



O DIREITO 2 EM PERSPECTIVA 2

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS
(ORGANIZADOR)



O DIREITO 2 EM PERSPECTIVA 2

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS
(ORGANIZADOR)

Atena
Editora
Ano 2022

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Bruno Oliveira

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Prof^o Dr^a Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof^o Dr^a Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Prof^o Dr^a Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Prof^o Dr^a Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
Prof^o Dr^a Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof^o Dr^a Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
Prof^o Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof^o Dr^a Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Prof^o Dr^a Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Prof^o Dr^a Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^o Dr^a Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof^o Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^o Dr^a Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins



Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Maiara Ferreira
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 O direito em perspectiva 2 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-258-0190-2

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.902221406>

1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br



DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.



DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.



APRESENTAÇÃO

Em **O DIREITO EM PERSPECTIVA 2**, coletânea de dez capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, três grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito penal; estudos em direito constitucional; além outras temáticas.

Estudos em direito penal traz análises sobre direito penal e inteligência artificial, combate ao contrabando de migrantes e execução provisória de pena decorrente de condenação em Tribunal do Júri.

Estudos em direito constitucional aborda questões como proposta de redução da maioria penal, competência do STF, direito à saúde e meio ambiente

No terceiro momento, outras temáticas, temos leituras sobre justiça administrativa e prevenção, enfrentamento do assédio moral e posse no direito civil.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

A DUALIDADE E CONTRAPONTO ENTRE O DIREITO PENAL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Vitor Sardagna Poeta

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214061>

CAPÍTULO 2..... 11

PROTOCOLO RELATIVO AO COMBATE AO CONTRABANDO DE MIGRANTES E SUA INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alana Coutinho Pereira

José Carlos Cordeiro Gomes

Rosimeire Cristina Andreotti

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214062>

CAPÍTULO 3..... 25

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA ALTERAÇÃO DA LEI 13.964/19

Henrique Giacomini

Ronaldo de Almeida Barretos

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214063>

CAPÍTULO 4..... 35

UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E SOCIAL EM RELAÇÃO A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Vitor Josias Gomes dos Santos

Ralf Oliveira Santos

Bernardino Cosobek da Costa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214064>

CAPÍTULO 5..... 50

STF VIOLA A CONSTITUIÇÃO TIPIFICANDO HOMOFOBIA COMO RACISMO

Andrielly Nascimento de Santana

Renato Carlos Cruz Menezes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214065>

CAPÍTULO 6..... 63

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAR A GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Israel Queiroz Carvalho de Araújo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214066>

CAPÍTULO 7..... 76

A ÉTICA AMBIENTAL COMO DEFENSIVO ECOLÓGICO DE SÍNDROME DA FALTA DE

NATUREZA

Ronny Max Machado

João Francisco Mantovanelli

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214067>

CAPÍTULO 8..... 88

O APERFEIÇOAMENTO DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA FORA DO PODER JUDICIÁRIO

Keila Oliveira Kremer

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214068>

CAPÍTULO 9..... 101

A POLÍTICA DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO DO ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DE MATO GROSSO

Mireni de Oliveira Costa Silva

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.9022214069>

CAPÍTULO 10..... 107

A POSSE NO DIREITO CIVIL E ASPECTOS POLÊMICOS

Igor Rodrigues Santos

Thenyse Veras Santana

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.90222140610>

SOBRE O ORGANIZADOR 127

ÍNDICE REMISSIVO..... 128

CAPÍTULO 1

A DUALIDADE E CONTRAPONTO ENTRE O DIREITO PENAL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Data de aceite: 01/06/2022

Vitor Sardagna Poeta

Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho - Portugal. Advogado

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a contextualização das novas tecnologias presentes no mundo moderno e de seu controle, mormente pelo mecanismo estatal punitivo e retributivo do Direito Penal, frente às novas tecnologias existentes em todo o mundo, tendo como grande centro, a Inteligência Artificial (I.A). Busca-se compreender quais os impactos da Inteligência Artificial, aliando-se aos sistemas penais da atualidade, com ênfase no direito penal e processual penal brasileiro, diante da nova onda tecnológica, o tratamento de dados sensíveis por trás da mesma e todos os possíveis mecanismos de controle tecnológicos que as novas tecnologias proporcionam. Utilizando-se do método indutivo, buscar-se-á examinar, desta forma, os efeitos e promover a análise dos referidos textos legais, em consonância com o que acontece no mundo digital, em todo o planeta terra, concomitantemente, principalmente, no âmbito jurídico, sobretudo, diante dos recentes casos envolvendo a Inteligência Artificial e as possíveis responsabilizações penais advindas dessa dualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; Direito Penal; Processo Penal; Internet; Dados

sensíveis; Manipulação de dados; Proteção de Dados.

DUALITY AND COUNTERPOINTS BETWEEN CRIMINAL LAW AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT: The present study aims to contextualize the new technologies present in the modern world and their control, especially through the punitive and retributive state mechanism of Criminal Law, in face of the new technologies existing worldwide, with Artificial Intelligence as the main center (A.I). It seeks to understand the impacts of Artificial Intelligence, allying itself with the current criminal systems, with an emphasis on Brazilian criminal law and criminal procedure, in the face of the new technological wave, the processing of sensitive data behind it and all possible mechanisms technological control systems that new technologies provide. Using the inductive method, we will try to examine, in this way, the effects and promote the analysis of the referred legal texts, in line with what happens in the digital world, in the whole planet earth, concomitantly, mainly, in the scope especially in view of the recent cases involving Artificial Intelligence and the possible criminal liability arising from this duality.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Criminal Law; Criminal Proceedings; Internet; Sensitive Data; Data Manipulation; Data Protection.

1 | INTRODUÇÃO

Com o advento de novas tecnologias, a inserção de novos mecanismos, cada vez mais

sofisticados, cria-se e dita-se uma significativa evolução na estrutura comportamental da sociedade atual, bem como dos sistemas que “interagem” com a sociedade civil.

É nesse interim, que surge a Inteligência Artificial, braço forte da mais nova e atual tecnologia, a qual é capaz de “quase tudo”. Porém, há de se observar certo limite para a inserção dessa tecnologia de inteligência no cotidiano, sobretudo aliado aos paradigmas de proteção legais, como por exemplo o direito penal e o Poder Judiciário.

No âmbito das tecnologias da informação, as consequências jurídicas do avanço desenfreado, instauram um cenário de insegurança jurídica, já que a falta de legislação específica enseja na adaptação do caso concreto aos diplomas normativos existentes.

O Direito Penal, destina-se a promover meios para a existência de uma convivência social pacífica e equilibrada, e o faz por meio da proteção dos bens jurídicos fundamentais ao seio social, fora criado para ponderar e controlar as situações inerentes aos seres humanos e suas relações em sociedade. Contudo, com o desenvolver dos meios tecnológicos, percebemos ofensas criminais, as quais não são apenas cometidas por humanos na contemporaneidade, mas sim por “máquinas”.

Diante deste fenômeno, surgem debates como: sobre qual seria a solução adequada para a aplicação da responsabilidade penal em situações em que o ilícito tenha sido cometido por um sistema de inteligência artificial ou como se pode proceder um julgamento penal justo, com o uso dessa inteligência tecnológica.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹ fora utilizado o Método de abordagem dedutivo e como método de procedimento, o descritivo, pautado no levantamento bibliográfico.²

Nas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente³, da Categoria⁴, do Conceito Operacional⁵ e da Pesquisa Bibliográfica.⁶

2 | SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

2.1 O que é?

A inteligência artificial e a robótica sempre foram alvos de muitas especulações,

1 “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

2 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

3 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

4 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

5 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

6 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

debates e críticas, estimuladas principalmente por ideias projetadas pelas histórias de ficção científica e pela indústria do cinema. Necessário cortar o mal pela raiz e verificar o que de fato é a Inteligência Artificial e sua importância (utilização) na contemporaneidade.

Com o intuito de conceituar Inteligência Artificial (IA), de acordo com Nikolopoulos, pode ser concebida como uma área de estudos da computação que se interessa pelo estudo e criação de sistemas que possam exibir um comportamento inteligente e realizar tarefas complexas com um nível de competência que é equivalente ou superior ao de um especialista humano.⁷

De forma muito resumida, eis que o objetivo e seara desta pesquisa é outra e não esmiuçar o que é e como funciona a IA:

Embora seja estudada, academicamente, desde os anos 1950, apenas recentemente tem gerado um interesse, principalmente por causa do surgimento de notícias e aplicações dessa tecnologia de forma prática em nossas vidas, como por exemplo: o Watson, IA da IBM, o qual se tornou capaz de derrotar dois dos melhores jogadores de Jeopardy do mundo.⁸

Por fim, urge salientar que um sistema de IA não só é capaz armazenar, tratar e manipular dados, mas também da aquisição, representação, e manipulação de conhecimento. Essa manipulação inclui a capacidade de deduzir ou inferir novos conhecimentos, novas relações sobre fatos e conceitos, oriundos de conhecimentos pré-existentes, sempre cruzando os mesmos, chegando até mesmo a resolver problemas complexos que são frequentemente não-quantitativos por natureza.

2.2 E sua aplicação no Direito?

Surgiu, advindo de uma startup canadense, o ROSS, primeiro robô advogado do mundo. E ele é capaz de ouvir a linguagem humana, rastrear mais de 10 mil páginas por segundo e formular uma resposta muito mais rápida do que qualquer advogado humano. Para a criação do ROSS, por exemplo, fora utilizada a plataforma Watson, já citada, da IBM.

As respostas do advogado robô incluem citações legais, sugerem centenas de artigos para estudar e, também, calculam uma taxa de confiança para ajudar os advogados a preparar os casos.

