consideração mais maduro nas relações Administração-administrado.

No patamar jurídico brasileiro, ora se argumenta a proporcionalidade entre bens jurídicos, ora se argui escassez orçamentária pura e simples, puramente. Percebe-se que o patrocínio de uma das facetas da *Reserva do Possível* é variável

conforme o interesse tutelado pela parte quando em contencioso judicial, robustecendo-o com a natureza do direito subjetivo sob tutela. O exemplo mais claro vindo sob a mente está relacionado aos pleitos requerentes de medicamentos e tratamentos médicos, pois influem diretamente no direito fundamental à vida deitado no art. 5º da CRFB/88. Em tais hipóteses, é suficiente ao requerente demonstrar a necessidade dos medicamentos, sua hipossuficiência econômica e urgência no uso dos procedimentos. Aqui, pouco espaço há para que a estatalidade afaste a pretensão autoral[xxxvi]. Fácil é concluir que a expressão “reserva do possível” perdeu seu sentido originário ao ser transportada para o tabuleiro jurisdicional nacional[xxxvii].

Antes de continuar, consultando-se a doutrina pátria sobre o tema, vê-se que os autores subdividem a *Reserva do Possível* em *fática* e em *jurídica*. A Reserva fática pende para uma limitação de ordem prática, lidando com a exaustão orçamentária em si (característica que chega a ser cotidiana das Finanças Públicas). A Reserva jurídica, por sua vez, se atrela à própria ausência de autorização orçamentária para determinado gasto surgido no decorrer da execução financeira[xxxviii]. Porém, independentemente de qual vertente se adote, é cristalina a percepção de que se focam em questões econômicas, se distanciando da concepção clássica da discussão em torno dos axiomas da proporcionalidade e da razoabilidade casuísticas das lides judiciais.

Voltando ao desenvolvimento, diferente seria se outro direito tratado como “secundário” fosse levado em conta, como, exemplificativamente, a prestação de determinado serviço público coletivo, como a pavimentação de via pública ou a construção de uma rede de tratamento sanitário em determinado bairro. Pelo volume do direito buscado em única ação (geralmente em ações coletivas, bem como ações civis públicas), o julgador levará mais em consideração os argumentos orçamentários, assim como a legitimação da sobrelevação da inteligência política da Administração para a escolha das áreas que serão atendidas. Aqui, a *Reserva do Possível* ganha um mínimo decente de atenção jurisdicional. Porém, tal atenção ainda possui um viés indevido, já que os direitos aqui tutelados também visam, de certa forma, proteger o direito fundamental à vida, mas de forma indireta: um sistema devidamente elaborado de saneamento básico impede a proliferação de doenças e outras mazelas em meio à população beneficiada.

O tratamento que é dado à *Reserva do Possível* não é, por consequência, coerente, já que é exacerbadamente observado em certas hipóteses e praticamente ignorado em outras, quando boa parte das demandas possuem um denominador comum: atender os parâmetros mínimos necessários à vida digna constitucionalmente assegurada.

Aqui, a formação do convencimento do julgador não estará pautada somente em Lei, Doutrina e Jurisprudência (nem somente nos precedentes judiciais, embora tenham recebido importante atenção com o novel *Código de Processo Civil*). Vai muito além. A *Reserva do Possível* demanda, também, atributos de cooperação com o Poder Executivo, assim como com os órgãos essenciais à Justiça. Além de maturidade teórica, é recomendável que o capital intelectual jurídico repense o delineamento que dá às limitações aos direitos fundamentais demandados em juízo. Pode-se falar até mesmo de um resgate aos ideários tradicionais do pensamento desenvolvido na Alemanha dos anos 70.

Como a positivação do tema seria mais prejudicial do que eficiente, resta ao Poder Judiciário atentar para devidos parâmetros de razoabilidade, tema tratado no próximo Capítulo.

6 - A RAZOABILIDADE

Na média das lições dadas pelas cátedras de Direito Constitucional, a *razoabilidade* é citada ao menos uma vez. Porém, é preciso uma análise detida e casuística para se ter ciência sobre seu real conteúdo. Também, não é muito difícil chegar-se à conclusão de que a invocação da *razoabilidade* na *práxis* forense é feita de forma desmesurada, ora para justificar um argumento de autoridade antes exarado em peças processuais, ora para complementar uma lacuna. Embora não prevista expressamente no texto constitucional, a razoabilidade ocupa dimensão maior do que a repetida pela técnica forense.

Antes de elucidar conceituações jurídicas, pede-se vênia, por mais óbvio que pareça, para indicar que *razoabilidade* vem de *razão*. No plano jusfilosófico, a ideia do que vem a ser razão está atrelada à concepção de um *inato* fundamento lógico das ideias, ideias essas que são fundantes e inerentes ao próprio ser humano^[xxxviii]. É, portanto, uma ideia de bom senso. A própria doutrina reconhece sua dificuldade de delineamento, asseverando que tal princípio “não

tem o seu conteúdo perfeitamente definido, é bastante aberto e se relaciona com outros princípios constitucionais” [xxxix].

Frequentemente abordada em questões constitucionais embasadoras do processo judicial, o princípio da razoabilidade pode ser livremente imaginado como um preceito em que as medidas tomadas pelo Estado enquanto Administração devem atender parâmetros ideais. Para bom e básico entendimento, imagine-se um ato administrativo qualquer, tendo seu início numa motivação legítima e buscando a finalidade pública vinculada em lei. O *itinerário* entre a motivação e o atendimento do fim público (isto é, todos os procedimentos, formais ou não) deve estar dentro de um parâmetro de bom senso. É exatamente em tal ponto onde a proporcionalidade pode ser mais bem observada: no *iter* dos atos estatais.

Sabido é que a Administração Pública segue uma liberdade condicionada, ou seja, sua atuação está vinculada à obediência de limites estabelecidos pela Constituição Federal. No *caput* do art. 37, o Texto Magno prevê cinco princípios basilares à atuação estatal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Claro é que tal rol é exemplificativo, visto que uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico fará emanar novos axiomas para o bem proceder do Poder Público. Aqui se insere o princípio da *razoabilidade*.

Por conta de tal axioma, cobra-se do administrador público uma atuação racional: em suas funções típicas e atípicas, deve existir correspondência lógica de custo-benefício à coletividade (fazendo-se verdadeira ponderação sobre o interesse público e privado). Tal avaliação ponderativa é aparentemente utilitarista, mas, se a decisão for tomada como o ordenamento recomenda, ter-se-á verdadeira preservação dos bens jurídicos tanto públicos quanto de particulares.

A razoabilidade nada mais representa do que um braço do princípio da legalidade administrativa. A atuação do Poder Público deve ser racional, significando dizer que deve se pautar nas relevâncias das peculiaridades do caso concreto e da decisão a ser tomada pelo administrador público. A razoabilidade não significa amputação da discricionariedade administrativa, mas sim uma verdadeira roupagem a esta, que ganha contornos condicionados ao atendimento do bem estar público [xl].

Onde a razoabilidade demonstra maior relevância é no estudo dos poderes administrativos, pois remonta a base para a análise técnico-jurídica de sua validade/ eficácia[xli]. E, como já visto, a alocação de recursos públicos para o atendimento das demandas sociais está dentro da discricionariedade do administrador público. Por tal motivo, importante será a análise sobre como a razoabilidade pode ser influenciada pela aplicação da Reserva do Possível.

A discricionariedade nada mais é do que a abertura dada pelo ordenamento jurídico para que o administrador público, em determinado caso concreto, receba um leque de opções decisórias, podendo fundamentadamente optar pela que mais conveniente for aos interesses públicos[xlii]. Tem íntima relação com o motivo e o objeto[xliii], dois dos elementos dos atos administrativos que demonstram seu mérito.

Vale lembrar que o administrador público não está de todo livre para estabelecer suas políticas públicas, ao contrário do que um entendimento que o classificasse como inserido na discricionariedade administrativa possa sugerir. Mesmo que se admita que a alocação de recursos para o atendimento das demandas sociais realmente possui certo traço de discricionariedade, também é verdade que o administrador deverá “delinear” suas discricionariedades previamente, por meio de um complexo sistema de leis orçamentárias, sistema este com rigor tanto constitucional quanto infraconstitucional: além dos ditames do Texto Magno (em especial, os arts. 165/169), a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) pormenoriza critérios para a gestão do erário público, como requisito essencial para sua probidade e manutenção do contínuo trabalho da máquina pública.

A razoabilidade tem íntima relação com a Reserva do Possível, bastando analisar seu conceito básico dado pela jurisprudência alemã como “o que se pode *razoavelmente* exigir do Estado”. De certa forma, também significa limite ao próprio administrado, visto que este não pode escapar de um limite casuístico do que se poderá pleitear judicialmente em face do Poder Público. Assim como a Reserva do Possível, a Razoabilidade também não tem posituação legal, o que de nenhuma forma retira sua consideração e vinculação jurídica, visto tratarem-se de princípios e caracteres básicos, componentes do Direito como um todo, em interpretação sistemática[xliv].

Da lógica supra, pode-se extrair o problema-chave: O que é razoável? Como se encontra o razoável?

Questão tormentosa tem sido a acima delineada, sendo a vasta doutrina também combativa no momento de enfrentá-la. De certo, a relativa intangibilidade da razoabilidade dificulta qualquer possibilidade de se chegar a uma resposta devida. Porém, é relevante, para sua delimitação, que se tenha em mente que esta dependerá (em grande aspecto) às dimensões do caso concreto, dos fatos da realidade. A par disso, expõe-se que dois grandes problemas rondam o questionamento sobre o que pode ser tido por razoável: um problema jurídico e um problema lógico^[1].

Como problema jurídico, tem-se que o Direito deixou de lado, há muito tempo, a noção de que este é formado somente por instrumentos normativos positivados, passando a acolher princípios e outros ditames de ordem dialético-material. Tal situação deriva, em relevante parte, de movimentos como o Pós Positivismo e o Ativismo Judicial, responsáveis por resgatar ou mesmo inserir novos critérios como parâmetro para se alcançar o que é jurídico e o que não o é. Parte-se da ideia de que o Direito ultrapassa a esfera da lei, da norma, o que ganha força com a concessão de força e relevância às decisões dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário em determinados *hard cases*^[xlv], muitos deles diretamente relacionados à aplicação do princípio da Reserva do Possível em demandas envolvendo direitos sociais.

Complementando o problema de cunho jurídico, tem-se a problemática de ordem fática. Se a evolução do Direito transpassou a esfera de direito e abarcou as imediatas esferas da dinâmica dos fatos (como as decisões judiciais que envolvem resultados concretizadores), surgiu o relevante inconveniente de que, nem sempre, as demais esferas da sociedade se estruturaram devidamente para o atendimento das demandas recomendadas pelo Direito como um todo, tanto posto quanto imposto. Esse "atraso cultural jurídico" envolve, também, a questão da massificação das relações sociais, o que, numa sociedade de risco, demanda maiores cautelas no proferimento de políticas públicas, entre ela o maior alcance e efetividade destas, tendo em vista, ainda, uma infinidade de outros fenômenos nem sempre bem percebidos pelos gestores da aparelhagem estatal, como o crescimento demográfico, o surgimento de novos bairros, a migração, a chegada de refugiados estrangeiros, o surgimento de uma nova doença, entre outros.

Mas, claro, todos esses fatores acabam circulando consequências que repercutem, principalmente, no âmbito econômico governamental que, combinado, ainda, com pouca dinamização nas formas de aquisição de recursos (como os contratos administrativos submetidos a um rígido e complexo sistema jurídico, bem como a falta de uma estrutura burocrática decente nos setores tributários de diversos entes governamentais, principalmente na esfera municipal), cria um caminho em que, mais cedo ou mais tarde, torna-se dificultoso para o Estado prover as demandas contra si surgidas, fazendo com que os administrados se socorram de medidas urgentes perante o Poder Judiciário para a satisfação de necessidades muitas das vezes ordinárias, a depender do grau de omissão do Poder Público enquanto *Administração*.

Com base nos apontamentos supra expostos, a média doutrinária chega a acentuar que a razoabilidade (e a proporcionalidade, caso ambos os conceitos sejam vistos como sinônimos^[xlvi]) só é alcançada pela Administração no momento em que os conceitos supra são conciliados: sendo a razoabilidade um postulado de otimização, nos parâmetros apontados por Robert Alexy, o Poder Público somente atua de forma razoável (com pretensões racionalmente passíveis de exigência por parte dos administrados) se agir nos estritos mandamentos legais e, concomitantemente, não desprezar a harmonia frágil entre o interesse público e a realidade econômico-social^[xlvii].

Assim, se transposta para a Reserva do Possível, nada mais manda a razoabilidade que o Estado faça um sopesamento entre viabilidades econômicas e o *quantum* de prestações sociais de si exigidas e de vinculado oferecimento, visto que permite oferecer limitações estatais de ordem fática (material) e jurídica (orçamentária)^[xlviii]. Se é certo que não se podem limitar direitos por razão de seu custo, também não é possível ignorar que se pode delimitar as prioridades quanto à prestação de determinados direitos numa sociedade com escassos recursos monetários, como bem exemplifica o caso brasileiro.

7 - O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Por conta de sua recente abordagem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional ganhou repercussão e forte enlaçamento com a Reserva do Possível, visto que cria condições a ela antagônicas, quase que uma eliminando a outra.

O instituto em estudo teve origem na jurisprudência colombiana. No ano de 1997, chegou à Corte Constitucional Colombiana (CCC) caso em que se materializava uma massiva violação aos direitos previdenciários de professores situados em todo o país. Devido ao alto grau de abrangência da situação, criou a Corte um mecanismo instrumental em que o próprio tribunal emitia ordens às diversas autoridades previdenciárias colombianas (em todas as esferas de governo) com o fito de reversão da situação gravosa à categoria profissional^[xlix].

A essa massiva violação deu-se a nomenclatura de *Estado de Coisas Inconstitucional*, que pode ser conceituado, basicamente, como a constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público^[l].

Com tal medida, visa o Poder Judiciário reverter um quadro instaurado de ofensa direta ao texto constitucional, de forma com que, além de ser uma medida de economia processual (sanando uma diversidade de litígios de tonalidade semelhante), dá efetividade prática com medida inédita em face das autoridades públicas. Para seu idôneo reconhecimento, precisam ser identificadas *i)* que a afronta aos ditames constitucionais se configure grave, seja por proteção deficiente, seja por violação massiva; *ii)* que haja omissão/ incapacidade por parte dos Poderes Executivo e Legislativo em proceder com as medidas administrativas, legislativas e orçamentárias para o saneamento da questão; e *iii)* fator estrutural, significando dizer que a solução da situação a ser resolvida dependerá da tomada de medidas por parte de uma pluralidade de órgãos públicos, simultaneamente.

No cenário jurídico nacional, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional foi inaugurado em agosto de 2015, quando o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, reconheceu a tese de Repercussão Geral em que se admitiu a licitude do Poder Judiciário em ordenar a concretização, por parte do Poder Executivo, de obras para a manutenção de presídios. Veja-se o seguinte excerto:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu

provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes^[1].

Um mês depois, o mesmo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, reconheceu situação de grave paralisia das funções estatais administrativa e legislativa ante o problema da estrutura penitenciária do Brasil. Na ocasião, a Suprema Corte brasileira decidiu, em sede liminar, que:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; **b)** aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; **c)** aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; **d)** aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente

cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.^[iii]

Uma análise comparativa entre a decisão que inaugurou o instituto no Brasil e as decisões clássicas da Corte Constitucional da Colômbia mostra que ambas foram desenhadas em situações fáticas semelhantes: embora tenha se iniciado com problemas estruturais de ordem previdenciária, o Estado de Coisas Inconstitucional também foi declarado com a verificação, pela Corte colombiana, de situação caótica na órbita carcerária do país^[iii].

O ineditismo do Estado de Coisas Inconstitucional está na remodelação que o instituto faz de outras medidas igualmente prestigiadas pelos operadores do Direito para reverter omissões por parte do Poder Público (como o Ativismo Judicial e o Substancialismo): as decisões das Cortes Superiores não se limitam a mero caráter declaratório da situação comprometida e, muito menos, limita-se a comunicar à autoridade competente sobre a gravidade fática mas, sim, concedem ao Poder Judiciário medidas ativas e concretas para a satisfação de suas próprias decisões. É o que se costumou alcunhar de “remédios estruturais flexíveis”^[iv], que seriam, em apertada síntese, medidas judiciais aptas a influírem no planejamento orçamentário dos entes federados. Com tais “remédios”, o juiz é inserido na participação de escolhas orçamentárias, na formulação e aplicação de políticas públicas, de forma com que possa “monitorar” a plena obediência às suas decisões, tudo isso sem eliminar a ingerência dos Poderes Legislativo e Executivo sobre a questão.

A ideia do Estado de Coisas Inconstitucional, assim como seus institutos “parentes” (como o Substancialismo) gera inconveniências por conta de sua própria estrutura dialógica: ao mesmo tempo em que estrutura medidas concretas por parte do Judiciário, cai na armadilha de poder gerar ilegitimidades na tomada de decisões, visto que interfere no aspecto político das alocações orçamentárias. As críticas se concentram em três grandes grupos. No primeiro grupo, tem-se a já conhecida falta de “onipresença” do Poder Judiciário em estar antenado em todas as deficiências sociais e conseguir alocar devidamente os recursos orçamentários,

o que, em médio prazo, levaria a maiores deficiências (visto que se concentraria em atuar somente diante do aspecto em que foi provocado a agir).

Em segundo plano, argui-se a falta de correspondência entre as realidades enfrentadas pela Colômbia e pelo Brasil, o que poderia acarretar em um perigo no momento de transportar um instituto do Direito Comparado para o cenário interno sem maiores ressalvas^[lv]. Em terceiro plano, tem-se a forma como a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional se concretiza: por intermédio das chamadas *sentenças aditivas*. Estas consistem, basicamente, em decisões judiciais que implicam aumento de custos para o Erário, quando reconhecem um direito social não previsto originariamente no orçamento público^[lvi]. Geralmente, tal modalidade de decisão judicial possui efeitos imediatos, o que pode terminar por macular e perverter o sistema orçamentário adotado pelo Poder Público, que, em regra, trabalha com metas de curto, médio e longo prazos^[lvii].

Visto de outro plano, o Estado de Coisas Inconstitucional também geraria uma nova forma de Ativismo Judicial (Estrutural), cujo adjetivo gera-lhe indevido grau de determinação, já que não delimita seu âmbito de proteção. Numa realidade fática, as “inconstitucionalidades” são diversas, o que, numa interpretação extensiva do que venha a ser ECI, pode gerar um abalo do Poder Judiciário ante o desprestígio das demais instituições estatais. O receio encontra-se, na verdade, no risco de banalização do instituto, visto que o controle de constitucionalidade feito na via concreta não pode ser levado aos limites, sob pena de esvaziar tanto a tarefa dos órgãos subalternos do Judiciário quanto a autoridade dos demais Poderes^[lviii].