Ainda, por se tratar de plataforma de inteligência artificial (IA), quanto mais consultas e interações o robô recebe, mais ele “aprende e aumenta sua eficácia”, de acordo com o que já fora citado sobre a manipulação, conversão e cruzamento de dados.

No que se refere aos resultados, aponta-se que escritórios que usam ROSS

7 NIKOLOPOULOS, Chris. Expert Systems – Introduction to First and Second Generation and Hybrid Knowledge Based Systems. Marcel Dekker Inc. Press. 1997 apud OSÓRIO, Fernando S. Redes Neurais Artificiais: Do Aprendizado Natural ao Aprendizado Artificial. In: I Fórum e Seminário de Inteligência Artificial, 1999, Canoas. Fórum e Seminário de Inteligência Artificial da ULBRA / SBC. Canoas: ULBRA, 1999.

8 INTELIGÊNCIA Artificial – IBM. Discovery Brasil, 2018. Documentário. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=W95YIM5-iPk>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020

relataram uma redução de 30% no tempo de pesquisa, encontrando resultados 40% mais relevantes.⁹

Pode-se citar, ainda, outros exemplos de programas inteligentes aplicados à seara jurídica, quais sejam: a) *COIN (Contract Intelligence)*, Inteligência Artificial que analisa contratos financeiros de empréstimo comercial, através da análise de padrões e relacionamentos, economizando horas de atividade laboral dos advogados e permitindo que os bancos reduzam os erros de manutenção dos empréstimos; b) *LawGeex*, plataforma criada para revisar contratos, capaz de providenciar análise detalhada das cláusulas que precisam de revisão a partir dos interesses dos clientes; c) Assistente Digital do Promotor, software desenvolvido pela empresa *Softplan* que, além de ajudar a organizar o volume de processos, é capaz de fornecer análises eficientes e objetivas que auxiliam no trabalho dos promotores.¹⁰

Em se tratando de decisões judiciais, em meados de 2018, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu uma Inteligência Artificial, batizada de Victor, que contribui para dar maior eficiência na análise de processos, com economia de tempo e de recursos humanos. Tarefas que os servidores do Tribunal levam, em média, 44 minutos, podem ser feitas em cinco segundos pelo Robô. O algoritmo baseado em aprendizado de máquinas tem por finalidade analisar os temas de repercussão geral que, ainda que o STF tenha afirmado que não iria decidir, chegam à casa maior.

Dessa forma, inegável que a IA pode e é grande aparato de avanço tecnológico, com o condão de facilitar o mecanismo jurídico. Porém, deve-se levar em consideração que a viabilidade desse sistema implica na orientação por objetivos claros e em conformidade com os preceitos legais e, principalmente, constitucionais.

3 I INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO PENAL

Inegável que as evoluções tecnológicas transformam a interação entre o direito e seu operador. Também, nítido que há intensa alteração na forma como os serviços jurídicos e a atividade jurídica pode e deve ser prestada, sobretudo pelo axioma trazido ao direito, como um todo.

No que se refere ao direito penal, em sentido mais estreito, verifica-se que esse tem maior sensibilidade às mudanças advindas dos processos evolutivos, pois necessita moldar, cada vez mais, às situações corriqueiras cotidianas enfrentadas no dia a dia.

Quando falamos, em Direito Penal e Processual Penal, no Brasil, necessário pontuar que alguns “requisitos” devem ser observados para se falar em crime, por exemplo.

Quando se vislumbra o seu conceito material, crime é definido como uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui

9 Cf. <<https://rossintelligence.com/ross/coverage/>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2020.

10 ATHENIENSE, Alexandre. A inteligência artificial e o Direito: Como a computação cognitiva impactará nas atividades dos profissionais do Direito. Disponível em: . Acesso em: 26 jan. 2020.

ofensa (dano ou perigo) a um bem jurídico individual ou coletivo. Sendo assim o crime constitui um desvalor social.

Segundo Luiz Alberto Machado (1987, p.78) o conceito material de crime busca a essência do delito, mediante a fixação de limites legislativos de incriminação de condutas.

De outro lado, o conceito analítico de crime é dividido bipartido ou tripartido.

De acordo com a teoria bipartida: o crime é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas atinente à dosagem de pena. À Luz da teoria tripartida, crime é um fato típico, antijurídico (leia-se ilícito) e culpável.

3.1 Sujeito Ativo de um Crime

Considera-se sujeito ativo, o autor da infração penal. Com efeito, pode ser sujeito ativo pessoa física e capaz (com idade igual ou superior a 18 anos).

Dito isso, porém, indaga-se: pode a pessoa jurídica ser sujeito ativo de um delito penal?

Corrente majoritária no direito brasileiro, prega que nosso emaranhado jurídico adota a **TEORIA DA REALIDADE**, a qual prega que: a pessoa jurídica não é só um ser natural, mas também, tem vontades próprias, conforme Nucci¹¹, “porque elas fazem com que se reconheça, modernamente, sua vontade, não no sentido próprio que se atribui ao ser humano, resultante da própria existência natural, mas em um plano pragmático-sociológico, reconhecível socialmente. Essa perspectiva permite a criação de um conceito denominado ‘ação delituosa institucional’, ao lado das ações humanas individuais”. Diante disso, pode-se definir que a pessoa jurídica é capaz de delinquir e infringir normas penais.

Mas e a Inteligência Artificial?

Já não é mais novidade que a IA pode lesar um bem jurídico alheio, conforme se estudará adiante, vide o caso de um carro autônomo (UBER), o qual atropelou uma pedestre na cidade de Tempe, no estado norte-americano do Arizona. Ela foi levada ao hospital, mas faleceu por causa dos ferimentos.¹²

Quem poderá ser responsabilizado penalmente? Se é que a imputação poderá recair sobre “alguém”.

4 | A RESPONSABILIDADE PENAL DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Eis o cerne de discussão, quando se debate acerca do direito penal e a Inteligência artificial: a quem caberia a responsabilidade no caso de delitos praticados por *sistemas de inteligência artificial autônomos*?

A resposta mais adequada e lógica, prima face, seria a atribuição da responsabilidade penal às pessoas jurídicas ou às pessoas físicas que criam, usam ou representam os

11 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal - Parte geral/Parte especial. 2ª Edição, Editora RT, 2006.

12 Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/03/quando-inteligencia-artificial-mata-alguem-quem-e-responsavel.html>> . Acesso em: 28 jan. 2020.

sistemas de inteligência artificial por eles criados ou os sistemas de inteligência artificial de que beneficiam, seguindo o velho brocardo latino *ubi comoda ibi incomoda*, o qual preleciona que aquele que desfruta vantagens ou benefícios de uma dada situação deve também suportar os prejuízos dela.

Aduz-se que em um dado estado de desenvolvimento, um robô (IA) não poderá ser criminalmente responsável por algum “ato” que venha a praticar ou por algum resultado que venha a “causar”, já que as suas ações, por ora, ainda não são autodeterminadas, mas sim preordenadas, ou seja, são determinadas por alguém, seja por tratamento de dados, programação, etc.

Dito isso, necessita-se as três possibilidades de lidar com este novo fenômeno no âmbito penal, conforme expõe Gabriel Hallevy:¹³

1) *Perpetration-by-Another Liability Model*

Esse modelo preconiza que o sistema de inteligência artificial é um agente impoluto, inóxico. O sistema não tem “caráter humano” e nunca o terá, desta feita, não há como se aplicar o Direito Penal. O sistema de inteligência artificial atua como mero instrumento.

A principal crítica versa sobre quando o sistema de inteligência artificial autônomo resolve, sem a gerência humana, infringir uma norma incriminadora. Este primeiro modelo assume o planejamento dos programadores em cometerem o ilícito, usando como instrumento a inteligência artificial ou pela negligência dos programadores

2) *Natural probable consequence liability model*

Nesse modelo, a inteligência artificial, em suas tarefas diárias, comete um crime sem, no entanto, ter a intenção (sem “dolo” – título culposos).

Pode-se exemplificar com o seguinte: Imagine, quando em um voo de cruzeiro, o piloto de uma aeronave ativa o piloto automático e, durante a ativação, o piloto (humano) percebe uma tempestade se aproximando.

Por conta disso, tenta reverter o comando e desligar o piloto automático, retornando para o comando manual. Nesse momento, o sistema de inteligência artificial entende que o piloto “atua como uma ameaça” e, por esse motivo, corta o suprimento de ar da cabine, o que ocasiona a morte do piloto e do copiloto.

Nesse exemplo, utilizando-se o expediente do *natural probable consequence liability model*, a responsabilidade é aplicada atinente aos casos em que o sistema de inteligência artificial cometeu um crime sem que o programador pudesse prever e que tenha atuado com negligência. Neste caso, aplica-se a responsabilização do programador.

Por fim, há o modelo:

3) *Direct Liability Model*

Neste, não se verifica a dependência entre o sistema de inteligência artificial e o

¹³ HALLEVY, Gabriel. The Basic Models of Criminal Liability of AI Systems and Outer Circles (June 11, 2019). Disponível em: <SSRN:<https://ssrn.com/abstract=3402527>> Acesso em 05 fev. 2020.

programador ou seu usuário. Aqui, há vertentes que apoiam a punição do próprio sistema de inteligência artificial.

Porém, você deve estar se perguntando: como é que os sistemas podem formular todos os requisitos relevantes para uma possível responsabilização criminal?

Dessa maneira, de acordo com Hallevy, a solução que alguns países têm encontrado é a aplicação dos três modelos de modo sincronizado e coordenado, visando o meio termo entre a responsabilização dos sistemas e dos programadores, a depender do contexto fático e da infração penal cometida.

No Brasil, ainda não há direcionamento de como se procederá essa questão. Trata-se de assunto relativamente recente, o que ainda não pôde ser consubstanciado em teses de aplicação e debates, porém, parece que a linha de raciocínio de Hallevy é a mais prudente, pelo menos por ora.

Adequando-se aos diplomas brasileiro e ao nosso sistema penal legal, aliando-se ao já exposto sobre a teoria da realidade, pode-se obter a tipificação penal e a correlata pontuação dos sujeitos ativos e passivos do delito cometido, mormente entendendo que a empresa que “administra/trata/comanda” a o sistema de inteligência artificial, bem como seus programadores, proprietários e/ou gerentes poderão ser responsabilizados na seara criminal.

Para finalizar, a título exemplificativo, traz-se ao presente estudo, notícia de fato ocorrido nos Estados Unidos, o qual uma mulher morreu, após ser atropelada por um carro autônomo do Uber na cidade de Tempe, no estado norte-americano do Arizona. Segundo o The New York Times, esta é a primeira morte causada por veículos autônomos já reportada.¹⁴

A reportagem frisa que “O carro estava em modo autônomo, mas havia também um motorista atrás do volante para casos de emergência. A mulher estava atravessando a rua fora da faixa de pedestre, segundo a polícia de Tempe. Ao The Verge, um porta-voz do Uber afirmou que a empresa está “cooperando” com as autoridades locais. A companhia suspendeu os testes de automóveis desse tipo em Tempe, Pittsburgh, São Francisco e Toronto. Em resposta, o CEO do Uber, Dara Khosrowshahi, escreveu em sua conta do Twitter: “Recebemos a notícia incrivelmente triste do Arizona. Estamos pensando na família da vítima enquanto trabalhamos com a polícia local para entender o que aconteceu”.

Imagine-se esse caso no Brasil? É uma questão de tempo para que essas tecnologias comecem a ser utilizadas em nosso território. Vale a reflexão.

5 | JULGAMENTOS COM ROBÔS

A utilização de novas tecnologias na aplicação do Direito é uma realidade inexorável.

¹⁴ Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/03/quando-inteligencia-artificial-mata-alguem-quem-e-responsavel.html>> . Acesso em: 28 jan. 2020.

Ultimamente, muitos Tribunais nacionais e internacionais têm inserido algoritmos e instrumentos de análise e tratamento de dados, com a intenção de encurtar os caminhos que levam à resolução de lides.

Nessa senda, o direito deve estar preparado para um possível escoamento do judiciário, o qual necessita utilizar novas tecnologias para dar vazão à quantidade enorme de processos que chegam a cada dia em suas portas.

No caso dos EUA, a inteligência artificial já é amplamente utilizada nas atividades do judiciário local e até mesmo em sede policial, permitindo o cruzamento de dados duas áreas sobre determinadas pessoas sob suspeita da prática de algum crime.

A Suprema Corte (*Supreme Court*) americana, também testou mecanismos de Inteligência Artificial para prever o voto de alguns dos seus juízes em alguns processos, baseando-se a pesquisa em retro decisões, sobre determinadas matérias. O resultado alcançado foi de 75% de êxito/acerto pelo robô/IA.

Outro ponto que pode ser mencionado no País Norte Americano é a do estado de Wisconsin. Lá os juízes criminais calculam as penas (até mesmo de prisão) e decidem sobre a concessão de uma possível liberdade condicional, por um sistema de pontos, advindos de um algoritmo matemático (IA), o qual verifica e trata as respostas dadas pelo réu, considerando, também, alguns critérios objetivos, decorrentes da realização de um prévio questionário de avaliação de sua prévia periculosidade, em determinada análise de risco.

A partir dessa avaliação, os instrumentos de inteligência e os algoritmos atribuem *scores* (pontuação) aos réus condenados, classificando-os com “baixa, média ou alta probabilidade para o cometimento de determinados crimes.

A principal função desses programas é a verificação de padrões, aplicáveis aos condenados, com o intuito de preconizar os riscos da reincidência criminal.

Com a premissa máxima de “segurança, equidade e justiça”, esses sistemas, e aí se enquadra o *Public Safety Assessment*, dimensionam a probabilidade de um resultado verificado em determinada população se repetir, permitindo, assim, que as decisões judiciais possam ser fundamentadas em evidências. Nesse diapasão:

Essa técnica inovadora, fundada em análise estatística e tratamento de dados por softwares, visa o prognóstico de risco de violência, auxiliando os juizes a manter encarcerados os indivíduos que, eventualmente, representem alguma espécie de risco social. A classificação influenciará no quantum de pena que será atribuído ao réu, bem como a quais benefícios ele fará jus no curso da execução penal. [...] Contudo, ao escolher em quais casos os testes devem ser aplicados, é possível afirmar que, embora os resultados sejam estatísticos, não estão livres das preferências pessoais. Também não há evidências empíricas de que o emprego dessas tecnologias torna as decisões mais racionais (Hart, Michie e Cooke, 2007, p. 5) o que influencia negativamente a argumentação dos juízes nas decisões envolvendo resultados de testes preditivos (UCHÔA, 2018).

Comenta-se, nos EUA, que o objetivo desses mecanismos é eliminar, aos poucos,

a subjetividade no processo de decisão, evitando desvios padrão ou erros desnecessários.

No Brasil, já há a existência de robôs decidindo pelo Poder Judiciário. É o caso do sistema Victor (já citado), ferramenta de inteligência artificial, resultado da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, sob a gestão da Ministra Cármen Lúcia, em conhecer e aprofundar a discussão sobre as aplicações de IA no Judiciário. Cuida-se do maior e mais complexo Projeto de IA do Poder Judiciário e, talvez, de toda a Administração Pública Brasileira.

Trazendo os mecanismos e os sistemas de Inteligência Artificial para o campo decisório do direito penal, seria possível, a utilização de robôs ou algoritmos em julgamentos criminais, por exemplo?

Entende-se que lides que versam sobre algumas matérias, principalmente, no âmbito civil/contratual do direito privado, podem ser resolvidas sem muito esforço cognitivo, por parte dos magistrados.

Assim sendo, não há óbice para que se utilize tais mecanismos tecnológicos, sempre com o intuito de entregar uma efetiva resposta estatal, com maior celeridade a quem necessita do judiciário. Isso já vem ocorrendo e o resultado é demasiadamente satisfatório.

No entanto, quando se aponta para o direito criminal, as coisas tendem a ser um pouquinho diferentes. A utilização de algoritmos e da inteligência artificial na seara penal pode acarretar efeitos irreversíveis no espectro de vida da pessoa humana, para tanto, deve-se observar, sempre, os princípios gerais do direito e a proporcionalidade, como um todo.

Por fim, mesmo que a utilização da inteligência artificial não permita verificar que as decisões sejam mais racionais, sequer sejam cristalinas e inócuas das preferências pessoais das empresas que as gerem e de seus programadores, bem como, daqueles que a utilizam, é possível ter ciência de que, desde já, independentemente de quão completo seja o sistema de apoio à decisão, principalmente quando se menciona o processo penal, tanto tecnicamente, como juridicamente descrevendo, uma máquina não pode substituir a apreciação do caso em tela e do processo em questão, feita pelo juiz.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, por fim, que o Direito Penal é uma área particularmente sensível, dentre as ciências sociais e jurídicas. Dito isso, é, também, aquela em que a evolução através das novas tecnologias tem de ser introduzida com enormes cautelas, com maior cuidado, com melhor critério, profunda e ponderada reflexão.

Contudo, evidente que as novas tecnologias, com ênfase nos sistemas de inteligência artificial, são verificadas como ferramentas muito úteis aos quadros da ciência jurídica. No entanto, louvável que essa intermediação e interação aconteça, em primeiro momento, em um modelo de assistência ou apoio da Inteligência Artificial aos juízes e aos tribunais, bem

como a todo e qualquer operador do direito.

Mormente, no que se refere ao papel do magistrado, esse apoio deve integralizar e manter-se ao nível da pesquisa, através de sistemas inteligentes que, de acordo com o cruzamento e tratamento de fatos e dados, pesquisará e demonstrará as possíveis soluções legislativas e jurisprudenciais sobre o caso.

Nitidamente, problemas de interação e questões de intromissão surgirão. Dito isso, é necessário com que a implementação dessas tecnologias priorize, sempre, amplo grau de transparência, com uma rigorosa definição de divisão de setores e tarefas.

Ainda, essa solução passará, com a maior certeza, pela implementação de modelos de sistemas de Inteligência Artificiais com “poderes” decisórios limitados, operando e servindo um leque estrito de casos mais simples, cujo as omissões de fundamentação possam ser supridas pela ação humana e direta de um magistrado, por exemplo.

Acredita-se, porém, que a IA sempre se confrontará com uma área impenetrável, a dos casos complexos, principalmente citando o Direito Penal, o qual a interação humana deverá ser preponderante ou, pelo menos, presente, prestigiada e verificada.