Para melhor delineamento do que venha a ser Estado de Coisas Inconstitucional, bem como entender sua aplicação de melhor técnica judicial, faz-se relevante salientar que sua mensuração não pode ter como único argumento a mera limitação de recursos para a satisfação dos serviços públicos. A Reserva do (financeiramente) Possível enfraqueceu com a banalização de seu uso como argumento pelo Poder Executivo em todas as esferas de governo^[lix], visto que sua própria estrutura não permite que prove perante o Judiciário, de forma cabal, a dimensão fático-jurídica das deficiências orçamentárias, o que leva à consequência de concretização dos serviços públicos (em especial, os relativos à saúde e educação) por mão de magistrados que, malgrado amparados nos critérios axiológicos seletivos da Constituição da República (explícita ou

implicitamente), também não compreendem a dimensão limitativa orçamentária existente.

Sabido é que a positivação é despicienda para a aceitação de que existem princípios jurídicos de índole constitucional (inclusive, a própria Reserva do Possível é um). Além dos já mencionados no presente escrito, dar-se-á, neste momento, especial atenção ao denominado *princípio da autocontenção* (ou *autolimitação*) *judicial*. Tal axioma carrega a ideia de que a função dos magistrados na aplicação do Direito, ainda que leve em conta a concretização de direitos com repercussões econômico-sociais ao erário, deve ter por consideração que a atividade jurisdicional deve ser pautada em limites típicos da tripartição de Poderes^[ix]. Significa dizer que o próprio Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que estabelece o formato como aplicará a Constituição, restringirá bem suas dimensões, de forma com que nunca se extrapole o “teto” normativo.

A autocontenção judicial, representando verdadeiro “sinal trocado” do ativismo judicial, é visto por parcela doutrinária de calibre como um princípio que visa *a)* aplicar diretamente a Constituição somente nos casos previstos no corpo desta, *b)* lança mão de critérios rigorosos para o controle de constitucionalidade das normas e *c)* pouco trabalha no âmbito das políticas públicas^[xi].

Em análise comparativa, autocontenção judicial e reserva do possível reciprocamente se servem para a concretude do mínimo existencial, outro princípio de semelhante dinâmica. A grosso modo, os três vetores hermenêuticos aqui citados servem como instrumentos para limitar ou, pelo menos, conformar o alcance da norma constitucional, de forma que leve em consideração outros parâmetros sob influência do intérprete jurídico, como as dotações financeiras e a competência funcional delimitada de cada instituição. Porém, uma aplicação coerente e conciliadora dos referidos princípios exige que o Judiciário conheça de questões não atinentes à sua órbita (pois naturalmente pertencentes aos demais Poderes da República), o que pode vir a pespegar o equilíbrio dos Poderes para o regime democrático.

Em continuação à ideia do parágrafo anterior, se reconhece que o ativismo judicial desempenha importante papel na concretização não só de políticas públicas, como, também, de direitos de várias espécies. Porém, não admitir que o Poder Judiciário não possa se limitar em determinados parâmetros de ordem

fática pode criar fórmula perigosa de “transferência forçada” de atribuição entre os Poderes. Por conta de tal raciocínio é que existe doutrina reconhecendo que o ativismo judicial se trata de uma desconfiguração do Poder Judiciário, invasora do núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes, esvaziando não somente as funções Legislativa e Executiva, mas também a *função de governo* [\[lxii\]](#) (entendendo-se, claro, ser esta última faceta das funções do Executivo).

Completando a conciliação dos princípios supra citados, pode-se observar que cada um desempenha função distinta para a concretização do direito judicialmente pleiteado: o mínimo existencial funciona como resultado esperado ou, ao menos, o mínimo básico do que se poderia esperar da decisão (o “dever-ser” do serviço público exigido), levando em conta os caracteres peculiares de cada meio social e caso concreto vivenciado; a reserva do possível, por sua vez, representa a mensuração, por parte dos Poderes Públicos, das necessidades sociais, considerando critérios quantitativos e qualitativos (embora aquele primeiro seja mais arguido), que é levada ao conhecimento judicial; a autocontenção judicial, por fim, constitui a síntese feita pelo Poder Judiciário sobre a pretensão a si levada, sopesando-se as reservas arguidas pelo Estado, o pleito requerido e o embasamento do dever-ser do direito fundamental social ora cobrado.

Com a devida aplicação do preceito supra, tem-se por legítima a atuação do Poder Judiciário no controle das decisões administrativas alocativas de recursos públicos, tendo em vista o mínimo existencial como parâmetro vital para o exercício subjetivo de direitos e o reconhecimento de sua intervenção somente em casos objetivamente extremos, como já sedimentou razoável jurisprudência [\[lxiii\]](#)

8 - RESERVA DO POSSÍVEL E COOPERAÇÃO ENTRE AUTORIDADES – O DIÁLOGO CARENTE

Conforme observado alhures, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional possui a particularidade sempre cobrada dos institutos relativos ao Ativismo Judicial, ou seja, exige que as autoridades de diversos Poderes atuem conjunta e simultaneamente na solução da lide.

A cooperação não se traduz somente em permissão e flexibilização de atribuições entre cada esfera, mas, também, envolve implantação de instrumentos concretos para a garantia de um perfeito trabalho em equipe. Sua necessidade parte do pressuposto de que, sob certa medida, nenhum direito que pressupõe um gasto financeiro pode ser unilateralmente garantido pelo Poder Judiciário sem que este considere as consequências de ordem orçamentária [lxiv].

Devido à temida e indevida invasão nas atribuições dos Poderes alheios, o Poder Judiciário tem seus institutos, muitas vezes, questionados por carência de legitimidade democrática, visto que vão de encontro com as premissas do Estado no que tange à obediência legal. Contudo, é importante asseverar que a construção teórica de institutos como o Estado de Coisas Inconstitucional e os movimentos como o Ativismo Judicial são, em suma, consequência lógica da insuficiência das atuações legislativas e administrativas dos Poderes Públicos.

O problema central da aplicabilidade de tais institutos ante o devido (e necessário) reconhecimento da reserva do possível está na ausência de diálogo não somente entre os Poderes, mas, também, com a própria sociedade civil. Por tal razão, advoga-se a necessidade de instituir instrumentos que (re) aproximem o cidadão das tomadas de decisões que possam vir a influenciar o meio em que vive. Atualmente, os institutos mais conhecidos referentes a tal critério são a audiência pública (prevista exemplificativamente em legislação relativa ao Direito Ambiental [lxv] e no Estatuto da Cidade [lxvi]), a intervenção de terceiros nas causas atinentes ao controle concentrado de constitucionalidade [lxvii] e as formas de consulta às instituições representativas em causas com repercussão transcendente à lide, estas previstas no Novo Código de Processo Civil.

Os mecanismos acima exemplificados trazem vantagens de duas órbitas: permitem que a sociedade fique inteirada das questões estratégicas levadas às autoridades e, simultaneamente, com sua oitiva, permite que o Poder Público tome uma decisão pautada em patamares concretos, levando em conta o desenho estrutural da população diretamente influenciada pela medida. A problemática existente reside na pouca utilização de tais institutos, sendo poucos os casos em que a Jurisdição Constitucional lançou mão de algum [lxviii]. Porém, é claro perceber que os referidos mecanismos miram o diálogo entre sociedade e um determinado órgão emissor de decisão, não considerando os demais Poderes estatais.

No Direito Comparado, tem-se notado o crescimento de institutos visando dar efetividade à comunicação entre as autoridades e a sociedade. Veja-se o instrumento surgido no cenário jurídico sul-africano chamado Compromisso Significativo (*Meaningful Engagement*), consistente num postulado judicial, que realiza o intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, de forma com que as partes possam chegar a um acordo, formulando e implementando um programa socioeconômico que possa afetar comunidades e grupos de pessoas^[lxxx]. Importante ressaltar que o dito compromisso significativo em nada se confunde com os mecanismos já citados da audiência pública, nem com a mediação: Difere das consultas públicas porque, ao contrário destas, as opiniões da sociedade civil são incorporadas à decisão judicial; quanto à mediação, distancia-se desta pelo fato de a definitividade decisional ser concedida por órgão do Poder Judiciário, e não por terceiro eleito pelas partes^[lxx]. Em uma aplicação prática, o *meaningful engagement* representa maior comunicação entre as instâncias sociais, aprimorando a correspondência lógica entre a prestação jurisdicional, a realidade fática e a intenção das partes.

Mesmo contendo suas peculiaridades, todos os instrumentos supra apresentam um denominador comum, que é a necessidade de abertura interpretativa das normas jurídicas, em especial as positivadas na Constituição. Imprescindível é trazer à baila a inteligência de Peter Haberle, teórico alemão sistematizador da contemporânea hermenêutica constitucional adotada no Brasil e na América Latina. Segundo os ensinamentos de Haberle, o dilema constitucional dos dias atuais requer que a interpretação constitucional devida requer a integração de diversos atores, como os órgãos públicos, as autoridades políticas, os entes privados e os próprios cidadãos, devendo-se afastar a interpretação tradicional e fechada exercida pelos magistrados, limitada à mera aplicação do Direito sem ao menos mensurar sua correspondência com a órbita social a ser atingida^[lxxi]. Seu pensamento bem se alinha aos ditames feitos no início desses escritos sobre a relevância dos fatores reais de poder, no sentido de que a delimitação de um fato como inconstitucional não deve partir somente de uma positivação do Texto Magno, mas, também, de uma mensuração entre a aproximação lógica e razoável do Direito com a realidade por ele regida.

A dificuldade de aplicação de mecanismos semi-diretos e democráticos para a concessão judicial de serviços públicos (direito à saúde, educação, previdência etc.) está na ausência de comunicação efetiva e simultânea entre as

autoridades envolvidas na decisão judicial ordenadora, na alocação de recursos e na aplicação das políticas públicas em cobro. Soma-se a isso a ideia fortemente acatada na cultura publicista brasileira no sentido de que, no provimento de direitos sociais em dimensão relevante a ponto de configurar verdadeira política pública (para a concretização de um serviço público), há uma impossibilidade de decisão judicial, pois a matéria é, por definição, outorgada à decisão política, ou seja, à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridades cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos^[lxxii].

Além desse culturalismo de pura tripartição de Poderes já existente no cenário público, demanda a concessão democrática de políticas públicas, ante a reserva do possível, a unidade popular diante da necessidade de fazer frente aos direitos constitucionalmente assegurados. É tal homogeneidade que favorece o surgimento de levantes de consulta popular e de participação pública nas decisões judiciais de grave impacto. Não se trata somente de homogeneidade num sentido demográfico, étnico ou cultural (visto que há certa uniformidade entre as populações que habitam o Brasil), mas, sim, de correspondência com os ditames constitucionais.

A ideia do parágrafo anterior em muito se assemelha ao que Jurgen Habermas chamou de *patriotismo constitucional*, podendo ser parafraseada no sentido de que este é uma grandeza representante da identificação entre os princípios arraigados numa Constituição com os cidadãos componentes de uma Nação, em determinado período histórico de determinado Estado^[lxxiii]. Vê-se que o diálogo não deve se limitar somente às autoridades (sob pena de criar um muro decisionista unilateral), mas, também, entre estas e a sociedade civil interessada nas questões levadas ao debate judicial.

Em suma, a ausência de diálogo como problema central para o barramento da satisfação de direitos sociais requer, como solução imediata, posituação infraconstitucional, o que poderia levar ao debate sobre a inserção de novos mecanismos para a solução de controvérsias atinentes ao provimento de políticas públicas. Em seguida, como caráter mediato, a reestruturação dos órgãos responsáveis pela concretude de demandas sociais, por intermédio de regulamentação e cooperação, representará importante mecanismo para a aplicação prática dos procedimentos dialéticos, bem como do Estado de Coisas Inconstitucional, como já citado alhures^[lxxiv].

9 - O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NACIONAL SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL

Tendo em vista todo o trabalho tecido alhures, é de fácil percepção uma montagem cronológica linear do posicionamento jurisprudencial sobre o tema tratado no presente trabalho. A clara percepção se dá pelo fato de que boa parte da matéria relativa aos princípios da reserva do possível e da razoabilidade, bem como no tocante ao Estado de Coisas Inconstitucional, deriva de construções teóricas sedimentadas em julgados, sendo de escassa (ou vazia) positividade legal. Importante salientar que os julgados a seguir brevemente apresentados derivam, em pesada maioria, de matérias afetas à saúde e à educação, sendo relevante mencionar a pertinência da reserva do possível para muitas outras áreas, como os demais serviços públicos e a Previdência Social (que, em brutas palavras, também é uma espécie de serviço público).

A seguir, serão traçadas as linhas mestras da Reserva do Possível na jurisprudência brasileira, sendo despidendo mencionar os julgados já apresentados sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, embora seja necessário que o leitor faça um paralelo cronológico de ambos os institutos, eis que relacionados.

Em matéria de saúde, o STF teve a oportunidade de apreciar dois Recursos Extraordinários^[lxxv] com situação semelhante: menor impúbere que, sendo portador de doença degenerativa grave, dependia de medicamento não fornecido ciclicamente pelo Poder Público. Em ambos os casos, o Pretório Excelso acolheu os argumentos dos requerentes no que toca ao fornecimento estatal dos medicamentos, mas não se aprofundou nas questões teóricas referentes à reserva do possível, limitando-se a considerar os recursos financeiros do Estado (gênero) como interesses secundários, sendo sua função prioritária, sim, o cumprimento do mínimo existencial. Em ambos os casos, não houve aprofundamento por parte das Fazendas Públicas sobre a questão orçamentária objetiva, limitando-se aos argumentos de praxe.

Voltando ao campo educacional, também no ano de 2004, em sede de controle concentrado de constitucionalidade^[lxxvi], o STF discutiu sobre a pertinência constitucional de determinada lei federal que regulava a transferência de aluno de curso superior em casos de mudança de lotação em serviço público.

Como o caso lembra cristalinamente o julgado alemão que originou a teorização da reserva do possível, asseverou-se a progressiva necessidade de oferecimento de vagas em consonância com as diretrizes e limitações do Orçamento. Como o direito à educação também pode ser classificado como uma prerrogativa sujeita à escassez, deve-se manter o raciocínio de que, como se trata de um direito social, deve ser primariamente oferecido a todos, sem distinção (corolário do princípio da isonomia), mas deve levar em conta as futuras ponderações por conta de limitações financeiras dos entes públicos. Como resultado, o Pretório Excelso advogou o entendimento de que as transferências universitárias *ex officio* são permitidas, mas subordinadas à adequação financeira no que toca à existência de vagas.

O devido aprofundamento das questões supra ocorreu no ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45^[lxxvii], na qual se questionava, originalmente, a vedação a dispositivo legal da lei orçamentária federal que, indiretamente, maculava o mandamento constitucional para direcionamento de parcela da receita para os serviços de saúde. Na ocasião, os doutos membros da E. Corte ressaltaram dois aspectos importantes: a progressiva concretização dos direitos sociais no decorrer da vivência governamental nacional e a possibilidade de instrumentalização da Reserva do Possível, desde que seja comprovada, de forma objetiva, a escassez orçamentária^[lxxviii]. O presente caso também representou um marco na evolução sobre o ativismo judicial, pois traçou um panorama básico sobre a possibilidade de intervenção judicial objetiva para a concretização de políticas públicas.

Também no ano de 2005, mas em matéria de educação, o STF analisou o Recurso Extraordinário nº 410.715^[lxxix], oportunidade em que se postulava o acesso de vaga em estabelecimento municipal de educação infantil, o que é garantido constitucionalmente. A retórica da Corte constitucional, assim como ocorre com outros direitos sociais, asseverou que o direito à educação é intangível à reserva do possível, merecendo ser devidamente tutelado pelo Poder Público. Porém, embora de profundidade teórica semelhante à ADPF nº 45/DF, o referido RExt. limitou-se a tutelar o direito social em litígio, não se aprofundando nas questões fáticas atinentes à municipalidade recorrente para efeitos de ponderação sobre a aplicação ou o afastamento da reserva do possível.

Partindo para o cenário da Previdência Social, no ano de 2008, o enunciado mais relevante sobre a clara aplicação da reserva do possível em tal ramo está no fato de que o Judiciário, via de regra, não está autorizado a conceder benefício previdenciário sem a correspondente fonte de custeio, em obediência à contributividade calcada como princípio constitucional da Previdência Social. No Recurso Extraordinário nº 431.904 [lxxx], a Corte asseverou que o Judiciário não pode ser legislador positivo, concedendo benefícios previdenciários ampliados pelo Poder Legislativo. Porém, quando tais benefícios derivam diretamente da Constituição Federal, é irrelevante levar-se em conta a referida fonte de custeio.

Em meados de 2009, a Suprema Corte brasileira, em matéria de direito à saúde, dá mais um passo na evolução de sua inteligência sobre a concretização de tal direito e sua conciliação à reserva do possível. Na Suspensão de Segurança nº 3741 [lxxxii], além de acolher os preceitos já lapidados pela ADPF nº 45, também faz uma análise objetiva e concreta do caso apresentado, permitindo uma conclusão lógica sobre a relativização do orçamento público ou não. Logicamente, o referido julgado ressaltou a necessidade de análise casuística para a aplicação ou não da reserva do possível, desde que a situação contemple os suportes necessários que permitam ao magistrado perquirir sobre as questões.

10 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, buscou-se apresentar ao leitor as dimensões envolventes ao princípio da Reserva do Possível, bem como sua relação com a concessão de serviços públicos e sua necessária consequência à abordagem do princípio da razoabilidade. Gradativamente, o presente trabalho atentou para as conceituações introdutórias e críticas sobre os principais subtemas que tratam da questão aqui tecida: Inicialmente, levantou-se a conceituação básica do que vem a ser *política pública*, partindo-se para sua relação com os direitos fundamentais sociais e suas principais nuances sobre a vinculação estatal.

Em seguida, trabalhou-se a delimitação do que vem a ser um serviço público, bem como das vertentes que levam a concluir sobre sua vinculação no que toca ao seu fornecimento por parte dos Poderes Públicos. Logo adiante, adentrou-se no tema da reserva do possível, sendo apresentados seus panoramas gerais, sendo ligados ao princípio da razoabilidade e, por fim, com o advento do estado de Coisas Inconstitucional. Buscando clareza dogmática, apresentou-se,

também, uma série de casos que envolvem a aplicação judicial da reserva do possível nos mais diversos ramos sociais, tais como saúde, educação e previdência social.

Aspecto que não deixou de saltar aos olhos desde o início do presente trabalho foi a inegável existência de uma possibilidade de que o afastamento da consideração da reserva do possível por parte dos órgãos do Poder Judiciário, se levado às últimas consequências, pode trazer prejuízos não aos cofres públicos, mas, sim à própria sociedade, visto que esta ficará desfalcada quanto ao atendimento de outras áreas de caráter deficitário.

O acolhimento, pelo Judiciário nacional, de teorias estrangeiras com o fim de remodelar a aplicação de políticas públicas (tais como o próprio Estado de Coisas Inconstitucional) trouxe consigo o incansável debate sobre a legitimidade democrática dos órgãos judiciais quanto à carta branca que dá para a concretização compulsória de políticas públicas. Se, por um lado, demonstra atendimento pleno aos anseios da sociedade com a devida prestação jurisdicional, por outro, termina por desconsiderar o sistema de freios e contrapesos delicadamente construído pela Constituição Federal.