REFERÊNCIAS

ATHENIENSE, Alexandre. **A inteligência artificial e o Direito**: Como a computação cognitiva impactará nas atividades dos profissionais do Direito. Disponível em: <<https://alexandre-atheniense.jusbrasil.com.br/artigos/467690643/a-inteligencia-artificial-e-o-direito>>.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

HALLEVY, Gabriel. **The Basic Models of Criminal Liability of AI Systems and Outer Circles** (June 11, 2019). Disponível em: <SSRN:<https://ssrn.com/abstract=3402527>>

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de Direito Digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - Parte geral/Parte especial**. 2º Edição, Editora RT, 2006.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

UCHÔAS, B. R. **Inovações tecnológicas aplicadas ao Direito**: Hiper racionalidade Ou Irracionalidade? In: REIS, Isaac (Org.). **Diálogos sobre retórica e argumentação**, vol. 4. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPÍTULO 2

PROTOCOLO RELATIVO AO COMBATE AO CONTRABANDO DE MIGRANTES E SUA INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Data de aceite: 01/06/2022

Alana Coutinho Pereira

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário. Docente do Curso de Direito do Unicathedral - Centro Universitário

José Carlos Cordeiro Gomes

Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Docente do Curso de Direito do Unicathedral - Centro Universitário

Rosimeire Cristina Andreotti

Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Docente do Curso de Direito do Unicathedral - Centro Universitário

RESUMO: Este estudo tem como tema o Protocolo Relativo ao Combate ao Contrabando de Migrantes sua influência no ordenamento jurídico pátrio. Seu objetivo foi abordar a prática do crime de tráfico ou contrabando de migrantes, tanto numa perspectiva internacional, por meio da análise do referido Protocolo, quanto interna, por meio da análise da Lei n. 13.445/2017, bem como da alteração promovida por ela no Código Penal. Metodologicamente, essa pesquisa é de natureza básica, e bibliográfica quanto ao procedimento técnico, já que por meio da análise do estudo de informações coletadas em sites oficiais voltadas ao assunto, bem como no apoio em obras doutrinárias, tendo como autores basilares Sales e Alencar (2008), Capez (2019) e Cunha (2019), delineou-se uma breve análise da Convenção das Nações Unidas

contra o Crime Organizado Transnacional, para, em seguida tratar do Protocolo que intenta o combate ao Contrabando de Migrantes. Em sequência, evidenciou-se a necessidade de os Estados Parte elaborarem legislações internas que criminalizem tal prática, o que foi feito pelo Brasil por meio da Lei de Migração que, em seu art. 115 trouxe à luz, o crime de “promoção da migração ilegal” alterando o Código Penal, por meio da inserção do art. 232-A no Decreto-Lei nº 2.848/1940. Por fim, o olhar investigativo desse estudo volta-se a trazer detalhes desse novo tipo penal, e na sequência, expor as exitosas experiências nacionais no combate ao crime, por meio da cooperação internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Contrabando de Migrantes. Legislação interna. Cooperação Internacional.

PROTOCOL TO COMBAT MIGRANT SMUGGLING AND ITS INFLUENCE ON BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: The theme of this study is the Protocol on Combating the Smuggling of Migrants and its influence on the national legal system. Its objective was to address the practice of the crime of trafficking or smuggling of migrants, both from an international perspective, through the analysis of the aforementioned Protocol, and from an internal perspective, through the analysis of Law n. 13.445/2017, as well as the amendment made by it to the Penal Code. Methodologically, this research is of a basic nature, and bibliographical as to the technical procedure, as through the analysis of the study of information collected on official websites dedicated to the subject,

as well as support in doctrinal works, having as basic authors Sales and Alencar (2008), Capez (2019) and Cunha (2019), a brief analysis of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime was outlined, to then deal with the Protocol that seeks to combat the Smuggling of Migrants. As a result, the need for States Parties to draw up domestic legislation that criminalize this practice was highlighted, which was done by Brazil through the Migration Law, which, in its art. 115 brought to light the crime of “promoting legal migration” by changing the Penal Code, by inserting art. 232-A in Decree-Law No. 2.848/1940. Finally, the investigative look of this study turns to bring details of this new crime type, and then expose the successful national experiences in fighting crime, through international cooperation.

KEYWORDS: Smuggling of Migrants. Domestic legislation. International cooperation.

1 | INTRODUÇÃO

A migração, do latim *migro*, que é o ato de “ir de um lugar para o outro” (DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO, 2021, p.1), sempre fez parte da história humana. Tal é dessa forma que uma das primeiras descrições que temos do homem pré-histórico, é o homem nômade, pois assim como nos esclarece o historiador britânico John Morris Roberts, “[...] ao se tornar dependente de carne, o *Homo erectus* se transformou num parasita das manadas [...] e precisava segui-las ou explorar novos territórios onde procurá-la.” (ROBERTS, 2001, p. 34). E mesmo após a possibilidade do desenvolvimento de uma vida sedentária com a descoberta da agricultura ou da domesticação e criação de animais, o homem moderno ainda mantém vívido esse ancestral instinto de migrar.

Tal é dessa forma que, segundo a ONU News (2019, p. 01), os dados do *World Migration Report 2020*, divulgados pela Organização Internacional para Migrações (OIM) apontam que a população de migrantes no mundo, em 2020, chegou a marca de 272 milhões de pessoas, o que representa 3,5% da população mundial. Quantitativo que supera a projeção feita pela Organização para 2050, que era de 2,6%. O relatório ainda destaca que as causas desse vertiginoso aumento, invariavelmente estão relacionadas à questões que envolvem instabilidades financeiras advindas de crises econômicas bem como conflitos armados.

Diante desse cenário, a Organização Internacional para a Migração (OIM), que existe desde 1951 e atualmente coordena a Rede da ONU para Migrações, defende uma migração ordenada e que preserve os direitos humanos. Contudo, a OIM, segundo ONU News (2018, p. 01) reconhece que, apesar de compor a esmagadora maioria, não são apenas os migrantes regulares que cruzam as fronteiras internacionais, já que migrantes irregulares e refugiados também compõe esse público.

Nesse passo, a Organização das Nações Unidas, para além das questões humanitárias que envolvem a migração, desde a adoção da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, no ano 2000, entendeu a necessidade de adotar dentre os três protocolos adicionais, o Protocolo o relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Esse protocolo, voltado ao contrabando

de migrantes, intenta promover a prevenção bem como o combate a esse crime, por meio da cooperação internacional entre os países, já que, genuinamente representa uma das tenebrosas manifestações do crime organizado transnacional.

Reside aí a justificativa desse estudo, pois graças a essa característica de transnacionalidade presente no crime de contrabando de migrantes, além de se fazer vítimas em quase todos os países do mundo, custando milhares de vidas a cada ano, viabiliza a implementação de outras formas de exploração humana, como o tráfico de pessoas, por exemplo.

Diante de tal panorama, cumpre destacar que esta pesquisa tem como tema o Protocolo o relativo ao Combate ao Contrabando de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e sua influência no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, o Brasil, signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, ratificou-a em 12 de março de 2004, mesmo dia em que também ratificou o referido Protocolo. Por consequência, indispensável se faz questionar qual foi a repercussão da ratificação desse Protocolo relativo ao Combate ao Contrabando de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea para o ordenamento jurídico brasileiro.

À vista disso, esse estudo tem como objetivo maior abordar o crime de tráfico ou contrabando de migrantes, tanto numa perspectiva internacional, por meio da análise do referido Protocolo, quanto interna, por meio da análise da Lei n. 13.445/2017, bem como da alteração promovida por ela no Código Penal.

Dessa forma, para cumprir tal intento, executou-se uma pesquisa de natureza básica, visto que pretende gerar novos conhecimentos úteis relacionados ao crime da promoção da migração ilegal. Com relação ao procedimento técnico, esse estudo está estruturado numa investigação bibliográfica, apoiada em autores fundamentais, dos quais merecem destaque: Sales e Alencar (2008), Capez (2019) e Cunha (2019), que graças aos estudos realizados acerca do tema em exame, alcançaram notoriedade no assunto.

Além disso, essa investigação foi delineada de modo a tratar, inicialmente, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, para na sequência tratar do problema relacionado ao Contrabando de Migrantes. A partir daí, a atenção voltou-se efetivamente ao Protocolo que intenta o combate ao Contrabando de Migrantes, dando destaque à necessidade dos Estados Parte elaborarem legislações internas criminalizando a promoção da migração ilegal. Nesse momento, a abordagem da Lei de Migração é feita, pois é nesse diploma legal que o Brasil cumpre com o que se comprometeu internacionalmente, por meio do art. 115 que altera o Código Penal, fazendo lá constar o art. 232-A cujo teor criminaliza a promoção da migração ilegal. A partir daí, o estudo volta-se a trazer detalhes do tipo penal, finalizando com a exposição das exitosas experiências nacionais no combate ao crime, por meio da cooperação internacional.

Finalmente, resta mencionar que esse estudo carrega consigo uma indiscutível

relevância acadêmica, visto que traz luz à um assunto que apesar de tão incidente, ainda é pouco discutido na academia, qual seja, a promoção da migração ilegal e a exploração da pessoa do migrante.

21 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Graças à sua versatilidade, segundo as NAÇÕES UNIDAS (2021, p. 01), o crime organizado encontrou nas vantagens da tecnologia e por consequência, na globalização, o ambiente ideal para sua expansão para além das fronteiras estatais. Isso porque, em razão das facilidades de comunicação e movimentação de pessoas e recursos financeiros, a teia do crime organizado pôde se diversificar, expandindo suas atividades.

Cientes dessa situação, a Organização das Nações Unidas colocou à disposição para assinatura de seus Estados-membros, no ano 2000, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, o que ocorreu entre os dias 12 a 15 de dezembro daquele ano, na cidade italiana de Palermo.

Longe de ter sido apenas uma escolha aleatória, Palermo foi propositalmente eleita por ter sido palco de um dos episódios mais tristes da Itália, o assassinato do juiz Giovanni Falcone. Isso pelo fato de que, naquela tarde de 23 de maio de 1992, os explosivos que puseram fim a vida de um magistrado condecorado por sua imparcialidade, também fizeram ecoar internacionalmente o impiedoso ato de retaliação da máfia Cosa Nostra, alvo das investigações de Falcone.

Apesar de a Itália ter testemunhado, naquele mesmo ano, o descortinar do estarrecedor avanço da corrupção institucional e do crime organizado internacional, por meio da célebre “Operação Mãos Limpas”, foi o assassinato de Giovanni Falcone, o acontecimento que, indiscutivelmente, inspirou a ONU a eleger Palermo como local adequado para coletar assinaturas de seus Estados-Membros na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que mais tarde ficou conhecida como Convenção de Palermo.

O intuito das Nações Unidas era conclamar os países a tomar consciência da gravidade de crimes como corrupção, lavagem de dinheiro e obstrução da justiça, que segundo dados apresentados pela UNODC (2021, p. 1), além de gerarem incontáveis vítimas, movimentam anualmente cerca de U\$ 870 bilhões de dólares.

Ainda de acordo com a *United Nations Office on Drugs and Crime*, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, a Convenção alcançou indiscutível sucesso ao atingir a notável marca de 178 Estados parceiros, o que representa uma adesão quase global, e que demonstra o empenho da sociedade internacional em combater o crime organizado transnacional.

A Convenção de Palermo, considerada o maior instrumento internacional voltado

ao combate do crime organizado transnacional, ao longo de seus 41 artigos, intenta compromissar os Estados parceiros que a ratifiquem, a adotar medidas internas, por meio das quais criariam normas domésticas voltadas a combater o crime organizado transnacional, bem como a assumir uma postura de cooperação mútua, já que somente uma cooperação internacional poderia fazer frente ao avanço de crimes como lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça, bem como muitos outros, tais como tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes.

3 | O CONTRABANDO DE MIGRANTES

Lampedusa, a maior das três pequenas ilhas sicilianas que compõem o arquipélago das Pelágias, tornou-se palco de uma das maiores tragédias relacionadas a imigração ilegal. Considerada a porta de entrada de imigrantes clandestinos no continente europeu, no decorrer das últimas décadas presenciou o desembarque de milhares de imigrantes ilegais, além de naufrágios dos menos afortunados, mas nenhum como o que ocorreu em 03 de outubro de 2013, que segundo Ansa Brasil (2017, p. 01), resultou em um quantitativo total de 368 mortos, incluindo homens, mulheres e crianças.

Longe de ser um acontecimento isolado, a ‘rota da morte’, assim como é chamada a tentativa de chegar à Europa por meio da travessia do Mediterrâneo, já fez milhares de vítimas. Tal é dessa forma que a Organização Internacional para as Migrações (OIM) “[...] calcula que 20 mil pessoas morreram desde 1988 na travessia do Mediterrâneo entre a África e o sul da Europa em geral, o que representa uma média de 800 pessoas por ano”. (FERNANDES, 2003, p. 01)

Mas, além do elevado número de mortos, o trágico desfecho do que é o sonho de muitos que partem de suas terras em busca de uma vida melhor, ocorrido em 03 de outubro de 2013, também merece ser lembrado por ter coincidido com a data em que a Organização das Nações Unidas dava início a um diálogo oficial relacionado a imigração ilegal.

Para além das questões humanitárias relacionadas ao tema, a ONU abordou o assunto considerando a prática criminosa que é objeto de um dos três protocolos adicionais à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais especificamente, o contrabando de migrantes.

De acordo com o que expõe Silva, (2008, p. 370), o termo “contrabando” está geralmente associado ao comércio de mercadorias, promovendo sua entrada ou saída em determinado país, de modo a contrariar seus preceitos legais. Já, quando relacionado ao universo da migração, de acordo com a Organização Internacional para as Migrações (2009, p. 15) faz referência ao ato pelo qual se intenta,

Com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, facilitar da entrada ilegal de uma pessoa num Estado do qual a pessoa não é nacional ou residente permanente [...] O contrabando, diferentemente do tráfico, não exige um elemento de exploração, coacção ou

violação dos direitos humanos. (GLOSSÁRIO SOBRE MIGRAÇÕES, 2009, p. 15).

Tal como é possível depreender do conceito de contrabando trazido pelo Glossário das Migrações, de autoria da OIM, o “contrabando de migrantes” constitui-se como uma forma de exploração da pessoa, tal como ocorre com o tráfico de pessoas. Mas, apesar dessa similaridade, de acordo com o UNODC (2021, p. 01), três características fundamentais distanciam o tráfico de pessoas do contrabando de migrantes. A primeira delas seria o consentimento, visto que enquanto no tráfico de pessoas o consentimento da vítima é irrelevante, no contrabando de migrantes, o consentimento da vítima existe, ainda que a viagem se dê em meio a circunstâncias que exponha a pessoa contrabandeada a severos riscos à sua integridade física e até mesmo a vida.

Outra característica consiste na relação existente entre o migrante e o “contrabandista” no tocante a exploração. Isso porque, enquanto no tráfico de pessoas a exploração da vítima se inicia na chegada a seu destino, no contrabando de migrantes, com a chegada da vítima a seu destino, a exploração acaba. Tal é dessa forma que, segundo Gallagher (2002 *apud* DE MORAIS SALES; DE ALENCAR, 2008, p. 36) a relação entre contrabandista e migrante se restringirá “[...] à facilitação da travessia ilegal de fronteiras, quando os vínculos que os une se dissolvem e o migrante buscará, sozinho, sua sobrevivência no país de destino, inclusive procurando um novo trabalho”.

Entretanto, apesar de não exigir a ocorrência de exploração, coação ou violação dos direitos humanos dos migrantes para que o contrabando seja caracterizado, a realidade revela que, uma vez nas mãos dos contrabandistas, popularmente conhecidos como “coiotes”, os migrantes acabam sofrendo uma série de violações de direitos. Tal é dessa forma que, na travessia do México para os Estados Unidos, nas mãos dos coiotes, após o pagamento de elevadas quantias, os migrantes ficam expostos a cárcere privado aguardando a viagem, e durante ela, encaram um percurso que “[...] atravessa deserto e rios e é feito a pé, com os grupos de imigrantes em fila. Eles encaram até cinco dias sob a ameaça de cobras e escorpiões, além de ladrões, sequestradores e estupradores”. (TESTONI, 2018, p. 01).

Evidenciando ainda mais a gravidade de tal situação, a BBC News (2019, p. 01) em reportagem voltada à esse tema expõe que diversos imigrantes ilegais morrem por asfixia ao tentar a travessia em caminhões: 58 imigrantes chineses na Inglaterra, no ano de 2000, 19 imigrantes latino-americanos nos Estados Unidos, no ano de 2003, 71 imigrantes do Oriente Médio na Áustria, no ano de 2015. Todas essas pessoas foram vítimas da “indústria do transporte de seres humanos” que além de cobrar altas quantias expõe essas pessoas à uma travessia perigosa. E segundo afirma Mark Easton, especialista em imigração da BBC, os imigrantes “entram até em contêineres de navios, muitas vezes até refrigerados. É uma consequência inevitável dessa indústria vil” (BBC NEWS, 2019, p. 01).

Por fim, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, aduz como última

característica a transnacionalidade já que, enquanto o tráfico de pessoas pode ocorrer no âmbito interno de um Estado, o contrabando de migrantes necessariamente envolve um caráter transnacional.

Assim, graças à agressão dos direitos humanos que representa, bem como sua genuína característica de transnacionalidade, o *United Nations Office on Drugs and Crime*, considera que o “[...] contrabando de migrantes afeta quase todos os países do mundo. Ele mina a integridade dos países e comunidades e custa milhares de vidas a cada ano” (UNODC, 2021, p. 01). Isso porque, mais do que simplesmente um negócio que envolve o auxílio de pessoas a realizar o sonho de alcançar uma vida melhor em solo estrangeiro, o contrabando de migrantes corresponde a uma das sombrias manifestações de crime organizado.

Logo, diante da complexidade do que se pretendia atacar, a ONU ocupou-se do tema por meio do Protocolo Relativo ao Combate ao Contrabando de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

4 | PROTOCOLO RELATIVO AO COMBATE AO CONTRABANDO DE MIGRANTES

Ao lado de outras duas manifestações do crime organizado transnacional, o contrabando de migrantes completa a tríade de práticas criminosas organizadas as Nações Unidas pretendem combater por meio dos protocolos adicionais à Convenção de Palermo.

Tendo sua entrada em vigor em 2004, segundo as NAÇÕES UNIDAS (2021, p. 01) o Protocolo foi exitoso ao ser o primeiro documento internacional de abrangência global que descreveu com precisão tráfico ou contrabando de migrantes, definindo-o como modalidade criminosa organizada em que os contrabandistas, visando altos lucros, traficam migrantes, pondo muitas vezes suas integridades físicas ou até mesmo suas vidas em risco.

Além disso, o referido Protocolo intenta propiciar que os Estados Partes colaborem mutuamente entre si, no sentido de combater o crime de tráfico migratório, fazendo minar as condições de pobreza que fazem com que pessoas se prestem a tais práticas de modo a proteger os direitos dos migrantes, evitando que sejam explorados.

O Brasil, signatário da Convenção de Palermo, promulgou-a por meio do Decreto n. 5.015, em 12 de março de 2004, mesmo dia em que também promulgou dois de seus três protocolos adicionais, dentre eles o Protocolo relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, por meio do Decreto n. 5.016.