Porém, é preciso que se leve em conta o fato de que a discussão travada sobre a legitimidade de tais mecanismos (e sua conseqüente desconsideração da Reserva do Possível como parâmetro relevante para a mensuração de políticas públicas na órbita judicial) deve escapar da esfera do Direito, sob pena de restar por superficial e infrutífera. Aqui, deve-se agregar elementos de cunho político e sociológico. Partindo-se do pressuposto schmittiano de que Política e Direito são frutos da cultura, mas, ainda assim, relativamente independentes, certo é que aquele primeiro causa reflexos neste, que se adapta conforme os anseios trazidos por quem está ao comando da máquina pública, vencedor do conflito político-eleitoral de sua época^[lxxxii].

Em outro plano, o sociológico, tem-se o argumento lógico de que o Judiciário, sendo faceta do próprio Estado, está cumprindo uma função que não vem sendo desempenhada por sua outra esfera (no caso, o Poder Executivo). Este discurso termina por fornecer uma pseudolegitimidade aos novos instrumentos judiciais de concreção de serviços públicos. Aqui, o prefixo "pseudo" não deriva

de crítica ou pouca consideração à referida aplicação, mas, sim, da tormentosa crítica que recebe no plano técnico jurídico.

Novamente, a solução ultrapassa a esfera jurídica, e fica fácil concluir dessa forma quando se leva em conta que o Direito é um instrumento para a concretização dos ideários e controles sociais, mesmo que constituído em ramo científico próprio. O Direito nada mais que representa o inconsciente de uma dada sociedade, servindo, pois, para supri-la. Os demais questionamentos remontam se outros instrumentos ainda não desenhados e inseridos no Direito, quando efetivos, carecem de legitimidade para influir numa política de Estado.

Com base na assertiva do final do parágrafo acima, a sugestão sobre positivar determinados critérios do Ativismo Judicial e do Estado de Coisas Inconstitucional parece, inicialmente, ser uma saída razoável. Porém, sabido é que a cultura jurídica brasileira é, *data vênia*, "esquizofrênica", pois parte da ideia de que a positivação de determinados critérios é a garantia para uma prioritária e ilusória sensação de segurança jurídica, o que não chega a ser bem verdade. O Poder Legislativo – é fato – não consegue acompanhar a dinâmica com que as relações sociais se modificam (relações cuja compreensão, diga-se de passagem, não podem ser compreendidas com base única na dogmática jurídica), o que termina por esvaziar parte do valor atinente a uma positivação legal.

Corroborando com esse pensamento, leva-se em conta que os mecanismos que visam à concessão de políticas públicas pela via judicial não se embasam em parâmetros exatos e taxativos – permita-se a comparação, não é, *verbi gratia*, como a concessão de liberdade provisória do Processo Penal, cujos requisitos estão enumerados em lei e permitem relativa segurança quanto ao trabalho intelectual de subsunção do fato à norma – previstos no ordenamento jurídico: a análise dos casos que levam à concretização da atividade jurisdicional em tais casos concentra-se em ideários axiológicos (princípios jurídicos), que possuem densidade altamente abstrata e, ao mesmo tempo, permitem mais amplo trabalho quanto à prestação ao jurisdicionado.

Se a adoção pura de princípios jurídicos quanto à concessão de tutela judicial de políticas públicas pode levar à insegurança, sua positivação como pressuposto para legitimar a atuação do Poder Judiciário representa igual absurdo, visto que impõe limites à atividade sensível do julgador quanto a uma

devida apreciação fática. Diante de todo o exposto, certo é que a ameaça de ilegitimidade da atuação da esfera judiciária quanto à concessão de políticas públicas demanda diálogo entre os Poderes no que tange à aquisição de informações e maiores esclarecimentos sobre a situação financeira/ política de cada Ente Federativo.

Como é de difícil comprovação a intenção deliberada de uma pessoa jurídica de direito público de descumprir com suas obrigações (visto que as decisões de cúpula são de cunho político, o que as retiram dos braços da legalidade e do binômio certo-errado), certo é que a transparência na comunicação entre as autoridades permitirá maior sensibilidade jurisdicional quanto à mensuração de suas atitudes, sem que termine por adentrar de forma invasiva nas atividades típicas dos outros Poderes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 Lições sobre Carl Schmitt**. 2ª Edição. Petrópolis: Vozes, 2014.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 22/12/2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em 2 de setembro de 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Lei 9.868/1999.**

BRASIL. **Estatuto da Cidade.**

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 237/1997.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF.** Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715/SP.** Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. DJ, 03 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS.** Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/08/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 195.192/RS.** Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. DJ, 31 de março de 2000;

BRASIL, Supremo Tribunal federal. **Recurso Extraordinário nº 267.612/RS.** Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Augusto Seleprion. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de agosto de 2000. DJ, 23 de agosto de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324/DF.** Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16 de dezembro de 2004. DJ, 05 de agosto de 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 Distrito Federal.** Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira – PASB. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de janeiro de 2004. DJ, 04 de maio de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715/SP**. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. DJ, 03 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 431.904/SC**. Agravante: Amélia de Nardin Menoncin. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de agosto de 2008. DJ, 29 de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3741/CE**. Requerente: Município de Fortaleza. Requerido: Relator do Mandado de Segurança nº 2008.0040.0417-1 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 27 de maio de 2009. DJ, 03 de junho de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.389.952/MT**. Recorrente: Estado do Mato Grosso. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 3/6/2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 16/10/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3 ed. re. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Inocêncio Martires. **As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. IN: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137, p. 157-164, jan/1998.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Del Colômbia. **Sentencia de Unificación nº 559.**

CUNHA Jr. Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: <<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 31/07/2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Manual de Direito do Trabalho.** 14 ed. São Paulo: Letra dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão.** 6 ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 9 ed. Brasília: Lumen Juris, 2009.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência Administrativa e Ativismo Judicial. Escolhas Orçamentárias, Políticas Públicas e o Mínimo Existencial Social.** Curitiba: Editora Íthala, 2015.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **Jurgen Habermas: Filósofo do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em Torno da Reserva do Possível – Uma Análise Crítica.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15 ed. rev., ref. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 34 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Mireuza Rangel de Souza. **Os Direitos Fundamentais Sociais sob a Ótica do Constitucionalismo Contemporâneo – Sua Aplicabilidade Frente aos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível**. Publicações da Escola da AGU: Curso de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte: EAGU, Ano V, n 30, Vol. 1, set. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2 ed.rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

SILVA, Liliane Coelho da. [Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais](#). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, [ano 17, n. 3250, 25maio 2012](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21850>>. Acesso em: 21 jun. 2016

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 16/10/2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 2 de setembro de 2016.

NOTAS:

[i] Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2 ed.rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 102.

[ii] LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência Administrativa e Ativismo Judicial. Escolhas Orçamentárias, Políticas Públicas e o Mínimo Existencial Social**. Curitiba: Editora Íthala, 2015. P. 75.

[iii] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51.

[iv] CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 54.

[v] Pode-se dizer que, aqui, adotou-se a concepção de serviços públicos como *serviços sociais*. Abordando o tema, Carvalho Filho assinala que “são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos. Evidentemente, tais serviços, em regra, são deficitários, e o Estado os financia através dos recursos obtidos junto à comunidade, sobretudo pela arrecadação de tributos”. IN: *op. cit.* p. 333.

[vi] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p 154.

[vii] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 579.

[viii] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pp. 209-210.

[ix] PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 206-207.

[x] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* pp. 598-613.

[xi] LUSTOZA, Helton Kramer. *Op. cit.* P. 30.

[xii] DELGADO, Maurício Godinho. **Manual de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: Letra dos Tribunais, 2015. pp. 97-102.

[xiii] MENDES, *op. cit.* p. 183.

[xiv] MENDES, *op. cit.* p. 690.

[xv] In: SILVA, Liliane Coelho da. **Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais**. Revista **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3250, 25 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21850>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

[xvi] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. DJ, 03 de fevereiro de 2006.

[xvii] BONAVIDES. *Op. Cit.* pp. 582-583.

[xviii] AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 216.

[xix] TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária*. IN: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.* pp. 71-72.

[xx] ALEXY *apud* MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em Torno da Reserva do Possível – Uma Análise Crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 74.

[xxi] Por todos, conferir HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. 6 ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

[xxii] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 106.

[xxiii] Veja-se os arts. 21, 23, 25 §2º e 30 da CRFB. Tal rol é exemplificativo, já que outras atribuições estão espalhadas por todo o texto da Lei Maior.

[xxiv] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229.

[xxv] MENDES, Gilmar Ferreira. *Op cit.* p. 260.

[xxvi] ROCHA, Mireuza Rangel de Souza. **Os Direitos Fundamentais Sociais sob a Ótica do Constitucionalismo Contemporâneo – Sua Aplicabilidade Frente aos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do**

Possível. Publicações da Escola da AGU: Curso de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte: EAGU, Ano V, n 30, Vol. 1, set. 2013. p. 280.

[xxvii] LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9 ed. Brasília: Lumen Juris, 2009. [s.p.].

[xxviii] Vale lembrar que, legitimamente, não é plausível alegar unicamente a questão orçamentária como base para a reserva do possível. Ver LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”.in: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti. *Op. Cit.*p. 173.

[xxix] CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti. *Op. Cit.* p. 176.

[xxx] Trata-se do BVerfGE 33,303, cuja análise clara pode ser tirada do seguinte excerto: “Na oportunidade, foram julgados dois controles concretos de constitucionalidade, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera, ambos relacionados às regulamentações editadas pelas universidades locais, nos anos de 1969 e 1970, para a admissão de estudantes no curso de medicina. Conforme entendeu o Tribunal Constitucional Federal, estava sob exame a constitucionalidade da limitação absoluta imposta pelas normas editadas pelas universidades que, sob o argumento da insuficiente capacidade de ensino, restringiram a admissão de estudantes no curso de medicina, como condição necessária para sua manutenção. [...]. Segundo a Corte, o direito à admissão em cursos universitários decorre dos direitos fundamentais à livre escolha do local de ensino e da profissão, bem como dos princípios da igualdade e do Estado Social, que regem o ordenamento constitucional alemão. [...] Em suma, o Tribunal Constitucional Federal considerou que a imposição de limitações absolutas para o ingresso de estudantes nas universidades alemãs somente seria constitucional, segundo o estágio da experiência social, se **1)** for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação(...), e quando **2)** a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação (...).” In: MOREIRA, Alinie da Matta. *Op. Cit.* pp. 52-55.

[xxxi] SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Op. cit.* pp. 34-35.

[xxxii] POLLACK, Malla. O alto custo de não se ter direitos positivos: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Op. cit.* pp. 331-337.

[xxxiii] SILVA, Liliane Coelho da. *Op. cit.*

[xxxiv] BVerfGE 33,303, de 18 de junho de 1972. In: MOREIRA, Alinie da Matta. *Op. Cit.* p. 84.

[xxxv] Não é raro encontrar, no cotidiano das Procuradorias, Contestações cuja matéria se limita a afastar o pleito autoral pelo fato de a Administração já ter tomado as medidas necessárias para pôr em disponibilidade do autor os medicamentos e procedimentos necessários, bem como a expedição de ofícios às autoridades hospitalares para a tomada das medidas cabíveis.

[xxxvi] TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 109.

[xxxvii] BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 262-263.

[xxxviii] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 93.

[xxxix] MUSSNICH, Francisco Antunes Maciel e TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Princípio da Razoabilidade (no Direito Tributário). IN: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 1163.

[xl] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 42.

[xli] CARVALHO, Matheus. *Op. Cit.* pp. 113-116.

[xlii] CARVALHO, Matheus. *Op. Cit.* p. 114.

[xliii] "Objeto" vem a ser a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar. "Motivo", por sua vez, representa a situação de fato e direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo. IN: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pp. 111-113.

[xliv] NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 278-279.

[xlv] Alguns casos serão trabalhados ao final do presente trabalho.

[xlvi] BARROSO, Luís Roberto *apud* TRAVASSOS, Marcelo Zeni. Proporcionalidade. IN: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (orgs.). *Op. Cit.* p. 1096.

[xlvii] MOREIRA, Alinie da Matta. *Op. cit.* p. 146.

[xlviii] CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação. IN: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Op. cit.* pp. 180-181

[xlix] Sentencia de Unificación nº 559. Resuelve: Primero.- **DECLARAR** que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable. Segundo.- **ORDENAR** que para los efectos del numeral primero se envíe copia de esta sentencia al Ministro de Educación, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director del Departamento Nacional de Planeación y a los demás miembros del CONPES Social; a los Gobernadores y las Asambleas Departamentales; y a los Alcaldes y los Concejos Municipales. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 31/07/2016.

[i] CUNHA Jr. Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 31/07/2016.

[ii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/08/2015.

[iii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015.

[liii] Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998

[liv] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 16/10/2016.

[lv] STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 16/10/2016.

[lvi] SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.* p. 133.

[lvii] Idem. p. 142.

[lviii] STRECK, Lênio Luiz. *op cit.*

[lix] VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 2 de setembro de 2016. p. 21.

[lx] VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Op. Cit.*. pp. 24-25.

[lxi] BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 22/12/2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em 2 de setembro de 2016.

[lxii] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. Apud LUSTOZA, Helton Kramer. *Op. cit.* p. 213.

[lxiii] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.389.952/MT. Recorrente: Estado do Mato Grosso. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 3/6/2014.

[lxiv] AMARAL, Gustavo *apud* LUSTOZA, Helton Kramer. *Op. cit.*. p. 241.

[lxv] RESOLUÇÃO CONAMA nº 237, art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

[lxvi] Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

II – debates, audiências e consultas públicas;

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

[lxvii] Lei 9.868/99. Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[lxviii] Cite-se, na presente ocasião, a ADPF nº 54, onde a C. Suprema Corte brasileira recebeu pareceres de entidades representativas para melhor embasamento das decisões futuras, como a oitiva da ANIS – Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero.

[lxix] VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Op. Cit.*. p. 31.

[lxx] *Idem.*

[lxxi] HABERLE, Peter *apud* COELHO, Inocêncio Martires. **As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro.** IN: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137, p. 157-164, jan/1998.

[lxxii] LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”.* IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Op. cit.* p. 165.

[lxxiii] HABERMAS, Jürgen *apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: Filósofo do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 185.

[lxxiv] VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Op. Cit.*. p. 28.

[lxxv] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. DJ, 31 de março de 2000; BRASIL, Supremo Tribunal federal. Recurso Extraordinário nº 267.612/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Augusto Seleprion. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de agosto de 2000. DJ, 23 de agosto de 2000.

[lxxvi] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16 de dezembro de 2004. DJ, 05 de agosto de 2005.

[lxxvii] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 Distrito Federal. Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira – PASB. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de janeiro de 2004. DJ, 04 de maio de 2004.

[lxxviii] MOREIRA, Alinie da Matta. *Op. cit.* p. 216.

[lxxix] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. DJ, 03 de fevereiro de 2006.

[lxxx] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 431.904/SC. Agravante: Amélia de Nardin Menoncin. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de agosto de 2008. DJ, 29 de agosto de 2008.

[lxxxii] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3741/CE. Requerente: Município de Fortaleza. Requerido: Relator do Mandado de Segurança nº 2008.0040.0417-1 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 27 de maio de 2009. DJ, 03 de junho de 2009.

[lxxxiii] ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 Lições sobre Carl Schmitt**. 2ª Edição. Petrópolis: Vozes, 2014. pp. 58-59.

ADMISSIBILIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA PARA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO

JÚNIOR BARRIENTOS MONTEIRO DE SOUZA:
Acadêmico de Direito na Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho analisa o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, onde em seu julgamento, decidiu ser inconstitucional a condução coercitiva para o interrogatório do réu, investigado ou acusado. Dessa forma esse artigo terá como princípio demonstrar que esse entendimento não é válido. Com base em estudos do direito moderno bem como análise principiológica e com embasamento, sempre da sociedade, e sua segurança jurídica, o trabalho minuciara todo o fundamento do atual entendimento da suprema corte. Concluirá ao termino do que é aplicável ao nosso ordenamento jurídico, e no atual cenário de política criminal, enfatizando que não é uma subespécie de prisão, tão pouco não fere nenhum princípio constitucional.

Palavras-chave: interrogatório; defesa; posicionamento; prisão; e princípio. constitucionalidade, consumo, pessoal, usuário, drogas.

ABSTRACT: The paper analyzes the current position of the Federal Supreme Court, where in its judgment, it was decided that coercive conduct for the interrogation of the defendant, investigated or accused, was unconstitutional. In this way this article will have as principle to demonstrate that this understanding is not valid. Based on studies of modern law as well as analysis of principles and principles of society, and its legal certainty, the work will undermine the whole foundation of the current understanding of the supreme court. It will conclude at the end of what is applicable to our legal system, and in the current scenario of criminal policy, emphasizing that it is not a subspecies of imprisonment, nor does it violate any constitutional principle.

Key words: questioning; defense; positioning; prison; and principle.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Interrogatório. 1.1 Definição. 2.Histórico. 3.Liberdade de Locomoção do Indivíduo. 4.Natureza do Interrogatório.5. Polícia Judiciária. 6. Procedimento para Realização da Condução Coercitiva. 7. Ampla Defesa. 8.Tese Discutida. 8.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. 8.2. Prisão. 8.3. Princípio Da Presunção Da Não Culpabilidade Ou Princípio Da Presunção De Inocência. 8.4. Retrocesso. 8.5. Aumento No Número De Prisões Cautelares. 8.6. Direito Comparado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fundamento arguir e defender a possibilidade de que o ordenamento jurídico nacional, admiti a condução coercitiva para o interrogatório do acusado, e com isso o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não foi acertado.

Ao longo da explanação o trabalho buscará, com uma análise do direito, e princípios relacionados, e argumentos sociológicos, concluir os motivos pelo qual é admissível o mecanismo coercitivo de ouvir o acusado, (réu, suspeito, indiciado), para o interrogatório.

Veremos ainda, que a ideia de que a condução ser uma espécie de prisão é errônea, pois possui diferenças exorbitantes, como por exemplo, condução é um mero acompanhar, é fazer com que o indivíduo cumpra, os ditames da lei, não cerceando sua liberdade, não tendo nenhum dos seus direitos consagrados na constituição diminuídos, pelo contrário, posto em exaltação.

Vale salientar que o trabalho buscará, através de uma análise histórica indicar a evolução da maneira que se fazia o interrogatório, nos quais os indivíduos não possuíam amparo, sendo vistos com sujeitos ausentes de direitos.

Em momento oportuno, será exposto que não há violação a defesa, mas que o ato de interrogatório é um complemento por vezes aos pressupostos de defesa do agente interrogado.

O ponto mais relevante é de que no dia 14 de junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal, em um processo de Julgamento de Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444, julgou inconstitucional o termo “para o interrogatório”, disposto no artigo 260 do Código de Processo.

A Suprema Corte, baseou-se seu entendimento no argumento que este fere o princípio da presunção da não culpabilidade e que pode considerar tal instrumento como uma forma de prisão cautelar.

Assim, como tema ainda possui pontos controvertidos, bem como não há concordância unânime, nem mesmo entre os ministros que julgaram inadmissível.

Justifica-se a escolha da problemática com o objetivo de contribuir para melhor entendimento, e demonstrar que os íclitos julgadores, precisam reavaliar todos os pontos com maior cautela.

Esclarecemos que o trabalho sempre buscará em sua base o cumprimento aos princípios constitucionais, em observância a dignidade da pessoa humana, mas colocando a dignidade de uma sociedade mais justa e mais contributiva com a justiça.

1. Conceito de Interrogatório

Pode-se conceituar o interrogatório como um ato realizado dentro da persecução penal, no qual autoridade (policial ou judiciária), irá ouvir o acusado, ou investigado, sobre os fatos que lhe são imputados, ou seja, é nesse momento que o hipotético autor dos fatos poderá traçar a sua versão do ocorrido, e querendo, demonstrar sua autodefesa.

O procedimento é um ato personalismo, não podendo ser feito por terceiro, ainda que por procurador com poderes especiais.

1.1. Definição e Procedimento de Condução Coercitiva Para Interrogatório

Podemos caracterizar a condução coercitiva como uma medida impositiva de levar os sujeitos do processo ou investigação, como ofendidos, testemunhas, acusados ou peritos, independentemente de suas vontades, a presença de autoridades policiais ou judiciárias, com o escopo de ser colhido seu depoimento ou sendo o caso proceder a realização do interrogatório.

Cabe aqui expor a explicação do autor, Noberto Avena:

"a autoridade judiciária no curso do processo e também a autoridade policial no correr do inquérito policial podem determinar a condução do acusado/investigado a sua presença. Considera-se, para tanto, que o art. 144, § 4º, da Constituição Federal atribuiu às policiais civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. Sendo assim, por força da doutrina americana intitulada Teoria dos Poderes Implícitos, incorporada ao nosso ordenamento, faculta-se a autoridade policial adotar todas as providências necessárias para que seja realizada tal apuração, inclusive a própria condução do suspeito para prestar informações sobre o fato investigado, desde que respeitadas, obviamente, as garantias legal e constitucionalmente estabelecidas [...]". (AVENA, Processo Penal Esquematizado, p. 179-180)

Assim, a legislação nacional, mais especificamente, o Código de Processo Penal Impõe requisitos para que seja procedida a condução coercitiva sendo estas: Intimação/comunicação para comparecimento ao ato; e recusa injustificada de quem foi intimada ou não compareceu ao ato.

Esses requisitos vêm da ideia de que vivemos em uma sociedade civilizada e não em um cenário de rudezas, onde não é aprovável para ouvir uma pessoa, possa sujeita-la a essa ferramenta, sem ao menos dar a oportunidade de comparecimento espontâneo.

Os órgãos que pode realizar o ato seria a Policia Judiciaria (civil ou federal), e judiciário (estadual ou federal).

O objeto de estudo do presente trabalho é o fato de que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, inadmissível a condução coercitiva "para o interrogatório", taxando esse termo como inconstitucional, o qual abordaremos em outro momento.

2.Histórico

Surgiu na idade média, no período conhecido como “Idade das Trevas”, onde se tinha uma dominação eclesial, da igreja católica e protestante, onde os interrogatórios eram realizados com extrema violência e meios cruéis, tudo com intuito de retirar das pessoas as respostas que queriam ouvir.

Passada a idade das trevas, o instituto estudado foi inovado, passando a valer também de um momento no qual o acusado não seria coagido de maneira cruel a responder as perguntas dirigidas a si. E dessa nova forma des se conduzir o interrogatório tivemos como seu pioneiro países como Portugal, Alemanha e França, como leciona a autora Aline Lacovelo Del:

“Ainda no século XIV reformas em Portugal foram feitas por Dom Pedro I e Dom João I; Na França, em 1359 e, na Alemanha, em 1532 retornavam ao sistema acusatório. No século XVIII, com o advento do princípio liberal, determinou-se profundas modificações no processo penal. Com a prevalência da idéia liberal e individualista, nesse retorno ao sistema acusatório, o interrogatório muda de aspecto. Assegura-se ao acusado a possibilidade de, conscientemente, tornar-se o árbitro exclusivo sobre o "se" e o "como" de suas respostas. O "privilege against self-incrimination" da V Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América representa a garantia da liberdade de consciência do réu submetido a interrogatório. E no momento em que o acusado pode opor-se ao acerto da verdade, mediante sua recusa em responder, surge para ele um direito que visa substancialmente colocar um limite à busca da verdade.” (DEBS, 2002, p.1).

Já em nossa nação o interrogatório teve forte influência do sistema criminal europeu, em que, a interpretação do interrogatório foi tomada como meio de prova, tanto é que a previsão legal desse procedimento, está situado no Código de Processo Penal brasileiro no “Título VII- Da Prova”, temos discussões jurisprudenciais e doutrinarias, até os dias de hoje, posicionando no sentido de que fosse esse como meia defesa, meio de prova ou natureza híbrida.

3.Liberdade de Locomoção do Indivíduo

Artigo 5º, inciso “XV” da Constituição Federal, nos esclarece que todos possuem o direito de ir e vir, desde que o Estado esteja em tempo de paz.

Podemos inferir que nosso ordenamento constitucional, deixou estabelecido que a liberdade seja incondicional e plena, mas essa não pode ser entendida como absoluta.

Nessa esteira, a liberdade do indivíduo possui limitações, pois como todo direito singular, é superado pelo da coletividade, destarte, o direito de locomoção é precipuamente medido com base no de outrem.

No contexto ora abordado, vemos que na própria lei maior prevê restrições ainda que de forma implícita, como exemplo, ilicitude dos fins, devido processo legal, dentre outros, dando ênfase ao artigo 5º, inciso XXXV da nossa Carta Política, que dispõe:

“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito” (REPÚBLICA, Constituição da República Federativa do Brasil, art.5º, XXXV)

Portanto, a jurisdição é inafastável, mesmo que para isso tenha de se valer de mecanismos que tenham por base serem mais desagradáveis, pois, o que vale para que tenhamos uma ordem jurídica estável é o direito da coletividade, não podendo colocar, tranquilidade de pessoas acusadas, indiciadas, denunciadas, acima da verdade real, e do direito de todos de viver em uma sociedade que tenha segurança estimada.

Logo, temos em outra frente a Teoria dos Poderes Implícitos, teremos a ideia que a carta magna, deixou velado que para deliberados propósitos, deve tolerar mecanismos importunáveis, outorgando atribuição a determinado órgão e possibilidade de concretizá-los, mas sempre respeitando os princípios, e os direitos estabelecidos nela.

O autor Noberto Avena exemplificou essa ideia claramente, conforme vemos a seguir:

“Teoria dos Poderes Implícitos é aquela pela qual se entende que, se a Constituição Federal estabelece determinados fins, deve também permitir a utilização dos

meios necessários para alcança-los, respeitadas, sempre, as garantias estabelecidas pela própria Carta Magna em prol do indivíduo. Ora, aplicada essa doutrina à hipótese em exame, infere-se que o objetivo de elucidação das práticas criminosas é consentâneo com a condução coercitiva dos investigados por ordem do delegado de polícia sempre que essa providência revelar-se efetivamente necessária.” (AVENA, Processo Penal Esquematizado, p. 179-180.)

4. Natureza do Interrogatório

A doutrina possui quatro correntes a respeito da natureza jurídica do interrogatório, a primeira de que o ele fosse meio de prova, a segunda meio de defesa, a terceira híbrida, a quarta seria de que a inquirição iniciasse como meio de defesa, e de maneira subsidiária seria meio de prova.

Entendemos que o interrogatório possui natureza híbrida, logo é preciso considera-lo meio de defesa e meio de prova, pois, o interrogado pode se valer do direito de permanecer em silêncio, não haverá informações probatórias, porém, caso ele não permaneça em silêncio além da oportunidade de impor sua autodefesa, estará produzindo material probante.

Nos dizeres de Nucci:

“Note-se que o interrogatório é, fundamentadamente meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo.” (NUCCI, 2009, p. 404).”

Cabe destacar, que o interrogatório, conforme a sua forma de ser elaborado prevista no Código de Processo Penal, possuem duas partes, a primeira trata-se sobre a pessoa do interrogado, ou seja, sua qualificação, nessa primeira parte não ocorre direito ao silêncio, pois nada está sendo-lhe. A segunda será

sobre os fatos ou acusação a ele imputado, então deverá ser respeitado o direito de não produzir prova si mesmo.

Podemos então concluir que, interrogatório não possui apenas uma natureza jurídica, mas também uma natureza identificadora, autoridade a que está dirigindo uma investigação, a exemplo, poderá colher dados pessoais que por vezes, se torna inacessível, o que ajudaria a conduzir uma melhor apuração do ocorrido.

5. Polícia Judiciária

Oportuno o momento para tecer considerações acerca da condução coercitiva policial.

Como instituição constitucionalmente vocacionada, à investigação criminal (artigo 144, §§1º e 4º da Constituição Federal), pode e deve velar de todos os meios e modelos disponibilizados pela constituição e pela legislação infraconstitucional a fim de colher os elementos informativos e probatório que evidenciem a materialidade e autoria do crime.

Como exemplo, ressaltamos a pessoa em suposta situação de flagrante (artigo 304 do Código de Processo Penal), é perfeitamente válida a captura e a condução coercitiva do suspeito à delegacia. Mesmo que, ao final da audiência primária de apresentação, a autoridade policial, entenda pela não lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.

De toda maneira, com tal encaminhamento do suspeito à delegacia permite-se a documentação do fato, o que se afigure de grande interesse à persecução penal.

Em idêntico sentido, é perfeitamente possível a captura e a condução de detentores de imunidade, pois, é uma questão de cessação de riscos sociais, bem como, novamente, de necessidade de registro dos fatos.

Menciona-se também a possibilidade de condução de pessoa a qual sob a qual tenha suspeitas de ser objeto de um mandado de prisão (artigo 290, §2º, c/c artigo 289-A, §5º, do CPP). Nesse caso, nem se sabe quem é o suspeito (ou

nem se pode precisar se ele é mesmo sujeito de um mandado de prisão), contudo, a legislação permite sua detenção e condução precária.

Dessa maneira, analisamos por essa vertente, a possibilidade de o delegado conduzir suspeitos, para o interrogatório, deve ser manifestamente legal, em decorrência da missão constitucional da polícia judiciária.

6. Procedimento para Realização da Condução Coercitiva.

Abordaremos agora o procedimento o qual o Código de Processo Penal Brasileiro, utilizou para ser legítima a condução coercitiva.

Nossa legislação processual penal, deixou previsto que, se acusado, e aqui temos que inferir que também, cabe ao indiciado, investigado, suspeito, se esse não corresponder à intimação para o interrogatório, essa sendo policial ou judiciária, poderá ordenar a sua condução até a presença.

Conforme o dispositivo que aqui afixamos

“Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. (Vide ADPF 395) (Vide ADPF 444) Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.” (CPPB, Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941)

Conforme depreende, têm outros atos que se faz necessário a presença do sujeito passivo da persecução penal, o qual poderá autoriza-lo mandar conduzi-lo coercitivamente a sua comparência.

Relevante expor que, no caso do não comparecimento, mesmo esse não sendo justificado, e estando devidamente intimado, não é pressuposto de prisão preventiva, tendo em mente que o encarceramento provisório possui pressupostos próprios, de natureza cautelar, com fulcro na restrição da liberdade do indivíduo.

Diante do exposto, a pessoa podendo ser sujeita a ação penal, ou que esteja essa já incorrendo sob sua pessoa, poderia ser sim conduzido a presença da autoridade policial, sem que viesse a sofrer qualquer violação ao princípio “nemo tenetur se detegere”.

O qual subscrito termo principiológico, resguarda o direito de o sujeito não se auto incriminar, já que ele não é objeto de prova.

Nesse passo, podemos compreender, de forma harmônica com a carta política e nosso Código de Processo Penal, os indivíduos que estão sendo investigados ou processados, poderia, sem infringir suas prerrogativas, ser forçado a comparecer a presença da determinada autoridade.

É verídico e legal, que ninguém é obrigado a constituir provas contra si mesmo, desse modo não seria compelido ao interrogado, que ele respondesse as perguntas sobre aquilo que é acusado, podendo responder parcialmente ou até mesmo manter-se em silêncio o que não seria visto como prejuízo para si mesmo.

O direito do interrogando, de não sofrer abusos dentro do interrogatório, é protegido pelo Estatuto da OAB, o qual prevê:

“Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)” (LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994.)

Fica evidente que mesmo durante, o interrogatório, sob pena nulidade absoluta, o ato deve ser devidamente acompanhado por seu advogado, mesmo esse estando sem procuração, garantindo mais ainda que seus direitos sejam devidamente respeitados.

Em contrapartida, como esse faz parte do processo, deve sim ser conduzido, até a presença da incumbida autoridade, como as testemunhas, peritos e vítima.

Em vista disso, não há defeso legal que implique a não condução do indivíduo, mas uma nota permissiva, cabe lembrar que, o Código de Processo Penal, veio antes da nossa carta magna, tendo sido recepcionado em grande parte, como está aqui discutida.

7. Ampla Defesa.

Antes de adentrar na derradeira discussão cabe definir o ato de defesa do imputado criminalmente, antes de delinear esse ponto, ressaltamos que abordaremos a ampla defesa no sentido criminal, não abrangido por outras esferas do direito, não sendo aqui o escopo do presente trabalho.

A Ampla Defesa está consagrada na Constituição Federal no artigo 5º inciso, LV, referindo, sendo a garantia ao cidadão de que terá seu direito a tutela resguardado, e com isso, poderá de todos os meios legais, se defender.

Esse princípio é subdividido em dois pontos, o primeiro é a Autodefesa, consistente naquela a qual o acusado irá se defender de forma direta e pessoalmente, é uma defesa personalíssima inerente ao acusado, sobre aquilo que lhe é imputado. Aqui podemos dizer que um dos momentos os quais o acusado se usa de sua autodefesa é no interrogatório.

Outra ramificação do exposto princípio é a defesa técnica, a qual será realizada por um terceiro, sendo procurador legalmente habilitado com os devidos poderes para o processo, ou seja, pessoa constituída, pelo próprio acusado, caso não, pelo próprio juízo, sendo essa obrigatória.

Assim, podemos concluir que para alcançar uma ampla defesa completa muitas vezes é necessário a realização do interrogatório, pois é nesse que teremos união da autodefesa e a técnica.

8. Tese Discutida

8.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

No dia 14 de junho de 2018, o STF, em uma votação apertada, por 6 a 5, no processo de julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444, julgou inconstitucional o termo “para o interrogatório”, disposto no artigo 260 do Código de Processo Penal (esse já citado em outro momento), exemplificando, diz que o acusado que não atender a intimação, poderá ser conduzido até autoridade para que seja procedido o interrogatório.

A maioria dos ministros seguiram nos moldes do voto do relator Gilmar Mendes, salientando que o procedimento seria uma restrição a liberdade de locomoção, ou seja, uma subespécie de prisão cautelar, e violação do princípio da presunção da não culpabilidade.

Com esse novo posicionamento, o acusado, se for conduzido coercitivamente exclusivamente para realizar o interrogatório, será visto como ato ilegal, devendo a autoridade a que emitiu a ordem ser responsabilizada, com fundamento de que tal prática seria cerceamento da defesa do conduzido, e uma medida restritiva de liberdade.

Cabe salientar que as testemunhas, peritos, até mesmo os ofendidos podem ser conduzidos coercitivamente para colher seu depoimento. Nesse passo, apontamos que, os menores, abrigados Pelo Estatuto da Criança e Adolescentes, se devidamente notificados não comparecerem para audiência de apresentação, podem então ser conduzidos coercitivamente até a presença da derradeira autoridade (Artigo, 187, do ECA).

Conforme exposto, a nova tese só é válida para os acusados e réus, mas se em um caso concreto, dentro da persecução penal, houver necessidade de suceder outro ato como, reconhecimento, ao investigado ainda poderá ser imposta a sua apresentação forçada, como dito anteriormente, a renomada decisão apenas proíbe para o “interrogatório”.

8.2. Prisão

Podemos conceituar que prisão, é a restrição da liberdade de locomoção determinado por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente ou em caso de flagrante delito (art.5º, LXI, da CF).

Nas palavras do doutro doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho, lecionada o que seria prisão:

“A supressão da liberdade individual, mediante a clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012-p.429)

Dentro do nosso ordenamento possuímos uma variada gama de espécies de prisões, sendo:

- a) prisão civil: atualmente usada apenas para devedor alimentício.
- b) prisão administrativa: unicamente militar.
- c) prisão para averiguação: era aquela determinada pela autoridade policial, a qual não foi recepcionada pela atual carta magna.
- d) prisão-pena ou decorrente de sentença condenatória irrecorrível: é aquela derivada de uma sentença condenatória transitada e julgada.
- e) Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível: preceituada no art. 393 do Código de Processo Penal, que impõe como efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão.
- f) prisão sem pena ou provisória: conhecida como prisão provisória, é aquela com o fim de assegurar uma melhor investigação criminal, ou melhor andamento do processo, com o escopo de impedir que o sujeito solto venha incidir novos ilícitos.
- g) temporária: aquela representada pela autoridade policial, ou Ministério Público e se fundamentada com ordem judicial, para assegurar o melhor seguimento das investigações.

h) prisão preventiva para assegurar o ato de entrega: o Tribunal Penal Internacional poderá requerer um pedido de detenção e entrega de uma pessoa a qualquer estado em cujo território essa pessoa possa estar.

Cabemos esclarecer que o recolhimento domiciliar, erroneamente conhecida como prisão domiciliar, é apenas uma medida cautelar, diversa da prisão.

Não podemos deixar de citar nesse presente trabalho, que atualmente, as autoridades judiciárias, com base em outra decisão do Supremo Tribunal Federal vêm aplicando, uma nova espécie de prisão, sendo derivada do cumprimento antecipada da pena, após a confirmação da condenação por um órgão colegiado.

Ora, não podemos aqui ter como verídico que conduzir uma pessoa coercitivamente seria uma supressão da liberdade de locomoção do indivíduo, uma vez que são variados os fatores.

Se for tomado como verdade, estaríamos colocando em prisão os ofendidos, testemunhas e peritos, até mesmo os amparados pelo ECA, tomando como mais excêntrico seria a vítima, pois muitas vezes essa estaria sendo duplamente vítima, uma pelo seu agressor, outra pelo próprio Estado, que em tese estaria privando de sua liberdade de locomoção.

Conforme exposto nosso ordenamento possui uma gama variada de prisões, em nenhum momento, não houve como enquadrar a condução de uma pessoa para o interrogatório como uma de suas espécies, ou estar situadas em alguma delas.

8.3. Princípio Da Presunção Da Não Culpabilidade Ou Princípio Da Presunção De Inocência

Fruto da nossa constituição cidadã, será aplicado no âmbito do direito penal, o qual reservará um estado de inocência ao acusado de ter inferido em umas das condutas rotuladas como infração penal.

Tal vertente principiológica impõe ao Estado e seus representantes aplicadores da lei penal, ao se depararem com um caso concreto, reserva ao cidadão, o direito de ser visto como inocente aos olhos da justiça, até que se

esgote todos os meios inerentes a sua defesa, para que sendo o caso após uma sentença transitada julgada, dentro do devido processo legal possamos ter justiça plena.