Ao longo de seus 25 artigos, o documento, que faz uso da terminologia “tráfico” e não “contrabando” de migrantes, externa já no Artigo 2 que tem por objetivo “prevenir e combater o tráfico de migrantes, bem como promover a cooperação entre os Estados Partes com esse fim, protegendo ao mesmo tempo os direitos dos migrantes objeto desse tráfico”. (BRASIL, 2004, p. 01). Tanto é dessa forma que em seu Artigo 5 esclarece que

mesmo sendo ilegais, os migrantes não são objeto de criminalização, estando excluídos dos processos criminais, que envolverão apenas os agentes responsáveis pela promoção da migração ilegal. Para tanto, os Estados Parte comprometem-se a adotar as medidas necessárias no controle das fronteiras, de modo a prevenir e detectar o tráfico de migrantes. Igualmente comprometem-se a adotar medidas que garantam a segurança e controle de documentos migratórios, averiguando a autenticidade e validade de tais documentos.

Além disso, o Artigo 6 dedicou-se a compromissar Estados Parte a adotar medidas que criminalizem a prática de tráfico de migrantes, elegendo para isso medidas legislativas ou quaisquer outras que se fizerem necessárias de modo a caracterizar como infração penal a promoção da migração ilegal. Compromisso assumido e cumprido pelo Brasil por meio da Lei n. 13.445/2017, denominada Lei de Migração.

5 | LEI DE MIGRAÇÃO

Ao entrar em vigor em 21 de novembro de 2017, após cumprir um período de *vacatio legis* de 180 dias, a Lei n. 13.445/2017, intitulada Lei de Migração, promoveu a ab-rogação, ou seja, a revogação absoluta da Lei n. 6.815/1980 nominada de Estatuto do Estrangeiro.

Contando com um total de 125 artigos, e regulado pelo Decreto n. 9.199/2017, o novo diploma migratório regula a entrada, permanência e saída do estrangeiro do território nacional, aborda a questão do residente fronteiriço e do apátrida, bem como trata de medidas de cooperação.

Contudo, merecem especial destaque os princípios e diretrizes inaugurados por essa norma, já que são responsáveis pela vertiginosa alteração da política migratória brasileira. Isso porque, até sua entrada em vigor, a questão migratória no Brasil era guiada por uma lei que, segundo Gonçalves (2017, p. 249) refletia o viés nacionalista do período de ditadura militar no qual foi produzida. Tanto é dessa maneira que, sem demora, já em seu art. 2º, a antiga lei responsável por definir a situação do estrangeiro no Brasil, assim estabelecia: “Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional” (BRASIL, 1980). Postura que, indiscutivelmente, demonstra que sob a égide do Estatuto do Estrangeiro, a migração no Brasil era considerada uma questão de segurança nacional, e o estrangeiro era tido como uma ameaça ao trabalhador brasileiro.

Contudo, essa postura excessivamente rigorosa entrou em descompasso com a redemocratização do Brasil, e principalmente com o extenso rol de Direitos e Garantias Fundamentais presentes no bojo da Constituição Federal de 1988. E, muito embora a política migratória brasileira não tenha se alterado imediatamente, tudo isso contribuiu para o germinar da necessidade de se preservar e valorizar o imigrante como pessoa humana detentora de direitos e dignidade, o que definitivamente ocorreu, com a promulgação da

Lei n. 13.445/2017. Como consequência dessa alteração de posicionamento, ao invés de se perceber o migrante como perigo à segurança nacional, bem como ao trabalhador brasileiro, passa-se a admiti-lo “como cidadão do mundo e pessoa que contribui para o desenvolvimento das nações e agente de diversidade e pluralidade cultural”. (GONÇALVES, 2017, p. 250-251).

Logo, com o fim de proteger e valorizar o migrante, a nova Lei de Migração, em seu art. 112, determinou que as autoridades brasileiras fossem “tolerantes quanto ao uso do idioma do residente fronteiriço e do imigrante quando eles se dirigirem a órgãos ou repartições públicas para reclamar ou reivindicar os direitos” (BRASIL, 2017). Além disso, com nítida finalidade de salvaguardar os direitos, bem como a integridade e dignidade do migrante, o novo diploma migratório brasileiro, em seu art. 115, instaurou um novo tipo penal ao determinar a “Promoção da migração ilegal” como crime, devendo ser incluído por meio do art. 232-A no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940).

6 I COMBATE À PROMOÇÃO DA MIGRAÇÃO ILEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Atendendo ao que preconiza o Artigo 6 do Protocolo relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da promulgação do Decreto n. 5.016/2004, o Brasil, ao reformular sua política migratória, incorporou no teor do art. 115 da Lei n. 13.445/2017, a necessária alteração a ser feita no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), fazendo ali incluir o art. 232-A que, no *caput*, assim tipificou a promoção de migração ilegal: “Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro” (BRASIL, 1940). Culminou para tal ilícito, pena de reclusão 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Sanção que, de acordo com o § 1º do mesmo dispositivo, também será imposta àquele que, igualmente pretendendo alcançar vantagem econômica, promover “a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro”. (BRASIL, 1940).

Apesar de estar lotado no Capítulo V, dentre as figuras criminosas que trata do lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, motivo de severas críticas doutrinárias, o crime de promoção da migração ilegal intenta tutelar a soberania nacional, já que tem como sujeito passivo, o Estado, que tenciona coibir a migração irregular. Isso porque “[...] a entrada ilegal de estrangeiros no Brasil impede que os órgãos de imigração tomem conhecimento de quem está adentrando o país e a que título” (CAPES, 2019, p. 176).

Ademais, quanto ao sujeito ativo, este poderá ser qualquer pessoa que, visando lucro, aja com dolo, ou seja, com intenção de ajudar o imigrante a entrar ilegalmente no país, cuja conduta intente lograr vantagem econômica. Admitindo-se a forma tentada, o

crime é considerado consumado quando o imigrante efetivamente ingressa no território físico do Estado do qual não seja nacional ou possua autorização de residência. Ingresso esse que poderá ser por via terrestre, marítima ou aérea.

Em se tratando de punir a promoção da migração ilegal de brasileiro em país estrangeiro, Cunha (2017, p. 01) salienta que criminalizar a efetiva entrada ilegal de brasileiro em território estrangeiro, e não simplesmente sua saída ilegal do Brasil, exige demonstrar o efetivo ingresso no território físico do Estado estrangeiro, circunstância que, invariavelmente, dependerá da atuação conjunta de autoridades brasileiras com autoridades internacionais.

6.1 Da competência e atuação da polícia federal no combate ao contrabando de migrantes

A Constituição Federal determina em seu artigo 144, §1º, inciso I, que o órgão de polícia competente para apurar as infrações de promoção ilegal de estrangeiro em território nacional é da Polícia Federal, vejamos:

Art. 144. [...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (BRASIL, 1988)

Logo, a teor do disposto no texto constitucional, verifica-se que a prática de infrações penais que tenha repercussão interestadual ou internacional fica a cargo da Polícia Federal. Nesse mesmo sentido leciona a Lei de Migração em seu artigo 38, vejamos:

Art. 38. As funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteira serão realizadas pela Polícia Federal nos pontos de entrada e de saída do território nacional. (BRASIL, 2017).

Conforme podemos verificar, a Polícia Federal é a competente para investigar as migrações ilegais. Ocorre que essa conduta criminosa é extremamente articulada e estruturada, pois os criminosos cometem esses ilícitos tanto no território brasileiro quanto em outros territórios soberanos. Sendo assim, não seria muito efetivo se não houvesse uma colaboração com outros países para que ocorra o desmantelamento dos grandes grupos criminosos que facilitam ilegalmente a entrada e saída de migrantes.

A vista disso, dentro da estrutura dos órgãos da Polícia Federal existe a Coordenação geral de cooperação internacional da Polícia Federal que é responsável por articular, quando preciso e dentro da legalidade, as cooperações internacionais para o combate a migração ilegal.

Tal parceria faz-se indispensável, visto que os criminosos que atuam na migração ilegal a exercem, geralmente, com a característica de organização criminosa, pelo fato de serem estruturados e hierarquizados pela divisão de tarefas e possuindo 04 ou mais pessoas reunidas para a obtenção de vantagem de qualquer natureza.

Portanto, dada a complexidade com que essa prática se desenvolve, poderá a Polícia Federal utilizar meios especiais de investigação para poder desestruturar essas organizações, como por exemplo a infiltração de agente, a ação controlada, a colaboração premiada e a interceptação telefônica.

Ademais, compreende-se que o rompimento da estrutura criminosa é muito difícil, o que torna possível a implementação desses meios especiais de investigação pois possuem potencial de angariar provas contundentes para a identificação de toda a organização, seus chefes e suas atividades, podendo dar um fim em tudo que for ilícito.

Por fim, cabe trazer à baila que, foi graças a cooperação internacional, em uma atuação conjunta da Polícia Federal com a INTERPOL que o Brasil pôde repelir com maior veemência a promoção da migração ilegal por meio da prisão de um “iraniano responsável por organização criminosa especializada em promover imigração ilegal de estrangeiros no Brasil, nos Estados Unidos e em diversos outros países que já era monitorado por autoridades norte-americanas”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 01). Em outra exitosa operação, a Polícia Federal contando com informações fornecidas pela a ICE - *Immigration and Customs Enforcement* (a polícia de migração norte-americana), identificou nos estados de Rondônia e Mato Grosso, pessoas “[...] responsáveis por promover a entrada de mais de 500 brasileiros nos Estados Unidos, através da fronteira com o México” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 01).

Logo, tais situações demonstram a importância da colaboração entre países, desenvolvendo um trabalho em parceria para proteção da dignidade e segurança do migrante.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já vimos, desde os primórdios há no homem a necessidade de migrar, o que contribuiu para a própria sobrevivência da raça humana. Circunstância que não se alterou substancialmente com o passar do tempo, visto que mesmo com a formação da sociedade no atual cenário, a migração continua sendo utilizada pelo homem como meio de sobreviver aos percalços da vida em sociedade. Tal é dessa maneira que são os motivos sociais, econômicos e trabalhistas (dentre outros) que impulsionam diversas pessoas em todo o mundo globalizado atual a se inserir em outros territórios em busca de oportunidades.