Em outras palavras, o princípio da presunção de inocência exerce o papel fundamental de esquivar o cerceamento da liberdade, em face daquelas pessoas que estão na iminência de serem atingidas pelo jus puniendi estatal, foi consagrado no dispositivo 5º da Constituição Federal, o qual prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ora, condução coercitiva com fim do interrogatório em nenhum momento irá infringir o estado de inocência do indivíduo, ao contrário em muitas vezes, poderá retifica-la, já que mesmo que o acusado queira dispor de sua autodefesa, a simples qualificação criteriosa do suspeito, poderá servir como prova cabal de que mesmo não poderia ter cometido infração imputada.

Pois bem, notamos, muitas vezes no cenário criminalista, e da persecução penal, estamos diante de um crime definido como habitual, ou seja, aquele que exige uma prática reiterada, por exemplo, o crime de casa de prostituição, elencado no artigo 229 do nosso Código Penal, o agente faz desse crime seu meio de subsistência, assim se a autoridade, costumeiramente a policial, traçar uma qualificação correta, o que só temos no interrogatório de maneira pessoal, poderá auferir que o averiguado possui uma ocupação habitual, assim descartando como suspeito.

Sempre fazendo ressalva que nosso ordenamento não é feito apenas de crimes praticados por pessoas que ocupam cargos públicos do alto escalão, mas, de uma gama incontável dentro da nossa sociedade brasileira.

Claro, a condução sempre deve ser realizada nos patamares previstos no Código de Processo Penal, conforme já explanado anteriormente.

8.4. Retrocesso

É nítido que as consequências que esse posicionamento da Suprema Corte, vai trazer a sociedade, pois, é mais uma maneira de garantir a impunidade

para aquelas pessoas que já veem a justiça como um olhar de tolerância, que não há consequências ao infrator, já que não é obrigatório o seu comparecimento para ser ouvido.

Ou seja, a própria corte que resguarda a constituição, de certo ponto deixou claro o descaso com justiça, que os impunes, são sim, seres intocáveis, já que seus direitos estão acima até mesmo dos da vítima do crime.

O novelista e poeta Walter Scollt, possui a seguinte frase “ceder à injustiça é animar os outros a praticá-la”, digno de reverencia, se abirmos mão da justiça, podemos estar aqui, incitando terceiros a pratica-las dizendo que somos apoiadores, e que suportamos, que não iremos atrás de buscar elucidar os crimes, uma vez que, atrelados a conceitos morais e éticos errôneos, que só favorece a prática de infrações penais, não sua elucidação.

8.5. Aumento No Número De Prisões Cautelares

Com o novo entendimento, os órgãos de apurações de infrações penais quais sejam as policias judiciárias, ou outros órgãos que realizem investigação criminal, se viram-se sem outra opção para poder ouvir o indivíduo que está se recusando atender as intimações, dessa forma estão cada vez mais representando ao judiciário pela decretação da prisão temporária e preventiva, muitas vezes com fundamento questionável, apenas para suprir a falta de poder fazer o sujeito comparecer para ser interrogado e qualificado.

Na prática os juízes, e as autoridades policias vem substituindo a condução por medidas privativas de liberdades. O que poderá gerar muitas ilegalidades, pois, o acusado, ou investigado somente deveria ser colocado em cárcere como última medida de prevenção.

Concluindo, a condução coercitiva, além de todos benefícios já citados, ele ajudava a evitar uma decretação de medida cautelar vazia, cerceando a liberdade de locomoção do inclinado que se encontra dentro da persecução penal, meramente por ter uma qualificação incerta.

8.6. Direito Comparado

Fundamental sublinhar que o poder de reter excepcionalmente e conduzir uma pessoa por poucas horas na delegacia de Polícia, por autoridade própria da autoridade de Polícia Judiciária, é amplamente consagrado nos países europeus, tais como Alemanha, França, Bélgica, Portugal, Espanha, Holanda e Inglaterra, e nos países da América, a exemplo de Estados Unidos, Argentina e Chile, havendo diferença apenas na quantidade de horas, que, em geral varia de 6 a 72 horas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tentou de forma enfática trazer a ideia de que a condução coercitiva não fere princípios, tampouco é contrária a lei penal, já que está prevista expressamente no Código de Processo Penal, nem nossa aclamável Constituição cidadã, prevê algo contraditório a esse meio de ouvir o acusado, pelo contrário ela estabelece que nenhuma ameaça, ou lesão ao direito deixará de ser apreciada.

Podemos concluir que a nossa carta magna de fato, definiu que nenhuma injustiça poderá ser deixada de ser analisada, e sanada, como algo que impõe as autoridade, o dever de não permitir que a sociedade tenha seus direitos cerceados em virtude de outras pessoas que comete atos ilícitos, logo deve utilizar de mecanismos que as auxiliem na elucidação e combater os males que assola a sociedade.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, nossa corte máxima, entendeu por um voto de diferença, demonstrando que o assunto é controverso, a o extremo gerando o que chamamos de instabilidade jurídica.

Pois bem, a corte de forma apertada que tal mediada seja uma espécie de prisão cautelar, o que é rebatido amplamente, pois em nosso ordenamento, não existe nenhum conceito de prisão na qual se adeque nessa finalidade ao contrário, todos fogem desse entendimento.

Outro fundamento no qual os excelsos julgadores se respaldaram foi o de que tal procedimento, viola o princípio da não culpabilidade, já que impõe ao acusado a obrigação de falar. Com todo protesto de eleva estima, a suprema corte, ela descrê nos nossos próprios entes, os quais cuidam da persecução penal, de alguma maneira irá coagir o investigado ou acusado a falar.

O que não é verídico, pois permitirá ampla defesa, qual seja, a autodefesa, defesa pessoal do ouvido, bem como no momento oportuno a defesa técnica, o qual a soma desses dois fatores ocorrerá a ampla defesa, e se o mesmo o preferir silêncio, então esse direito será respeitado, com total segurança.

O argumento o que estamos diante de uma restrição de liberdade não é coeso com nosso ordenamento jurídico, por dois pontos, o primeiro, não há previsão legal ou respaldo para tanto, para que unicamente possamos ouvir o acusado tenhamos que cercear a liberdade do indivíduo. O conceito entre conduzir e restringir, um é meramente transportar o sujeito até o local para ser feita o interrogatório.

O termo restringir a liberdade, devemos denotar que é restringir é dado somente a um dos direitos dentro de vários outros a ele inerente, dessa forma, de maneira específica é retirar a capacidade de liberdade do sujeito, o ir e vir, como ocorre na prisão pena, e temporárias e preventivas.

Diante do delineado no presente trabalho acadêmico, a condução coercitiva, feita nos moldes do Código Processual Penal, é admissível, não ferindo os princípios do nosso ordenamento, tampouco sendo uma forma de privação de liberdade.

Portando, o mecanismo exposto, é medida constitucionalmente válida e convencional, tendo como escopo a eficácia do sistema probatório, sempre visando assegurar um mínimo de eficácia da persecução penal e evitar a restrição da liberdade de fato do indivíduo.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, E. R.; JUNIOR, J. P. B. **Legislação Penal Esquematizada**, Pedro Lenza, 2ª Edição, 2016.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, V.04

Código Penal brasileiro, em - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Constituição Federal de 1988, em -
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Lei de Drogas, em - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

Lei de Introdução ao Código Penal, em -
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm

LOPES, Marcos Antônio *'Drogas: 5 mil anos de viagem'* <http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem> - 31/01/2006

BOTTINI, Pierpaolo *'Descriminalizar o uso de drogas: uma questão constitucional'* <http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/direito-defesa-descriminalizar-uso-drogas-questao-constitucional> - 10/03/2015

SANCHEZ, Leandro, *'Conheça os países onde o porte de droga para consumo pessoal não é crime'* em - <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml> - 09/09/2015

EFEITOS CONSTITUCIONAIS LIGADOS A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

HIGOR SANITÁ ARANTES: Bacharelado do curso de Direito da Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO: A inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental de primeira geração, pois consiste numa limitação da intervenção do Estado na liberdade individual. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. Propõe-se como objetivo descrever sobre efeitos constitucionais ligados a inviolabilidade de domicílio. No intuito de alcançar estes os objetivos específicos consistem em apresentar um conceito histórico da inviolabilidade de domicílio, seus direitos e garantias fundamentais preservados, bem como exceções da inviolabilidade do domicílio. Por fim os direitos e garantias fundamentais sofrem limitações ao se deparar com a inviolabilidade do domicílio, vez que é necessário dosar a necessidade do homem com a necessidade da sociedade para que o asilo seja violado.

PALAVRAS CHAVES: Inviolabilidade. Domicílio. Violação. Constituição Federal. Garantias fundamentais.

ABSTRACT: The inviolability of domicile is a fundamental right of first generation, since it consists in a limitation of the intervention of the State in the individual freedom. This is a bibliographical and documentary research. It is proposed to describe constitutional effects related to the inviolability of domicile. In order to achieve this the specific objectives are to present a historical concept of the inviolability of domicile, its preserved fundamental rights and guarantees, as well as exceptions to the inviolability of the domicile. Finally, fundamental rights and guarantees are limited when faced with the inviolability of the home, since it is necessary to measure the need of man with the need of society for the asylum to be violated.

KEY WORDS: Inviolability. Home. Infraction. Federal Constitution. Fundamental Guarantees.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Historicidade da inviolabilidade de domicílio. 3 Direitos e garantias fundamentais. 4 Exceções da inviolabilidade do domicílio. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A inviolabilidade do domicílio é uma das posições jurídicas específicas que integram, de forma expressa, o direito a privacidade como um todo. Conforme o ambiente - público ou privado, em pessoa se encontre, a privacidade poderá receber maior ou menor proteção. Os atos praticados em locais reservados gozam de uma proteção mais intensa que os ocorridos em locais públicos. Dentre todos, o que recebeu o maior grau de proteção constitucional foi a casa, considerada asilo inviolável do indivíduo (RESENDE, 2018).

Atualmente, o asilo inviolável do indivíduo será posto em xeque nos casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Além dessas quatro formas de violação domiciliar, há também a hipótese de o morador consentir com a devassa (GRANJA, 2012).

Influenciados pelo clamor popular e pela sede de democracia houve por bem os constituintes dedicaram todo um capítulo aos direitos e garantias individuais e coletivas, a inviolabilidade do domicílio é a condição social essencial ao exercício do direito a reserva da intimidade (CARVALHO, 2012).

A inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental de primeira geração, pois consiste numa limitação da intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte dos poderes públicos. Tal direito tem supedâneo no art. 5º inciso XI da Constituição Federal, onde afirma que ninguém poderá entrar na casa de outrem sem o seu consentimento, pois esta é asilo inviolável (MACHADO, 2014).

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas (SARLET, 2008, p.53).

O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer moradia que corresponda a uma violação do direito a moradia passível, em princípio, de ser impugnada em juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja no meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por intermédio de instrumentos processuais específicos disponibilizados pela ordem jurídica (SARLET, 2008, p.53).

De acordo com Sarlet (2015), sinteticamente, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal definiu que a entrada em domicílio sem a determinação judicial somente apresenta-se respaldado de legalidade quando razões justificadas devidamente no caso concreto apontem que no interior da residência ocorra situação de flagrante delito, sob pena de responsabilização na esfera penal, cível e administrativa do agente ou autoridade, além da nulidade dos atos praticados.

Desta feita o problema que se levanta é: a população tem conhecimento de seus direitos constitucionais referidos à inviolabilidade de seu domicílio?

Justifica-se, pois sendo um tema com assunto polêmico e mediante minha observação dos fatos contados pela população de ocorrências de inviolabilidade em suas residências e ou uma inversão de valores quando o indivíduo faz uso desses direitos individuais para cometer ilícitos, partindo dessa premissa o fato de aprofundar meus conhecimentos, visto que a violação ofende os direitos e garantias fundamentais.

Para repontar ao questionamento suscitado, propõe-se como objetivo geral: descrever a importância do conhecimento sobre efeitos constitucionais ligados a inviolabilidade de domicílio. No intuito de alcançar este os objetivos específicos consistem em apresentar nos capítulos seguintes um conceito histórico da inviolabilidade de domicílio, seus direitos e garantias fundamentais preservados, bem como exceções da inviolabilidade do domicílio.

Metodologia a ser utilizada é um estudo exploratório e descritivo, optou-se pela documentação indireta através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscando em artigos, teses, livros, capaz de analisar todas as informações possíveis para se obter uma resposta concreta com base na realidade. Este método de pesquisa consiste em uma síntese do conhecimento já

produzido em pesquisas científicas, que facilita a utilização do conhecimento produzido, ao ser aplicado na prática e fornece subsídios para melhorias (MENDES, et al, 2008).

Realizar uma revisão bibliográfica faz parte do cotidiano de todos os estudantes e cientistas. É uma das tarefas que mais impulsionam o aprendizado e o amadurecimento na área de estudo. Atualmente, as bibliotecas digitais têm facilitado e simplificado muito essa tarefa, pois trazem recursos de busca e cruzamento de informações que facilitam a vida de todos (FLOGLIATO E SILVEIRA,2017).

O segredo de uma boa revisão bibliográfica é a organização e o planejamento (SANTOS, 2015).

2 Historicidade da inviolabilidade de domicílio

De acordo com Machado, (2014, p.137), a tutela à inviolabilidade de domicílio é uma das garantias mais antigas criadas pelo homem. Sua gênese também remonta as tradições inglesas, na idade média, onde lorde Chatham discursou a respeito:

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode em ela entrar.

O Direito Romano tratou violação de domicílio prevendo que o ingresso violento em casa alheia era considerado delito de ofensa à pessoa (seja o proprietário, inquilino ou hóspede). O Direito Germânico elevou o domicílio a um prolongamento da personalidade do próprio homem. Ao longo da Idade Média, tal instituto sofreu acentuado retrocesso, até que, já à luz da Revolução Francesa, o código penal francês de 1810 tipifica tal delito, influenciando o Código Criminal do Império brasileiro de 1830. Posteriormente, o Código Penal brasileiro de 1890 foi influenciado pelo Código italiano MORAES, 2014

Segundo Sarlet (2012), no que tange à evolução histórica da inviolabilidade domiciliar nas constituições brasileiras, evidencia-se que, desde a

Independência do Brasil, no período do Império (1822-1889), a Carta Imperial de 1824 já trazia a previsão da inviolabilidade domiciliar, conforme seu artigo 179, inciso VII, *in verbis*:

Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar (BRASIL, 1824).

Durante o Regime Militar (1964-1985), os direitos humanos no Brasil perderam quase que completamente o sentido de existência, já que o Governo Militar fazia praticamente apenas o que era bom para o próprio regime, desde torturas até invasões ilegais dos domicílios. Tendo isso em vista, a Assembleia Nacional Constituinte promulgou uma constituição que visava principalmente a redemocratização da República Federativa do Brasil, que previsse a proteção e a manutenção dos direitos e garantias dos cidadãos, não somente os brasileiros natos, mas todos aqueles que no Brasil estiverem (PEDIRIVA, 2018).

Com o fim dos governos militares e as democratizações do país a Constituição de 1988 pretendeu criar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a previsão de uma imensa quantidade de obrigações para o estado frente ao indivíduo. Nesta esteira a Carta Magna de 1988 consagrou a inviolabilidade do domicílio como autêntica barreira principalmente à atuação dos agentes estatais da persecução penal, impondo contornos à garantia fundamental à intimidade (CARVALHO, 2012).

Com a evolução constante do mundo, a sociedade sentiu a necessidade de criar normas restritivas e de caráter protecionista contra a violação de seu domicílio, tanto por terceiros como pelo Estado. A origem da proteção ao domicílio se dá na Inglaterra durante o século XI, com a promulgação de sua Carta Magna, sendo resultado de um acordo de um Rei e uma burguesia insatisfeita (PEDIRIVA, 2018).

Ocorre que, domicílio possui diferentes conceitos na Constituição Federal, código penal e código civil.

Salienta Xavier (2004, p.19) o conceito de domicílio para a Constituição:

Logo, a norma constitucional protege não somente a residência, habitação do indivíduo, independentemente do seu caráter transitório ou definitivo, mas todo lugar ocupado por alguém, ainda que seja para trabalho, no qual ele possa refugiar - se sem a intromissão de quem quer que seja.

De acordo com o artigo 150 do Código Penal, com pena de detenção de um a três meses e multa, a invasão de propriedade, que é configurado crime no direito penal, sendo assim, o parágrafo quarto e quinto do mesmo artigo aduz o conceito de casa.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

No código civil de 2002, domicílio vem previsto nos artigos 70 a 78, cuja interpretação possui dois elementos, sendo o elemento objetivo e o subjetivo, que se entende por elemento objetivo é a pessoa natural que se estabelece e sua residência e o elemento subjetivo é a pessoa natural possuir um ânimo definitivo (artigo 70, CC).

Nos artigos 71 e 72 o código civil aduz sobre o domicílio plural, que se entende quando o indivíduo possui mais de uma residência e vive alternadamente em todos os locais, bem como o artigo 73, do mesmo código, aduz se o indivíduo não for encontrado em algum domicílio, o mesmo será definido como domicílio.

3 Direitos e garantias fundamentais

Entende-se por direitos fundamentais aquele direito que é reconhecido e positivado pela Constituição, e dessa forma vemos que a inviolabilidade do domicílio é uma garantia que está consagrado na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XI, que a casa é um asilo inviolável.

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Salienta Silva (2002, apud XAVIER, 2011, p.12), os direitos fundamentais devem ser como o Direito Positivo, da mesma maneira que esses direitos se posicionam no ordenamento jurídico. Deste modo, os direitos individuais, situados no art. 5º da Constituição Federal, são direito à vida; direito à intimidade; direito de igualdade; direito de liberdade e direito de propriedade, porém as garantias constitucionais individuais compreendem o princípio da legalidade, o princípio da proteção judiciária, a estabilidade dos direitos subjetivos, o direito à segurança (segurança jurídica) e os remédios constitucionais.

O princípio da legalidade, para Di Pietro (2017, p.95), aduz que tal princípio decorre da Lei, pois ao nascer o Estado de Direito adveio as garantias e direitos individuais, e dessa maneira a Lei faz o papel de definir e estabelecer limites.

O princípio da proteção, conhecido também como princípio da segurança jurídica diz respeito a relação da boa-fé, que abrange uma postura objetiva da conduta da pessoa, quais sejam a lealdade, honestidade, bem como abrange a postura subjetiva, qual seja a crença ou caráter do sujeito se está agindo corretamente ou não, não podendo abarcar uma situação de ilegalidade (DI PIETRO, 2017, p.119).

Por fim, os remédios constitucionais que são mandados de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular e habeas corpus, bem como esses remédios constitucionais servem para proteger um direito constitucional.

Desta maneira a Constituição Federal preserva o direito à propriedade, previsto no artigo 5º, X, que aduz “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)”.

Segundo Tavares, (2012, p.676):

O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, dentre outros.

Entretanto, a invasão se torna lícita caso esteja ocorrendo alguma infração, bem como é lícita a entrada da polícia em caso de o agente realizar algum delito fora do domicílio, mas utiliza a casa para se refugiar-se (XAVIER, 2004, p. 11).

Para Di Pietro (2017, p.155), existem dois conceitos de poder de polícia, o conceito clássico do século XVIII, que tinha como a "atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança", bem como atualmente um conceito moderno, cujo poder de polícia é "atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público".

Sendo assim, Xavier (2004, p.11):

Ressalte-se que a situação de flagrância não pode ser quebrada; se isso ocorrer, a permissão constitucional para a invasão desaparece.

Portanto, a inviolabilidade de domicílio é um direito de todos, sendo assegurados aos indivíduos, sejam brasileiros ou estrangeiros, mesmo que não sejam residentes no país (Idem, Ibidem, p.14).

Para Grotti, (1993, p.104), a proteção é sempre ao morador da residência, pois o domicílio é um local sagrado, que deve ser respeitado a vida privada.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, cujo princípio oferece proteção ao indivíduo, e dessa maneira, classifica Barroso (2014, p.72) a dignidade da pessoa humana em três elementos:

1. O valor intrínseco de todos os seres humanos;

2. A autonomia de cada indivíduo; e

3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

Entretanto, para Barroso (2014, apud CARVALHÃES, 2015, p.06), diferencia o valor intrínseco como o modo que cada ser humano age em diversas situações, sendo essas ações o que diferencia cada ser humano, porém a autonomia é o indivíduo tem autonomia para fazer suas próprias decisões tanto pessoais, quanto públicas, por isso, no meio jurídico chama-se de autonomia privada e autonomia pública, por fim o valor comunitário é quando o Estado impõe metas a serem cumpridas de forma coletiva.

Dessa maneira, se observa que os direitos e garantias fundamentais, não tem poder absoluto, pois sofrem limitações, encontrando limites nos outros direitos, ou seja, há uma divergência de direitos, bem como existe a necessidade de garantir os mesmos direitos aos demais (XAVIER, 2004, p.21).

4 Exceções da inviolabilidade do domicílio

A constituição Federal, em seu texto legal do artigo 5º, XI, trouxe consigo algumas exceções da inviolabilidade do domicílio, sendo elas, quatro exceções: a) flagrante delito; b) desastre; c) prestação de socorro e d) determinação judicial, logo, a última exceção o juiz sempre terá uma decisão motivada.

No texto constitucional aduz que não pode adentrar ao domicílio sem o consentimento do morado, salvo nos casos para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial. Sendo assim é considerável notar que o conceito de domicílio é bem amplo, e é um termo jurídico, cuja propriedade é privada, por exemplo, consultórios, pousadas, hotéis, motéis, casas de veraneio, complementos da habitação, escritórios de empresas comerciais, etc. (RODRIGUES, 2011, p. s/n).

Salienta Rodrigues, (2011, p. s/n) que as propriedades como bares, restaurantes, não são considerados domicílios vez que essas propriedades não tem o elo de propriedade particular entre o sujeito e a coisa.

De acordo com Carvalho (2012, p.15), apesar de haver exceções, o legislador tem uma boa postura, sendo cuidadoso com as necessidades do Estado,

por isso existem as exceções, para que haja um consenso com as necessidades da sociedade e do homem.

CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, e ao longo do presente estudo, a inviolabilidade do domicílio está presente desde os tempos do Direito Romano é um lugar que merece respeito e proteção, pois o domicílio é um asilo inviolável.

No entanto, conclui-se que há uma divergência entre a inviolabilidade do domicílio e os direitos fundamentais, vez que só pode adentrar ao domicílio caso tiver uma ordem judicial ou com base nas quatro exceções: a) flagrante delito; b) desastre; c) prestação de socorro e d) determinação judicial, bem como o comum a realizar é a análise do caso e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Portanto, os direitos e garantias fundamentais sofrem limitações ao se deparar com a inviolabilidade do domicílio, vez que é necessário dosar a necessidade do homem com a necessidade da sociedade para que o asilo seja violado

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988), de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. 20.ed. Brasília, DF: Saraiva.

BRASIL. Lei nº [2.848, de 7 de dezembro de 1940](#). **Código Penal**. 20.ed. Brasília, DF: Saraiva.

BARBOSA, Ruy. **República: teoria e prática** (textos doutrinários sobre direitos humanos e o olitio os consagrados na primeira Constituição da República), Petrópolis, Vozes, 1978, apud SILVA, Caso de direito constitucional positivo, p. 393

CARVALHO, Aline Pereira de. **O flagrante nos crimes permanentes**. 2012. 47 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5047/1/alinepereiradecarvalho.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

FOGLIATTO, Flavio, SILVEIRA, Giovani. **Diretrizes para elaboração do Referencial Teórico e Organização de Textos Científicos**. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL ESCOLA DE ENGENHARIA PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA DE PRODUÇÃO, ABRIL, 2007.

GRANJA, Cícero Alexandre. **Casa, o asilo inviolável (.) (?) (!)**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11976>. Acesso em 05/02/ 2019.

HERBERTH, F. Resende, **Estudo sobre a Inviolabilidade do domicílio**, 2018. <https://herberthresende.jusbrasil.com.br/artigos/522084534/estudo-sobre-a-inviolabilidade-do-domicilio>. Acesso :15/02/2019.

MACHADO, Juri Victor Romero. **Inviolabilidade domiciliar: novas perspectivas a partir do direito comparado**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 6, n. 10, p. 135-166, jan./jun. 2014

MENDES, KARINA. SASSO ;et al. **Revisão integrativa: método de pesquisa para a Incorporação de evidências na saúde e na enfermagem**. Texto Contexto Enfermagem, v. 17, n. 4, p. 758-64, Out./Dez. 2008.

MORAES, Rodrigues. **Análise jurisprudencial e doutrinária acerca do crime de violação de domicílio no código penal brasileiro USP**. 2014.

PEDIRIVA, Mateus. **A Flexibilização da Inviolabilidade de Domicílio Tendo em Vista o Recurso Extraordinário 603.616/RO**, 2018. Disponível: <https://mpediriva.jusbrasil.com.br/artigos/501516692/a-flexibilizacao-da-inviolabilidade-de-domicilio-tendo-em-vista-o-recurso-extraordinario-603616-ro>. Acesso:10/02/2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 01-1091.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO. Inhumas - Go: Facmais Revista Científica, 2015. Semestral. Disponível em: <http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2015/08/artigos/principio_da_dignidade.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.

RODRIGUES, Rubia Spirandelli. **A inviolabilidade de domicílio em face da constituição federal.** 2011. Disponível em: <<https://www.diritto.it/a-inviolabilidade-de-domicilio-em-face-da-constituicao-federal/#sdfootnote6sym>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

SANTOS, Izequias Estevam Dos. **Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica.** 11. ed. Nacional: Impetus, p.368, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial.** Conjur. 13 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial>>. Acesso em: 01/03/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 192 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1427 p. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3240/tavares-andr-ramos-curso-de-direito-constitucional.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

XAVIER, Marianne Sílvia Barbosa. **A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO E A BUSCA E APREENSÃO.** 2004. 65 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná., Curitiba, 2004. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36690/M450.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

NOTA:

[1] Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Metodista de Piracicaba (1983). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos - Universidade Camilo Castelo Branco (2002), Especialista em Direito Processual - Centro Integrado de Pós-Graduação Toledo

(1999). Atualmente é professor titular da Fundação Municipal de Educação e Cultura de Santa Fé do Sul - FUNEC, da Academia de Polícia e da Universidade Brasil, campus de Fernandópolis - SP. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Direito, atuando, principalmente, nas seguintes disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional e Direito Administrativo Disciplinar.

A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PARA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

MELYSSA INÊZ SILVA CARNEIRO: Graduanda do curso de Direito na Faculdade Católica do Tocantins.

ANTONIO CESAR MELLO^[1]

RESUMO: A Lei nº 11.340/2006 representa o maior avanço no âmbito legal quanto a proteção direta das mulheres, uma vez que visa criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Sua elaboração fora motivada após uma análise crítica dos órgãos mundiais em respeito aos direitos humanos, os quais apontaram negligências do Estado brasileiro em relação à proteção dada as mulheres. Até antes da criação da Lei, por muitas vezes a vítima era orientada pelas autoridades públicas na perspectiva da simplicidade e economia processual, tornando-se incapaz de participar efetivamente da solução do conflito. A Lei Maria da Penha não tem só como objetivo punir os homens agressores, também age em prol da prevenção de agressões e proteção de mulheres que sofreram violência no âmbito doméstico, configurando um dos maiores instrumentos em favor de uma vida livre de violências nas suas mais diversas formas de apresentação. Ainda que esta Lei represente um grande avanço na proteção das mulheres, é nítido o erro material do legislador no art. 2º, ao utilizar-se do termo "mulher", tendo em vista que no art. 5º da mesma Lei a violência doméstica e familiar é configurada a partir da ação ou omissão que forem baseados no gênero. Sendo assim, percebe-se a necessidade de melhoria na abrangência da Lei, prevista no art. 1º e ainda no art. 2º, visto que o termo utilizado não designa todas as pessoas que estão inseridas no gênero feminino, como as transgêneros e as travestis.

Palavras-chave: lei Maria da Penha, direitos femininos, inclusão social.

ABSTRACT: Law 11,340 / 2006 represents the greatest advance in the legal framework regarding the direct protection of women, since it aims to create mechanisms to curb domestic and family violence against women. Its elaboration had been motivated by a critical analysis of the world bodies in respect to human rights, which pointed out negligence of the Brazilian state in relation to the protection given to women. Even before the creation of the Law, often oriented in the perspective of simplicity and procedural economy, it made the victim incapable of effectively participating in the solution of the conflict. The Maria da Penha Law does not have as main objective only the punishment of aggressive men, but rather acts to prevent aggression and protect women who suffer domestic

violence, forming one of the greatest instruments for a life free from violence in its most diverse forms of presentation. Although this Law represents a great advance in the protection of women, the material error of the legislator in art. 2, when using the term woman, considering that in art. 5 of the same Law, domestic and family violence is configured based on the action or omission based on the gender. Therefore, it is perceived the need for improvement in the scope of the Law, foreseen in art. 1 and still in art. 2, where the term used does not designate all persons who are included in the feminine gender, such as transgender and transvestites.

Keywords: Maria da Penha Law, women's rights, social inclusion.

INTRODUÇÃO

O patriarcalismo se enveredou nas estruturas familiares desde os primórdios da humanidade, tendo sido a mulher colocada em posição subjacente aos homens desde então. Todavia, a luta por isonomia de direitos entre os sexos, a qual ganhou força nos anos 60, levou ao reconhecimento internacional o fato de que esta ideologia justificou ao longo dos anos inúmeras injustiças e ações violentas para com as mulheres, estimulando em diversos países a tomada de medidas que visassem a atenuação da discrepante desigualdade entre os gêneros (Dias, 2007).

Destarte, no ano de 1994 o Brasil assinou, na Convenção Interamericana – também denominada Convenção de Belém do Pará – documento que visava prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, além de instituir, em agosto de 2006, a Lei nº 11.340/2006, consagrada como Lei Maria da Penha, servindo de instrumento jurídico para o combate a violência doméstica e familiar contra as mulheres, representando o principal marco desta luta constante (Azevedo e Vasconcelos, 2011).

Além do mais, a evolução política e sociocultural da humanidade trouxe visibilidade para questões por muitos anos negligenciadas. A distinção entre os conceitos básicos de gênero e sexo, assim como o desligamento entre eles introduziu o reconhecimento de fatores como: identidade de gênero, definida contemporaneamente como a percepção individual sobre si mesmo, entender-se como homem ou mulher independente do sexo biológico (macho ou fêmea); e ainda a expressão de gênero, determinada pela maneira com que o indivíduo se apresenta (comportamentos, vestimentas, atitudes) na sociedade (Lopes, Leite e Araújo, 2015).

Todavia, uma vez que Lei Maria da Penha se encontra inserida no microsistema legislativo previsto no art. 226, § 8º da Constituição Federal (1988), o qual prevê que o “Estado assegurará a assistência à família”, a Lei deixa de atender àquelas mulheres que estão fora do âmbito doméstico e familiar, perpetuando a visão patriarcal, assim como, não atendendo àquelas mulheres que não são biologicamente fêmeas, uma vez que a Lei não abrange diretamente o conceito de gênero e o Direito Penal não aceita interpretações. Diante do exposto, o objetivo deste trabalho é analisar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para mulheres transgênero, transexuais e travestis.

1. BREVE HISTÓRICO

A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) representa o maior avanço no âmbito legal quanto a proteção direta das mulheres, uma vez que, visa criar “mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, embasada na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Tilly, 2010).

A elaboração desta Lei foi motivada após uma análise crítica dos resultados obtidos com a criação dos Juizados Especiais Criminais, os quais objetivaram o equacionamento da violência contra a mulher. Até antes da criação da Lei 11.340/2006, os problemas relacionados à norma vigente, assim como as diversas barreiras em implantar uma nova maneira de lidar com conflitos, faziam com que, por muitas vezes, as vítimas fossem orientadas na perspectiva da simplicidade e economia processual, tornando-as incapazes de participar efetivamente da solução do conflito. Sendo assim, os movimentos feministas passaram a aderir um discurso no sentido de confrontar a ação destes Juizados Especiais, dando ênfase ao que chamavam de “banalização da violência” (Azevedo e Vasconcelos, 2011).

Segundo os movimentos em favor das mulheres, a banalização da violência se fazia nítida no momento da corriqueira prática penal, visto que durante a aplicação da pena e cumprimento de sentença, optava-se sempre por medidas alternativas, como as penas restritivas de direitos. Até então, as lesões corporais ocorridas no ambiente doméstico eram consideradas como delitos de menor potencial ofensivo e, desta forma, os magistrados tendiam a resolver o conflito de forma consensual, evitando a instalação do processo, o que tornou impune a violência contra a mulher (Dias, 2007).

Ainda segundo Dias (2007, p.8):

O excesso de serviço levava o juiz a forçar desistências impondo acordos. O seu interesse, como forma de reduzir o volume de demandas, era não deixar que o processo se instalasse. A título de pena restritiva de direito popularizou-se de tal modo a imposição de pagamento de cestas básicas, que o seu efeito punitivo foi inócuo. A vítima sentiu-se ultrajada por sua integridade física ter tão pouca valia enquanto o agressor adquiriu a consciência de que era "barato bater na mulher.

Diante do descaso frente aos maus tratos contra mulheres, associações feministas unidas ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) investiram em denúncias à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais, após três advertências consecutivas ao Brasil apontando a não observação do Estado brasileiro diante do compromisso assumido frente à comunidade internacional, no Pacto de São José da Costa Rica, apontando os erros de ineficácia judicial, a impunidade dos agressores e a impossibilidade das vítimas de terem uma reparação diante da violência sofrida. Tudo isso culminou na publicação da Lei Maria da Penha, consagrada com a história da vítima de tentativa de homicídio pelo seu ex-marido, que passou a ser símbolo da luta contra a impunidade aos agressores, Maria da Penha Maia Fernandes (Cunha e Pinto, 2011).

Esta lei não tem como principal objetivo apenas a punição aos homens agressores, visa também agir em prol de prevenir agressões e proteger as mulheres que sofrerem violência no âmbito doméstico, configurando um dos maiores instrumentos em favor de uma vida livre de violências nas suas mais diversas formas de apresentação. Anteriormente a Lei Maria da Penha, os crimes contra mulheres no ambiente doméstico eram tidos como crimes de menor potencial ofensivo, o que permitia ao agressor penas amenas e restritivas, amparados na Lei 9.099/95 (Azevedo e Vasconcelos, 2011).

Todavia, ainda que Lei Maria da Penha represente um grande avanço no sentido de proteger as mulheres contra a violência doméstica, o número de agressões continua sendo elevado. Um estudo realizado pelo DATASENADO, mostrou que a porcentagem de mulheres que foram vítimas de agressões no ano de 2015 foi de 56%, tendo aumentado significativamente no ano de 2017, onde o índice atingiu 71% (Datsenado, 2015).

Uma pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo revelou que, em média, 6,8 mulheres brasileiras já sofreram ao menos um episódio de espancamento durante a vida. Dentre estas, que declararam o episódio de violência, 31% relatou ter ocorrido no último ano. Diante dos dados, a Fundação estimou um mínimo de 2,1 milhões de mulheres espancadas ao ano no país, sendo 175 mil ao mês, 5,8 mil por dia, 243 a cada hora (Fundação Perseu Abramo, 2001). De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU, 2016), no Brasil, a taxa de feminicídios é de 4,8 a cada 100 mil mulheres, sendo o quinto maior índice no mundo, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS).

Diretamente proporcional foi o crescimento do índice de agressões a transexuais e travestis, sendo este crime maior em razão da omissão da justiça brasileira quanto aos direitos dessa classe. O projeto europeu Transgender Europe's Trans Murder Monitoring (2012a), avaliou a incidência de assassinatos de pessoas transgênero em todo o mundo ocorridos entre os anos de 2008 a 2011, o estudo demonstrou 816 assassinatos de pessoas transgênero em 55 países.

Outro fato também levantado pela Transgender Europe's Trans Murder Monitoring (2012b), foi que, a maior parcela dos assassinatos de mulheres (cis ou transgênero) e travestis ocorreram em espaços públicos. A pesquisa aponta que um dos principais fatores para que esses assassinatos ocorram nas ruas é que grande parte dessas vítimas trabalhavam como profissionais do sexo, visto que tal profissão tão marginalizada é o principal meio de trabalho de mulheres transgênero e travestis, as quais historicamente são excluídas do sistema educacional e laboral do país.

O meio utilizado para esses crimes também merece destaque, uma vez que a execução por arma de fogo, opção mais comum, indica planejamento do ato por parte do autor da ação. Vale ressaltar, ainda, a presença de apedrejamentos (5,15%) no ranking, um método extremamente arcaico utilizado para punição nos tempos passados. O Brasil é o país onde mais foram reportados casos de assassinatos de transexuais e travestis (101 casos em 2011), seguido pelo México (33 casos) e a Colômbia (18 casos).

2. COMUNIDADE TRANS E A LUTA POR DIREITOS

A visibilidade sócio-política dada às pessoas transgêneros e transexuais pode ser vista como algo recente e em construção. A concessão do direito ao processo de transgenitalização facilitado pelo Estado e a desvinculação da identidade trans

do âmbito das patologias psiquiátricas proporcionaram a saída destas classes das margens sociais, onde por muitos anos estiveram esquecidas ou secundarizadas. Sendo assim, cabe aqui evidenciar a evolução através da luta por direitos desta classe, a fim de fundamentar a necessidade por maior assistência judiciária (Transgender Europe's Trans Murder Monitoring, 2012a).

Ao analisarmos as mobilizações sociais contemporâneas, pode-se inferir que a maior parcela das reivindicações estão embasadas no processo de construção e evolução da identidade da classe que pede por maior atenção social. Em geral, a luta dessas classes está voltada para a garantia de direitos, a alteração da opinião pública e conseqüentemente a desnaturaçãõ de discriminações (Tilly, 2010; Niederberger, 2015).

A organização brasileira pioneira na organização política de travestis foi estruturada em 1992, no Rio de Janeiro, denominada Associação das Travestis e Liberados do Rio de Janeiro (ASTRAL). O período em que esta associação foi organizada está associado a grande demanda por maior segurança e combate a violência, praticada pelos próprios policiais, nos pontos de prostituição na cidade, assim como na luta contra o vírus da imunodeficiência humana (Carvalho e Carrara, 2013).