Contudo, nem sempre isso ocorre por meios legais. Diante dessa realidade, podemos constatar que a problemática dessa questão fica evidenciada quando a migração ilegal de pessoas se torna uma forma de enriquecimento para diversos facilitadores fronteiriços,

conhecidos como coiotes, que atuam de forma estruturada e hierarquizada com a finalidade de lucrar sob o estado de fragilidade que as pessoas se encontram.

A vista disso, nota-se que a realidade vivenciada pelos migrantes durante a travessia é desumana e a pior consequência é irremediável, qual seja a perda da vida do migrante que faz a travessia sonhando com uma vida melhor. Isso se dá porque as dificuldades e as situações degradantes das travessias colocam os atravessadores em estados graves de risco de morte.

Ciente dessa triste realidade, a Organização das Nações Unidas elaborou um dos protocolos da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cujo intento é combater o Contrabando de Migrantes. Com ampla adesão da sociedade internacional, tal documento comprometia os Estados Parte, dentre muitos pontos, a editar normativas internas que criminalizasse a promoção da migração ilegal. Tal compromisso foi cumprido pelo Brasil, por meio da edição da Lei n. 13.445/2017, que por meio de seu art. 115 inaugurou, no ordenamento jurídico pátrio, tal tipo penal, o que gerou uma alteração no Código Penal Brasileiro. Essa alteração ocorreu com a inclusão do art. 232-A no Decreto-Lei n. 2.848/1940.

Logo, torna-se evidente que o Brasil, por meio dos compromissos internacionais assumidos, bem como das alterações promovidas em sua legislação interna, se inseriu na teia de combate ao crime organizado transnacional por meio do combate ao contrabando de migrantes. Trata-se de uma postura que, indiscutivelmente, busca dignificar a pessoa humana, já que muitas são as violações de direitos ocorridas na promoção da migração ilegal, o que a torna uma questão humanitária. E, outra maneira de combater tal prática não há, senão por meio da cooperação mútua entre os Estados. Cooperação essa prevista do texto constitucional, e que tem ocorrido de forma efetiva entre o Brasil e outros países, por meio de ações da Polícia Federal, inclusive com resultados exitosos.

Isso demonstra que a cooperação com outros povos para o progresso da humanidade, por meio da busca conjunta dos Estados em solucionar crimes que envolvam a exploração da pessoa humana, indubitavelmente, representa o caminho para o bem de todos e avanço da humanidade rumo a paz mundial.

REFERÊNCIAS

ANSA BRASIL, Agência Italiana de Notícias. **Lampedusa relembra naufrágio com 368 mortos no Mediterrâneo**. Disponível em: <http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/brasil/entrevistas/2017/10/03/lampedusa-relembra-naufragio-com-368-mortos-no-mediterraneo_f05b09ee-db95-4fab-9413-5843d8293375.html>. Acesso em 26 dez. 2020.

BBC NEWS. **Transporte de migrantes em caminhões é marcado por tragédias pelo mundo**. Brasil. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50156873>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Decreto n. 5.016, de 12 de março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

CAPES, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Especial – Arts. 213 a 359-H**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação:2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Crime de promoção de migração ilegal (Lei nº 13.445/17): breves considerações**. 2017. Disponível em: <<http://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/26/crime-depromocao-de-migracao-ilegal-lei-no-13-44517-brevs-consideracoes/>>. Acesso em: 20 out. 2019.

DE MORAIS SALES, Lília Maia; DE ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre. Tráfico de seres humanos, Migração, Contrabando de migrantes, Turismo sexual e Prostituição: algumas diferenciações. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 29-42, 2008.

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO. **Etimologia e origem das palavras**. Disponível em: <>. Acesso em: 09 jan. 2021.

FERNANDES, Daniela. Com reforço de fronteiras na Europa, imigrantes optam por ‘rotas da morte’. **BBC News Brasil**. Paris, 25 nov. 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/11/131124_rotas_imigracao_pai_df>. Acesso em: 12 jan. 2021.

GLOSSÁRIO SOBRE MIGRAÇÃO. OIM Organização Internacional para as Migrações. Genebra: OIM, 2009, p. 15. Disponível em: <<https://publications.iom.int/system/files/pdf/lml22.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. **Direito Internacional Público e Privado**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Polícia Federal. Rio Branco/AC. 05 set. 2020. **Polícia Federal prende “coiote” responsável por esquema de contrabando de pessoas e imigração ilegal.** Disponível em: <<https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2020/09-Noticias-de-setembro-de-2020/policia-federal-prende-coiote-responsavel-por-esquema-de-contrabando-de-pessoas-e-imigracao-ilegal>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Polícia Federal. Brasília/DF. 30 nov. 2020. **Polícia Federal deflagra operação para coibir o contrabando de pessoas.** Disponível em: <<https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2020/11-noticias-de-novembro-de-2020/policia-federal-deflagra-a-operacao-para-coibir-o-contrabando-de-pessoas>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório sobre Drogas e Crime. **Crime Organizado.** Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro.html>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

ONU NEWS. Perspectiva Global Reportagens Humanas. **Número de migrantes internacionais no mundo chega a 272 milhões.** 27 novembro 2019. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031#:~:text=O%20mundo%20hoje%20tem%20cerca,de%20m%C3%A3o%2Dde%2Dobra.>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

ONU NEWS. Perspectiva Global Reportagens Humanas. **Saiba tudo sobre o Pacto Global para Migração.** 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/12/1650601#:~:text=A%20migra%C3%A7%C3%A3o%20regular%2C%20como%20define,conformidade%20com%20todas%20as%20leis.>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

ROBERTS. J. M. **O livro de ouro da história do mundo.** Tradução: Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TESTONI, Marcelo. Como é o trabalho dos “coiotes” na fronteira do México com os EUA? **SUPER Interessante.** [S.l.] 25 set. 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-e-o-trabalho-dos-coiotes-na-fronteira-do-mexico-com-os-eua/>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime. **Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes.** Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>>. Acesso em 06 jan. 2021.

UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional comemora 10 anos.** 2021. <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/16-un-convention-against-organized-crime-celebrates-10-years.html#:~:text=H%C3%A1%20muitas%20atividades%20que%20podem,selvagem%20e%20de%20bens%20culturais.>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

CAPÍTULO 3

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA ALTERAÇÃO DA LEI 13.964/19

Data de aceite: 01/06/2022

Henrique Giacomini

Advogado. Pós Graduado do Curso de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Filadélfia de Londrina – UNIFIL. Pós Graduado do Curso de Docência em Ensino Superior pela Unicesumar

Ronaldo de Almeida Barretos

Advogado e Professor. Pós Graduado do Curso de Direito Penal, Processo Penal, Penal Econômico e Criminologia pelo Centro Universitário Filadélfia de Londrina – UNIFIL. Pós Graduado em Direito Aplicado na Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP/ Londrina)

RESUMO: Com o advento da Lei 13.964/2019, houveram algumas inovações no Código Penal e Código de Processo Penal. Com isso, o legislador impôs uma nova redação no artigo 492, inciso I, alínea e, possibilitando o imediato início da execução da pena para os condenados a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos no Tribunal do Júri. Com inclusão desta norma, poderá haver decretação do cumprimento de pena logo após o julgamento. Sob este contexto, será demonstrado os princípios que estruturam as normas processuais e os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Além disso, será demonstrado a impossibilidade da imposição de cumprimento precedente à sentença transitado em julgado.

PALAVRAS-CHAVE: Execução da pena; Lei

13.964/19; tribunal do júri.

ABSTRACT: Con la llegada de la Ley 13.964 / 2019, se produjeron algunas innovaciones en el Código Penal y el Código Procesal Penal. En consecuencia, el legislador impuso una nueva redacción al artículo 492, inciso I, inciso e, permitiendo el inicio inmediato de la ejecución de la pena para los sentenciados a pena igual o superior a 15 (quince) años en el Tribunal de Justicia. Con la inclusión de esta regla, puede haber un decreto de cumplimiento de la pena poco después del juicio. En este contexto, se demostrarán los principios que estructuran las normas procesales y los entendimientos jurisprudenciales en la materia. Además, se demostrará la imposibilidad de imponer el cumplimiento antes de la sentencia definitiva e inapelable.

PALABRAS CLAVE: Ejecución de la sentencia; Ley 13.964 / 19; tribunal de jurado.

1 | INTRODUÇÃO

Com o advento da lei 13.964/2019, houve diversas alterações no Código Penal e Código de Processo Penal brasileiro. Com isso, a implementação da possibilidade de execução provisória da pena no Tribunal do Júri, surgindo novas indagações e discussões jurídicas acerca da execução antecipada do cumprimento de pena.

Tais indagações sobre a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado são fruto das diversas mudanças

do entendimento do Supremo Tribunal Federal que serão analisadas no decorrer deste estudo. Tais concepções analisam o limite da soberania dos vereditos e imprescindibilidade da presunção da inocência.

O método adotado para o tema em análise é o hipotético-dedutivo, devido a utilização da revisão bibliográfica, a exposição inicial do trabalho, suas expectativas que desencadearam a pesquisa e apresentação das elucidações dos estudos.