Todavia, a segregação entre os conceitos de identidade travesti e identidade de gênero "transsexual" só foi reivindicada anos mais tarde, em 1995, a partir da criação do Grupo Brasileiro de Transexuais (GBT), seguido pelo Movimento Transexual de Campinas (MTC), no ano de 1997. Esta cisão entre os conceitos foi pautada na necessidade de maior atenção à reestruturação do discurso médico-psiquiatra, o qual determinava até então a necessidade de realização de procedimentos cirúrgicos e terapias hormonais para a devida redesignação sexual. Sendo inserido na sociedade o termo transgênero e a expressão "identidade de gênero", a fim de delimitar a relação entre o gênero e a identidade da pessoa (Carvalho e Carrara, 2013).

Os movimentos sociais de pessoas trans estimularam estudiosos a direcionarem atenção sobre a questão do gênero e da sexualidade. Desta forma, foi possível ter um grande avanço no âmbito médico-psiquiatra e observou-se que o sofrimento encontrado nas pessoas trans não tem relação com uma condição patológica a qual a pessoa está condicionada, mas sim com a condição de vulnerabilidade a violência e discriminação social que esta classe se encontra (Robles et al., 2016; Reed et al., 2016). No Brasil, esta vulnerabilidade é nítida devido aos altos índices de atos violentos contra estas pessoas e ainda, a alta taxa

de suicídio evidencia o quão discriminada e marginalizada esta classe está (Jesus, 2014).

Contemporaneamente, os movimentos em prol das pessoas trans convergem seus interesses no sentido de combater a violência e os atos discriminatórios praticados constantemente pela sociedade a partir do reconhecimento da classe e suas demandas, principalmente, no que tange a identificação por nome e sexo em harmonia a identidade de gênero. Ainda que tenham sido adotadas políticas públicas que assegurem a alteração do nome civil em alguns documentos de identificação oficiais, a fim de atenuar constrangimentos causados por portarem um nome discordante até mesmo do próprio reconhecimento, estas medidas são nitidamente ineficazes, haja vista que elas não preveem a alteração junto ao registro civil, de onde partem os documentos oficiais de identificação de maior relevância no país, e ainda, não se estende a todas as esferas pública e privada (Brasil, 2013; Bento, 2008).

Carrara e Vianna (2006), apontam ainda a vulnerabilidade social que as travestis estão inseridas, uma vez que, a histórica marginalização escolar e laboral desta classe a sujeita a situações mais próximas da prostituição e exposição pública a homofobia. Os autores apontam ainda a discriminação, a violência e exclusão social como determinantes da extrema vulnerabilidade social em que esta classe se encontra.

3. A LEI 11.340/2006 NO CONTEXTO TRANS

O efetivo reconhecimento das pessoas travestis e transgêneros tem caráter de suma importância na autenticidade dos direitos destas classes. Neste sentido, em concordância com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi expedido aos 28 dias do mês de abril do ano de 2016, editado pela Presidente da República na época, o decreto de nº 8.727, o qual “dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”. O objetivo deste decreto é denominar o nome social para travestis e transexuais, de modo que possam ser identificadas socialmente pelo mesmo e assim terem seu gênero respeitado, sem necessidade de ter relação com o sexo biológico.

O decreto traz as definições de nome social e identidade de gênero em seu parágrafo único do art. 1º:

I – nome social – designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e

II – identidade de gênero – dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Todavia, ainda que este instrumento resguarde estas classes de constrangimentos e discriminações, não as respalda momento que se faça necessário a utilização do nome civil, como previsto nos arts. 3º, 4º e 5º do decreto, ou ainda observa quanto a normatização do uso do nome em instituições privadas:

Art. 3º Os serviços dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo nome social e destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos. (Vigência)

Art. 4º Constará nos documentos oficiais o nome social da pessoa travesti ou transexual, se requerido expressamente pelo interessado, acompanhado do nome civil.

Art. 5º O órgão ou a entidade da administração pública federal direta, autárquica e fundacional poderá empregar o nome civil da pessoa travesti ou transexual, acompanhado do nome social, apenas quando estritamente necessário ao atendimento do interesse público e à salvaguarda de direitos de terceiros.

Ainda no sentido de proteção às travestis e transexuais, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Proteção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), órgão administrado pela Secretaria dos Direitos Humanos, aquiesceu a resolução nº 11/2014, a qual estabelece a inserção de campos para explicitar a orientação sexual, a identidade de gênero e o nome social em boletins de ocorrência que tenham sido expedidos pela autoridade policial. Esta resolução visa legitimar a identificação das travestis e transexuais diante a sociedade e ainda, auxilia os órgãos competentes a entender a essência

das barbaridades nos crimes contra a comunidade LGBT, legitimando as estatísticas, levando a conexão direta entre medidas protetivas e a identidade de gênero.

Os elevados índices de violência contra travestis e transexuais, muitas das vezes tendo a morte como desfecho, evidencia a necessidade de maior proteção a essas mulheres, de modo que a sociedade e o âmbito jurídico as reconheça a partir de seu gênero, equiparando a proteção dada as mulheres biologicamente declaradas. Neste sentido, há de se reivindicar o erro material contido no art. 2º da Lei 11.340/2006 assim como a não abrangência a todas as mulheres, previsto nos demais artigos desta Lei, os quais impedem que travestis, transgêneros e demais mulheres, que não estejam inseridas no ambiente doméstico e familiar, gozem dos benefícios protetivos de forma integral incumbidas ao Estado Democrático de Direito (Goiás, 2011).

Destarte, vale salientar o que a Lei 11.340/2006 traz em seus artigos 1º, 2º e 5º:

Art. 1º *Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.*

Art. 2º *Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.*

Art. 5º *Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou*

psicológico e dano moral ou patrimonial (Vide Lei complementar nº 150, de 2015).

Ao analisar os artigos supracitados, pode-se observar que o art. 1º direciona a Lei 11.340/2006 àquelas mulheres que estejam inseridas no ambiente doméstico e nas relações familiares, não equiparando de direitos àquelas que sofrerem violência em ambiente externo a ele, ou que não sejam consideradas mulheres. No art. 2º é nítido o erro material do legislador, ao se utilizar do termo mulher, tendo em vista que no art. 5º da mesma Lei, a violência doméstica e familiar é configurada a partir da ação ou omissão que forem baseados no gênero. Sendo assim, percebe-se a necessidade de melhoria na abrangência da Lei, prevista no art. 1º e ainda no art. 2º, em que o termo utilizado não designa todas as pessoas que estejam inseridas no gênero feminino, como as transgênero e as travestis (Brasil, 2006).

Atualmente, há algumas decisões do judiciário que estendem a proteção concedida às mulheres pelo instrumento da Lei 11.340/2006, às transgêneros e a casais homoafetivos em casos de violência doméstica. Como na decisão da magistrada Ana Claudia Veloso sobre o processo 201103873908, na comarca de Anápolis, estado de Goiás (2011, s.p.):

Desta forma, apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, ao meu ver tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos à cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais para, alterando seu assento de nascimento, deixar de se identificar como Alexandre Roberto Kley e torna-se 'Camille Kley' por exemplo! Além de uma inconstitucionalidade uma injustiça e um dano irreparáveis! O apego à formalidades, cada vez mais em desuso no confronto com as garantias que se sobrelevam àquelas, não podem me impedir de assegurar à ora vítima TODAS as proteções e TODAS as garantias esculpidas, com as tintas fortes da dignidade, no quadro maravilhoso da Lei Maria da Penha.

Neste sentido, observa-se a concordância da magistrada em agir em prol da segurança e proteção daquelas que estejam inseridas na sociedade como gênero feminino, independente de sexo biológico, protegendo àquelas que sejam que foram desamparadas pelo legislador de modo a equiparar o respeito entre todas essas mulheres. Outro fato observado pela decisão pioneira da magistrada foi o fato de ser irrelevante a alteração no registro civil da vítima, por ser irrelevante este fato diante da expressão de gênero da mesma. Este fato também foi observado pela 1ª turma criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ – DF) sobre o processo 20171610076127:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA. 1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil. 2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adora, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher. 3 Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a

vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese. 4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha.

Sendo assim, fica explícito que a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 para as pessoas de gênero feminino, independente do sexo biológico, depende meramente da atenção aos atos dada pelo juizado, urgindo então a necessidade de se estabelecer medidas diretas que as assegure de quaisquer interpretações.

Para Jayme (2001) é de grande importância que a Lei 11.340/2006 não se restrinja apenas a prevenir e punir os atos de violência doméstica, mas sim que se amplie a fim de abranger todas as pessoas de gênero feminino, admitindo inclusive a sua aplicação por analogia para as travestis e transgêneros, que sofram com a violência, passando a ser referência no ordenamento jurídico brasileiro na luta pela segurança das mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 11.340/2006 se apresenta como um dos maiores avanços na luta das mulheres contra a violência motivada pelo gênero. Encontra-se a explicação para estes atos de crueldade nos anos em que o sistema patriarcal regeu as famílias e a sociedade em geral. Todavia, pode-se perceber ao longo dos anos uma melhora na percepção quanto ao espaço e função dos indivíduos na sociedade, considerando-se assim as diferenças e evoluindo no sentido de respeitá-las.

Ainda que afirme uma grande evolução nos direitos e em respeito às mulheres, a Lei em questão ainda deve seguir o curso evolutivo, permitindo assegurar todas aquelas que não foram resguardadas por este instrumento do judiciário brasileiro. Garantir o direito fundamental a vida, independente de sexo, orientação sexual ou ambiente em que o desrespeito acontece.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, R. G.; VASCONCELLOS, F. B. **O Inquérito Policial em Questão: situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre a fragilidade do**

modelo brasileiro de investigação criminal. Sociedade e Estado, v. 26, p. 59-75, 2011.

BENTO, B. **O que é transexualidade.** São Paulo: Editora Brasiliense, 2008.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > . Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016.** Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/decreto/D8727.htm > . Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. **Lei 9.099/05.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm > . Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 11.340, de 7 de Agosto de 2006.** Lei que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm > . Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Secretaria de Gestão **Estratégica e Participativa Departamento de Apoio à Gestão Participativa.** Política nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Brasília, DF, 2013.

CARRARA, S.; VIANNA, A. A violência letal contra homossexuais no município do Rio de Janeiro: características gerais. In: CACERES, Carlos (Org). **Cidadania sexual em América.** Rio de Janeiro, 2006.

CARVALHO, M.; CARRARA, S. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad,** Rio de Janeiro, n. 14, p. 319-351, ago. 2013.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Fundação Perseu Abramo. **Violência Doméstica**. Disponível em: < <http://csbh.fpabramo.org.br/node/7244/> >. Acesso em: 08 out. 2018.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. **Decisão processo n.º 201103873908**. Magistrada Ana Cláudia Veloso. 23 de setembro de 2011. Disponível em: < <http://www.tjgo.jus.br/decisao/imprimir.php?inoid=2251460> >. Acesso: 16 out. 2018.

INSTITUCIONAL. DataSenado. **Aumenta o Número de mulheres que declaram ter sofrido violência**. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=aumenta-numero-demulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia/> >. Acesso em: 07 out. 2018.

JAYME, J. G. **Travestis, Transformistas, drag Queens, Transexuais: Identidade, corpo e gênero**. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel3/JulianaJaime.pdf/> >. Acesso em: 22 set. 2018.

JESUS, J. G. Gênero sem essencialismo: feminismo transgênero como crítica do sexo. **Universitas Humanística**, Bogotá, n. 78, p. 241-257, jul./dez. 2014.

LOPES, S. M.; LEITE, B. M.; ARAÚJO, R.C. **Proteção para quem? Lei Maria da Penha e as mulheres trans**. In: SEMINÁRIO ENLAÇANDO SEXUALIDADES, 4., 2015, Salvador. Salvador: Uneb, 2015. p. 01 – 10. Disponível em: < <http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2015/07/artigoCompletoSaskyALopeseBiancaleitererosAngelaAraujo.pdf> >. Acesso em: 05 nov. 2018.

NIEDERBERGER, A. Citizenship, Democracy and the Plurality of Means, Forms and Levels of Participation. In: CELIKATES, Robin; KREIDE, Regina; WESCHE, Tilo

(Ed.). **Transformations of Democracy**. London: Rowman & Littlefield, 2015. p. 83-106.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/onufeminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/> >. Acesso em: 02 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde – CID 10, 2008**. 2012. Disponível em: < <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm> >. Acesso em: 23 out. 2018.

REED, G. M., et al. Disorders related to sexuality and gender identity in the ICD-11: revising the ICD-10 classification based on current scientific evidence, best clinical practices, and human rights considerations. **World Psychiatry**, v. 15, n.3, p. 205-221, 2016.

ROBLES, R. et al. Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11. **Lancet Psychiatry**, London, jul. 2016.

TILLY, C. Movimentos sociais como política. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 3, p. 133-160, jan./jul. 2010.

TJ – DF 20171610076127 DF 0006926-72.2017.8.07.0020, Relator: GEORGE LOPES, Data de Julgamento: 05/04/2018, 1ª TURMA CRIMINAL. Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/04/2018. Pág.: 119/125.

TRANSGENDER EUROPE'S TRANS MURDER MONITORING. **Map showing the TMM results from january 2008 to december 2011**, 2012b. Acesso em 10 mai. 2012. Disponível em: < <http://www.questioningtransphobia.com/wpcontent/uploads/2012/03/TvT-TMM-Map2008-11-en2-1900x830.jpg> >. Acesso em: 20 out. 2018.

TRANSGENDER EUROPE'S TRANS MURDER MONITORING. **Reported deaths of 816 murdered trans persons from january 2008 until december 2011**, 2012a. Disponível em:

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591857>

< <http://www.transrespecttransphobia.org/uploads/downloads/TMM/TvT-TMM-Tables2008-2011-en.pdf>. >. Acesso em: 29 set. 2018.

[1] 2Graduado em Direito pela Universidade Ritter dos Reis(Canoas-RS).Especialista em Direito e Estado pela Universidade do Vale do Rio Doce (Governador Valadares - MG).Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas-Gerais (Belo Horizonte). Mestre, em Ciências do Ambiente pela Universidade Federal do Tocantins-UFT. Professor do Centro Universitário Luterano de Palmas e da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail: antonio.cesar@catolica-to.edu.br

ABORTO: DIREITO À VIDA

LAIRA CAROLINE SUSSI: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil Campus de Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: O aborto é um assunto que vem sendo polemizado, pois estão relacionados em seus valores sócios, aspectos religiosos, jurídicos e científicos. Essa questão vem caracterizando a interrupção da gravidez antes do seu termino normal, seja legal ou ilegal. Muitas mulheres colocando em risco suas vidas, podendo leva-las a ter uma doença grave tanto física como psicológicas, ou até, mesmo causando sua própria morte. Esse artigo tem como objetivo de propor a respeito da questão da prática do aborto, explorando sob os aspectos médicos que a vida começa na concepção e deve ser assegurada sua proteção no mesmo modo em sua dignidade humana e direito a vida a qual é fundamento do Estado. Com base ao aspecto religioso, buscamos analisar o que a bíblia diz e deixa claro que a vida pertence a Deus, e não a nós, assim ele já conheceu cada pessoa e cada vida, inclusive desde antes da concepção até o ser adulto. O estudo concluiu em compreender que o aborto não seria a solução, pois como demonstrado traria uma série de consequências para todos os envolvidos e violaria a Constituição Federal, quanto o pacto sobre os direitos humanos, se caso uma lei vise legalizar o aborto no país.

Palavras Chave: Aborto, Começo a vida, Aspecto religioso, Direito a vida.

ABSTRACT: Abortion is a subject that has been debated, since it is related in social, religious, legal and scientific aspects. This issue has characterized the interruption of pregnancy before its normal termination, whether legal or illegal. Many women put their lives at risk, leading them to have a serious physical or psychological illness, or even, even causing their own death. This article aims at proposing on the question of the practice of abortion, exploring in medical aspects that life begins at conception and must be ensured its protection in the same way in its human dignity and right to life which is the foundation of the State. Based on the religious aspect, we seek to analyze what the Bible says and makes it clear that life belongs to God, not to us, so he has already known every person and every life,

from before conception to adulthood. The study concluded that abortion would not be the solution, as it would bring a series of consequences for all those involved and would violate the Federal Constitution, as well as the human rights pact, if a law is intended to legalize abortion in the country.

Key words: Abortion, Beginning of life, Religious aspect, Right to life.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO. 2 - O ABORTO. 2.1 - Conceito. 2.2 - Aspecto Religioso. 3 - O ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA. 3.1 - Prevenção da Gravidez. 3.2 - Das Consequências do Aborto Físicos e Psicológicos. 4 - O DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4.1 - Como a tecnologia tem comprovado que a vida começa na concepção? 5 - PROJETO EMENDA CONSTITUCIONAL 181. 6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7 - REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisou alguns pontos que possam ser diretas para uma reflexão mais aprofundada sobre o tema aborto. Na discussão desse tema, deparamos com argumentações que contemplam uma adequada compreensão terminológica, seja biológica, seja ético-moral.

No primeiro capítulo buscamos o conceito e a classificação na sua esfera jurídica médica e religiosa. Quando a prática do aborto é a anulação da gravidez, causando a morte do feto ou embrião. Após tratou-se do aspecto religioso, que as escrituras ensinam: Já que toda vida foi criada por Deus e pertence a ele ninguém tem o direito de matar algo que Deus criou. (Êxodo 20.13). (Isaías 5): Ouvi-me, ilhas, e escutai vós, povos de longe: O SENHOR me chamou desde o ventre, desde as entranhas de minha mãe fez menção do meu nome. E agora diz o Senhor, que me formou desde o ventre para ser seu servo, para que torne a trazer Jacó; porém Israel não se deixará ajuntar; contudo aos olhos do Senhor serei glorificado, e o meu Deus será a minha força.^[1]

No segundo capítulo focou-se os resultados que traz consequências negativas e perigosas para a saúde das mulheres. Primeiramente, buscou analisar a prevenção da gravidez, promovendo um planejamento familiar, auxiliando

mulheres que querem ter filhos ou não por meio do Sistema Único da Saúde (SUS). Assegurando com contraceptivos para evitar uma gravidez indesejada.

Mas como foco principal resultamos mulheres que sofreram graves consequências físicas e psicológicas ao praticar o aborto e muitas acabam causando a própria morte. Verificamos dentro do contexto que mulheres mesmo praticando o aborto legal e ilegal ficaram gravemente com sequelas psicológicas, como diz a psicóloga Cristina Mendes tanto as mulheres que sofrem um aborto espontâneo quanto as que se submetem ao procedimento ilegal apresentam o discurso de culpa.^[2]

No terceiro capítulo enfatizamos o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, destacando a necessidade de desfrutar de tal direito, assegurado pela nossa lei maior que garante a inviabilidade do direito à vida. E concretizamos comprovações médicas que garante vida na concepção. Para Dr. Marcelo Scarpari, médico e biomédico. "É possível ouvir o coração do bebê cerca de 22 dias após a concepção, ou seja, por volta da **quinta semana** após a última menstruação, através de um Doppler fetal, ultrassom vaginal e abdominal ou um fetoscópio."^[3]

No quarto capítulo finalizamos com um projeto de emenda constitucional, no quais deputados admitiu impossibilitar qualquer tipo de aborto no Brasil, realizando uma votação, não ainda aceita, mais sendo analisando para concretizar definitivamente.

Por fim, há se ressaltar que o objetivo desse trabalho é analisar a interrupção de certos casos da gravidez, primando por uma abordagem jurídica, científica e teórica, que foram realizados através de muitas análises de ideias, conceitos e posicionamentos legais de acordo com o nosso ordenamento jurídico, artigos e pesquisas relacionadas sobre o tema, para uma melhor compreensão sobre o assunto aqui estudado.

2 - O ABORTO

2.1 - Conceito

A prática do aborto é a anulação da gravidez, causando a morte do feto ou embrião. Isto pode ocorrer de forma espontânea, ilegal e induzida, colocando fim na gestação, e conseqüentemente o fim da vida do feto. O aborto geralmente é dividido em três formas espontâneas, ilegais e induzidas.

Não é preciso haver dilatação uterina para definir o aborto, basta cessar o desenvolvimento do ovo, podendo ser feto, embrião ou zigoto; cada um desses nomes se refere ao produto da fecundação ou concepção, o conceito em uma de suas diferentes fases de desenvolvimento ao longo da gestação.

Assim, Dr. Derval da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, refere-se:

“O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozoide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinadas as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético[4].”

O cientista Jerome Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Down (mongolismo), nos diz: ‘Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco inicial da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato’.[5]

2.2 - Aspectos Religiosos

Sendo um país laico, prezamos que tenhamos o livre direito de expressar nossas opiniões e o Brasil guarda a opinião pública quando se trata de princípios religiosos. A Constituição Federal estabelece assegurada obrigatoriedade de tratamento igualitário, por parte do Estado, a todas as formas de pensamento religioso. (Art. 5º VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias).[\[6\]](#)

Quando olhamos para a bíblia buscamos respostas que não podem ser negadas, a autoridade da bíblia é indiscutível para os que possuem a fé. A vida é o assunto principal quando se fala de aborto. Esses versículos bíblicos citados a indica que Deus não faz distinção entre vida em latente e vida da real, ou em delinear estágios do ser - ou seja, entre uma criança ainda não nascida no ventre materno em qualquer que seja o estágio e um recém-nascido ou uma criança. As Escrituras subentendem a continuidade de uma pessoa, desde a concepção até o ser adulto.

[Êxodo 20:13](#) "Não matarás.

[Salmos 139:13-16](#): Tu criaste o íntimo do meu ser e me teceste no ventre de minha mãe.

[Jó 31:15](#):Aquele que me fez no ventre materno não fez também a eles? Não foi ele quem formou a mim e a eles No interior de nossas mães?

[Jeremias 1: 5](#): Antes que te formasse no ventre te conheci, e antes que saíesses da madre, te santifiquei; às nações te dei por profeta.[\[7\]](#)

De tudo exposto, precisamos entender que a vida humana pertence a Deus, e não a nós, e que, por isso, proíbem o aborto. A Bíblia ensina que, em última análise, as pessoas pertencem a Deus porque todos os homens foram criados por Ele.

3 - O ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

3.1 - Prevenções da Gravidez

Por se tratar de uma questão de saúde pública, foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o Planejamento Familiar, que promove impactos positivos a saúde da mulher.

O planejamento familiar é um conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também quem prefere adiar o crescimento da família por meio do Sistema Único da Saúde (SUS).^[8]

Neste mesmo planejamento familiar (lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996), permite o tipo de cirurgia vasectomia em homens, a vontade do homem e do casal depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

Entretanto não podemos deixar de pronunciar a implantação que o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelece a mulher a prevenir a gravidez, em tese, entre oito tipos de contraceptivos: (DIU de cobre), a camisinha masculina e feminina, e o anticoncepcional injetável ou em pílula. Além disso, é possível fazer vasectomia e laqueadura, se o homem e ou a mulher tiver mais de 25 anos ou dois filhos.

Com tudo exposto temos que aceitar que o Brasil dá o direito assegurado, prevenindo as mulheres a não ter uma gravidez indesejada. Na Constituição Federal prevê nos artigos 196 e 226. O direito da saúde e o dever do Estado, segurando mediante políticas sócias e econômica, econômicas que visem à redução do risco de doença e proteção e recuperação. E a família tem especial proteção do Estado, dentro nos princípios da dignidade da pessoa humana, e no planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais ecientíficos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

3.2 - Das Consequências do Aborto Físicos e Psicológicos

O Aborto desenvolve aspectos morais, éticos, legais e religiosos, referindo a particularidade de cada mulher. No momento que o aborto é tratado

por razões médicas, feito de maneira inadequada, geralmente resulta em graves complicações e inclusive na morte da mulher.

Muitas mulheres recorrem ao aborto utilizando métodos caseiros através de medicações proibidas e contrabandeadas ou mesmo por atendimento em clínicas clandestinas. Esses abortos clandestinos constituem um grave problema para a saúde pública, acarretando uma grande quantidade de mortes maternas e muitas que opta por esses recursos acabam morrendo ou trazendo complicações. Abaixo demonstram consequências de quem realiza o aborto:

Morte;

Perfuração do útero;

Sangramentos;

Ruptura do colo do útero;

Depressão;

Psicose;

Suicídio;

Tromboflebite venosa;

Embolia pulmonar;

Anemia;

Retenção de restos ovulares;

Acidentes ligados a anestesia, incluindo-se convulsões, choques, e parada cardíaca devido á reação tóxica do anestésico utilizado,

Sentimento de culpa

Diante de uma gravidez não planejada e indesejada, muitas mulheres recorrem por meios clandestinos de realizar o aborto e acaba colocando em risco sua vida. As causas mencionadas a cima, não refere apenas aborto ilegais, ou seja, aquele aborto legal também causa grandes problemas como no caso de abuso sexual ou quando a gravidez coloca em risco a vida.

Após o aborto tanto legal como ilegal, muitas mulheres desenvolvem não apenas sequelas físicas, mas sim alterações psicológicas. Todo fenômeno de efeitos psicológicos que ocorre após o aborto é conhecido como SÍNDROME PÓS-ABORTO (refere-se à incapacidade da mulher para processar a sua angústia, medo, raiva, tristeza e culpabilidade pela experiência de um ou vários abortos provocados).^[9]

Fatos revelam histórias que aconteceram com mulheres que fizeram o aborto e ficaram com traumas psicológicos. "Em Teresina, uma jovem de 20 anos fez um aborto na Maternidade Evangelina Rosa". Ela tem problemas mentais e foi vítima de estupro. A família descobriu a gravidez aos quatro meses. Agora, para protegê-la, a avó tirou a jovem da casa da mãe. "Ela não fala sobre o que aconteceu, porque ela ficou com trauma." ^[10]

A psicóloga clínica hospitalar Cristina Mendes Gigliotti Borsari dedicou sua dissertação de mestrado à investigação das vivências femininas pós-aborto. No trabalho apresentado ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HC/FMUSP), intitulado "Aborto provocado: uma vivência e significado. Um estudo fundamentado na fenomenologia", Cristina constatou que tanto as mulheres que sofrem um aborto espontâneo quanto as que se submetem ao procedimento ilegal apresentam o discurso de culpa. Na época do estudo, a pesquisadora atuava como psicóloga de dois hospitais públicos da periferia de São Paulo e entrevistou 120 mulheres que passaram pela interrupção da gravidez. Destas, 11 confessaram ter abortado por vontade própria. "Eram pacientes que davam entrada nos hospitais com muita hemorragia. Duas delas, inclusive, precisaram ser internadas em uma unidade de terapia intensiva (UTI) e correram risco de morte. A entrevista era feita logo depois do processo de raspagem do útero", revela^[11]

4 - O DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA

HUMANA

A vida e a dignidade da pessoa humana são direitos constitucionalizados, que devem ser preservados a fim de garantir a sobrevivência do ser humano. Os principais direitos fundamentais desta geração são: à vida, à liberdade, à

propriedade e à igualdade. A dignidade é um princípio que sendo inerente ao ser humano assegura-o dos direitos e garantias fundamentais, garantindo assim que este não se torne fantoche, um objeto manipulado por quem quer que seja.

No art 5º, caput da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida. O direito à vida é elementar, podendo ser considerado como o mais fundamental dentre os direitos fundamentais, isso porque sem ele não há como usufruir dos outros direitos.

O direito à vida e a dignidade da pessoa humana são preceitos de extrema abrangência e os doutrinadores que de uma forma ou de outra os conceituaram ou importantes considerações teceram sobre eles:

Na visão de Alexandre de Moraes (2011, p. 48): [...] a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. [...] A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se em três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).^[12]

Paulo Gustavo Gonet Branco cita: Mendes (2014, p.263). A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostas na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.[13]

Deste modo a vida é fundamental pra esse direito, para o professor Paulo Gonet a vida começa na concepção, conforme o entendimento Diniz (2014, p.53). A vida humana começa com a concepção. Desde esse instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se encontre, precisa, antes do nascimento, do útero e do respeito à sua vida. O feto é um ser com individualidade própria: diferencia-se, desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai e de qualquer pessoa, e, independentemente do que a lei estabeleça, é um ser humano.[14]

Diante da expressa proteção jurídica o “**art. 2º** A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. [15] Portanto a lei põe salvo que a concepção os direitos do nascituro, deixa claro que o mais importante desses direitos é a vida. Como diz o Prof. Ives Grandra da Silva Martins: “Seria contraditório se a lei dissesse que todos os direitos do nascituro estão a salvo menos o direito à vida.”.

4.1 - Como a tecnologia tem comprovado que a vida começa na concepção?

Na tecnologia médica tem nos permitido contemplar o ventre e observar o desenvolvimento fetal até mesmo a partir da concepção, e através de aparelhagens como; fetoscopia (20 dias de gestação), sonografia transvaginal(6 semanas após Dum), **Doppler fetal (12 semanas de gestação), ultrassom abdominal (7 a 8 semanas), e Detecção tardia (7 ou 14 dias).**

Para Dr. Marcelo Scarpari, médico e biomédico. “É possível ouvir o coração do bebê cerca de 22 dias após a concepção, ou seja, por volta da **quinta semana** após a última menstruação, através de um Doppler fetal, ultrassom vaginal e abdominal ou um fetoscópio.” [16]

Segundo, Dr. Nathanson, ginecologista e obstetra, relatou que os avanços tecnológicos levaram a mudar sua crença pró-aborto. Conhecido como "rei do aborto", ter realizado mais de 75.000 mil abortos, hoje ele declara que devido os avanços científicos da medicina fetal forçaram-no a aceitar o fato de que o feto é, na realidade, um ser humano vivo.[\[17\]](#)

A conversão de Nathanson para o movimento pró-vida se deu pelo advento da máquina de ultrassom no começo dos anos 70. Ele relatou como ficou sensibilizado ao perceber que o feto é de fato um ser humano depois que viu um nascituro se encolher e recuar diante de um aspirador abortivo antes de ser sugado para fora do ventre materno.[\[18\]](#)

E por tudo isso é inadmissível definir-se a origem da vida humana em qualquer outro momento, ou seja, sua viabilidade, exceto na concepção.

5 - PROJETO EMENDA CONSTITUCIONAL 181

A Comissão Especial da Câmara dos Deputados admitiu uma proposta de emenda constitucional que interfere a interpretação de todas as leis que autoriza o aborto legal no Brasil. Hoje, o aborto é somente autorizado nos casos previsto no art.124 a 128 do Código Penal; aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, aborto provocado por terceiro, aborto necessário, aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Com essa provação do PEC/15, impediria o aborto no Brasil em qualquer deste contexto a cima. Por entenderem que a Constituição de 1988 tem mais força que o Código Penal.

Em 2017 teve uma alteração para acrescentar na Constituição a ideia que a vida deve ser respeitada desde da concepção, não só depois do nascimento. A mudança seria feita do art. 1º no inciso III da constituição "a dignidade da pessoa humana desde a sua concepção." E no artigo 5º, "a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção."

O presidente da Comissão, que é favorável à aprovação da PEC, nega que a proposta vá proibir todo tipo de aborto e alega que a intenção é "deixar claro o

que já está na lei". Os defensores da PEC também pretendem derrubar uma decisão tomada na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) em novembro do ano passado, em que, na análise de um caso específico, a Turma abriu precedente para a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gravidez.[19]

Evandro Gussi, discutiu também: — Nós não admitimos aborto em nenhum momento. O Supremo, ofendendo a lei a Constituição, disse que não seria crime, mas com isso usurpou as competências do poder legislativo. Com essa proposta nós queremos garantir a defesa da vida desde a concepção, mas sem alterar as hipóteses em que já é permitido — [20]

Em uma votação reuniram 19 deputados, foram de 18 a um- voto contrário único da deputada Érica Kokay(PT-DF). Com isso a votação seguirá para Câmara e precisa alcançar 308 votos para que siga até o Senado.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do que propomos no presente trabalho, ficou demonstrado que o aborto desperta uma série de polêmicas, tanto na parte: política, jurídica e filosófica, quanto na parte: social, moral e religiosa.

Constatamos que a vida inicia no momento da concepção, sendo que muitos profissionais da saúde, relatam que a partir do vigésimo segundo dia, após a última menstruação, já é possível constatar os batimentos do coração do bebê, sendo indiscutível negar a presença de uma vida dentro do ventre materno.

Assim, a vida se torna um direito fundamental e emana de todos os direitos garantidos pela Constituição Federal, inclusive que a vida é um direito inviolável e não passível de violação.

Entretanto, com base jurídica, nenhuma lei que vise legalizar o aborto no país, pois se isso ocorresse seria completamente contraditório, sem contar que estaríamos violando tanto a Constituição Federal, quanto os Pactos sobre direitos humanos.

Portanto, o aborto não seria a solução, pois como ficou demonstrado o aborto traria uma série de consequências para todos os envolvidos, englobando

consequências psicológicas, sócias, físicas, sem contar principalmente no peso que a mulher carregaria consigo a morte de uma vida.

7 - REFERÊNCIAS

CURIA, Luiz Roberto & CÉSPEDES, Livia & ROCHA, Fabiana Dias. **Vade Mecum Saraiva**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 21ª Ed. atual. E ampl. São Paulo: Editora Saraiva 2016.

ANKERBERG, John & WELDON John, **Os Fatos Sobre Aborto**: respostas da ciência e da bíblia sobre quando começa a vida. 2ª Ed. Porto Alegre: Editora Chamada 1999.

Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-legalidade-do-aborto,47676.html>>. Acessado em: 26/12/18

Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/biologia/aborto.htm>>. Acessado em: 21/03/19

Wikipédia. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto>>. Acessado em: 21/03/19

Drauzio Varella. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/>>. Acessado em: 21/03/19

Estadão. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/opinio-o-aborto-como-questao-de-saude-publica/>>. Acessado em: 21/03/19

Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2577>. Acessado em: 21/03/2019

Medicina Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Disponível em: <http://revista.fmrp.usp.br/2008/VOL41N2/pv_aborto_uma_questao_saude_publica.pdf>. Acessado em: 21/03/2019

Biblioteca Virtual em Saúde, Disponível em:
<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf>. Acessado em: 21/03/19

SciElo, Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010311042013000300014&script=sci_abstract&tlng=ptf>. Acessado em: 27/12/18

TCC Online, Disponível em:
<<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/08/ABORTO-UMA-QUESTAO-DE-SAUDE-PUBLICA.pdf>>. Acessado em: 14/01/19

Jus, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65271/aborto-uma-questao-juridica-e-de-saude-publica>>. Acessado em: 21/03/19

Blog da Saúde, Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/promocao-da-saude/29754-sus-oferece-oito-opcoes-de-metodos-contraceptivos.html>>. Acessado em: 21/03/19

idUFF, Disponível em:
<<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/5228/1/TCC%20VERONICA2017.pdf>>. Acessado em: 21/03/19

G1, Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/os-contraceptivos-que-voce-tem-direito-de-exigir-pelo-sus-e-o-que-fazer-se-nao-conseguir.ghtml>>. Acessado em: 21/03/2019

Psicologia.PT, Disponível em:
<<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1193.pdf>>. Acessado em: 27/12/18

Gineco, Disponível em: <<https://www.gineco.com.br/saude-feminina/metodos-contraceptivos/planejamento-familiar/>>. Acessado em: 21/03/19

Ministério da Saúde, Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-para-voce/saude-do-adolescente-e-do-jovem/informacoes-sobre-gravidez-na-adolescencia2>>. Acessado em: 21/03/2019

Tele D.I.U., Disponível em: <<https://www.telediu.com.br/post/5/10-vantagens-em-usar-o-diu-de-cobre>>. Acessado em: 21/03/2019

Blog da Saúde, Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/34478-saude-do-homem-vasectomia>>. Acessado em: 21/03/2019

Bíblia Sagrada, Disponível em : <<https://www.bibliaonline.com.br/nvi>>. Acessado em : 20/03/2019.

NOTAS:

[1] Bíblia Sagrada; <https://www.bibliaonline.com.br/nvi>

[2] <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/08/mulheres-que-tem-direito-ao-aborto-enfrentam-dificuldades-no-brasil.html>

[3] <https://medicoresponde.com.br/com-quantas-semanas-e-possivel-ouvir-o-coracao-do-bebe/>

[4] Rocha, Fernando A. N. Galva?o da Direito penal : crimes contra a pessoa / Fernando Galva?o. – Sa?o Paulo : Saraiva, 2013.pagina: 112

[5] Rocha, Fernando A. N. Galva?o da Direito penal : crimes contra a pessoa / Fernando Galva?o. – Sa?o Paulo : Saraiva, 2013.pagina: 113

[6] Vade Mecum Saraiva/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 21.ed. atual. E ampla. – São Paulo: Saraiva, 2016.

[7] Bíblia Sagrada; <https://www.bibliaonline.com.br/nvi>

[8] <http://www.saude.mg.gov.br/planejamentofamiliar>

[9] <https://www.acidigital.com/noticias/o-que-e-a-sindrome-pos-aborto-como-ela-afeta-as-mulheres-psicologa-catolica-responde-34948>

[10] <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/08/mulheres-que-tem-direito-ao-aborto-enfrentam-dificuldades-no-brasil.html>

[11] <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/08/mulheres-que-tem-direito-ao-aborto-enfrentam-dificuldades-no-brasil.html>

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591857>

[12] <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2206/Monografia%20J%C3%A9ssica%20Albarello.pdf?sequence=1>

[13] <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aborto-uma-afronta-ao-direito-a-vida,590156.html>

[14] <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aborto-uma-afronta-ao-direito-a-vida,590156.html>

[15]. Vade Mecum Saraiva/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 21.ed. atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. (Direito Civil, PAGINA:

[16] <https://medicoresponde.com.br/com-quantas-semanas-e-possivel-ouvir-o-coracao-do-bebe/>

[17] <http://casaprovidami.com.br/de-pro-aborto-a-pro-vida-dr-bernard-nathanson-o-aborteiro-que-se-converteu-com-um-ultrassom/>

[18] <http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo703.shtml>

[19] <https://oglobo.globo.com/sociedade/votacao-da-pec-do-aborto-fica-para-2018-22194038>

[20] <https://oglobo.globo.com/sociedade/votacao-da-pec-do-aborto-fica-para-2018-22194038>