No decorrer do presente trabalho serão apresentados os princípios que regem o ordenamento jurídico, mais precisamente aqueles que devem ser considerados no contexto que trata da privação da liberdade do indivíduo após sentença prolatada pelo Tribunal do Júri. Tais estudos estão centrados nos princípios constitucionais da presunção da inocência e da soberania dos vereditos. Posteriormente, serão apresentados alguns conceitos doutrinários acerca das alterações da Lei 13.964/2019 que acrescentou a possibilidade do início da execução da pena após sentença no Tribunal do Júri em total dissonância aos preceitos constitucionais e determinações do Código de Processo Penal.

2 | A SOBERANIA RELATIVA DOS VEREDITOS

Os julgamentos do Tribunal do Júri para ter validade jurídica adota o princípio constitucional da soberania dos vereditos, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal:

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:

(...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos vereditos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Sobre este aspecto, a soberania dos vereditos consiste em permitir a prolação de decisão pelo Tribunal do Júri, atribuindo-se aos jurados a prerrogativa de decidir em consonâncias com as provas apresentadas no decorrer do processo. Em outros termos, a decisão prolatada pelo júri não poderá ser substituída por juízes togados, em razão de uma garantia do acusado que se traduz no direito fundamental de ser julgado por seus “pares”, não permitindo assim a reforma da decisão pelo magistrado¹.

1 FILHO, Pedro Paulo, 2003 *apud* FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luíza Borges. A prisão decorrente da sentença condenatória no tribunal do júri e a lei nº13.964, de 24 de dezembro de 2019: um olhar a partir do princípio constitucional da presunção de inocência.. In: Habib, Gabriel (Org.). **Pacote Anticrime Lei 13.964/2019: Temas Penais**

Entretanto, o Código de Processo Penal, no seu artigo 593, inciso III, alínea *d*, c.c. §3º, prevê que, considerando as provas dos autos, caso a decisão dos jurados é manifestamente contrária aos mesmos, poderá haver uma reanálise do mérito².

A soberania do veredito é um instituto necessário à consolidação de um regime democrático e a resistência ao Estado, permitindo que as decisões populares tenham efeito decisório³. Alex de Toqueville destaca que o Tribunal do Júri é um modo de soberania do povo, e convém haver rejeição de qualquer ato que repele tal autonomia ou outra lei que repele tal instituto⁴.

Uadi Lammêgo Bulos afirmou que a soberania dos vereditos está catalogada como uma das liberdades públicas da Constituição em vista que nem sempre os julgamentos provenientes de juízes togados conseguem apreciar todos os fatos sociais que envolvem o procedimento criminal. E elegendo-se pessoas provenientes da sociedade para realizar o julgamento é garantir o sentimento do povo. Dessa forma definindo a soberania dos vereditos ao patamar constitucional, o tribunal poderá apreciar critérios não auferidos pela lei⁵.

José Afonso da Silva caracteriza os vereditos como um conjunto de decisões tomadas pelos jurados a respeito de cada questão de fato, a eles são submetidos em forma de quesitos. A “soberania dos vereditos” significa a imodificabilidade dessas decisões de fato, ainda que as provas não sejam precisas. Porém se o julgamento for contra as provas dos autos, poderá mediante recurso, a determinação de novo Júri⁶.

Portanto, o livre convencimento do júri está atrelado ao conjunto probatório. Bem como Edilson Mougenot Bonfim demonstra em sua obra que a soberania dos vereditos resulta na possibilidade dos jurados de julgar os elementos comprobatórios do crime (materialidade, autoria, majorantes, entre outros) os quais não poderão ser passíveis de reanálise pelo juízo *ad quem*. No entanto, o tribunal não será impedido de julgar a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, determinando até mesmo a designação para um novo julgamento pelo Tribunal do Júri⁷.

Compreender o alcance do princípio da soberania dos vereditos deve-se também estimar aos outros princípios que regem o processo judicial. Para que o processo seja estruturado, não pode tornar um princípio absoluto em detrimento de outros. Como da ampla defesa, duplo grau de jurisdição, celeridade processual e inafastabilidade do controle jurisdicional⁸.

e Processuais Penais. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 43.

2 BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 de fev. 2021.

3 RODRIGUES, Paulo Gustavo. **Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos vereditos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri.** *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 873-910, mai./ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.301>

4 TOQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes.* 2 ed. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

5 BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva. 2000, pag. 203.

6 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 140.

7 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.563.

8 “Todos os princípios elencados são constitucionais, previsto no artigo 5º, incisos: XXXV; XXXVII, c; LV; LXXXVIII, da

É necessário assimilar que os princípios quem estruturam a norma e as decisões. Assim, deve haver um juízo de valores para que concretize a materialização do princípio em face da norma. Não havendo, portanto, um direito absoluto que não sofra análise de valoração ao caso concreto e as circunstâncias dos fatos.

3 | RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A presunção de inocência convencionado não apenas em nossa Carta Magna, mas tal dispositivo está delimitado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mais precisamente no artigo nono que demonstra que “todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julga indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”⁹. E na Declaração Universal dos Direitos do Homem elaborado em 1948 também enfatizou que todo ser humano acusado de um fato delituoso tem o direito de julgamento público, com todas as garantias necessárias à sua defesa, bem como será presumido a sua inocência até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei¹⁰.

Pois bem, há grande repercussão a respeito do princípio da presunção de inocência e da prisão em segunda instância nos casos julgados recentemente pelo Superior Tribunal Federal. Em decisão durante o julgamento do HC 126.292SP¹¹, da relatoria de Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal brasileiro determinou a possibilidade da execução provisória da pena após a confirmação de condenações criminais em segunda instância. Contrariamente ao entendimento jurisprudencial anterior, que desde 2009, no julgamento do HC 84078¹², condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, com ressalva da possibilidade de haver prisão preventiva, regulamentado pelo Código de Processo Penal¹³. Tal mudança no entendimento jurisprudencial reconheceu que o recurso de apelação tem conteúdo limitado no Tribunal do Júri. Além disso, há constatação que a soberania dos vereditos tem uma consequência natural que é a limitação do papel do

Constituição Federal”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de fev. 2021.

9 FRANÇA. Assembleia Nacional. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 13 de fev. 2021.

10 “Art. 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em 12 de fev. 2021.

11 BRASÍLIA. **Supremo Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 126.292 SP. Princípio constitucional da presunção de inocência. Possibilidade de execução provisória. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>>. Acesso em: 11 de fev. 2021.

12 BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. HC 84078 MG. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>>. Acesso em: 11 de fev. 2021.

13 BRASIL. Decreto-lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 de fev. 2021.

tribunal na apreciação de eventual recurso de decisão dos jurados¹⁴.

A decisão do *Habeas Corpus* que deliberou a possibilidade da execução provisória da pena encerrou com decisão por maioria de sete a quatro, sendo vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski que votaram pela permanência da decisão de haver o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena e necessidade de concessão do *habeas corpus*.

Já o relator ministro Teori Zavascki e os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Tóffoli, Carmén Lucia e Gilmar Mendes votaram pelo indeferimento do pleito, destacando alguns preceitos que prejudica os princípios constitucionais.

O Relator apresentou a tese que o início da execução da pena não compromete o núcleo essencial do pressuposto da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), ainda que haja recursos de natureza extraordinárias pendentes. E ainda complementa que o processo ordinário criminal, apreciado os direitos e as garantias a ele inerente, não obsta autorizar o cumprimento da sentença reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Gilmar Mendes em seu voto destacou que se não houver o cumprimento da execução da pena após decisão de segundo grau, a instituição em geral perderá sua credibilidade, ficando abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável¹⁵.

Sumariamente, Gilmar Mendes expõe que esgotadas as vias ordinárias, a possibilidade da imposição da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado justifica-se pela garantia da ordem pública. Definindo a presunção de inocência como um direito em âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária.

Não obstante, o recente julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 43¹⁶ e nº 44¹⁷, no julgamento do mérito o Supremo Tribunal Federal no dia sete de novembro de 2019, por angustiante maioria dos votos, mas acertada, redefiniu o entendimento jurídico pela impossibilidade de determinação do cumprimento de pena na ausência do trânsito em julgado.

Ainda que vencido por maioria, seis votos contra cinco, a decisão vencida demonstrou a plena compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal¹⁸ com o artigo 5º, LVII,

14 JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. A Lei nº 13.964/2019 e a execução provisória da pena decorrente das condenações do Tribunal Popular do Júri. In: HABIB, Gabriel (Org.). **Pacote Anticrime Lei 13.964/2019: Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 49.

15 BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 126.292 SP. Princípio constitucional da presunção de inocência. Possibilidade de execução provisória. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>>. Acesso em: 11 de fev. 2021.

16 BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal. Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>>. Acesso em: 13 de fev. 2021.

17 BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 Distrito Federal. Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/adc-44-voto-fachin.pdf>>. Acesso em: 13 de fev. 2021.

18 “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

da Constituição Federal¹⁹, que veda a chamada execução provisória da sentença penal condenatória.

Neste aspecto é possível verificar que na última discussão do mérito em análise o Supremo Tribunal Federal foi assertivo em assegurar o princípio da presunção da inocência garantindo o preceito constitucional em detrimento dos anseios da sociedade de constranger os direitos fundamentais dos indivíduos que estão sendo julgados criminalmente.

Além disso, sobre o mesmo tema, denota-se que o legislador na tentativa de inovar e mais uma vez atender os clamores da sociedade sem qualquer análise técnica, propôs uma nova alteração no Código de Processo Penal por meio da Lei 13.964/2019, permitindo assim prisão após sentença condenatória no Tribunal do Júri. Tal alteração será o ponto central de estudo no próximo capítulo.

4 | CONSTRUÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA LEI 12.634/19

O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 determinou mais uma vez a impossibilidade da execução da pena antes da ocorrência do trânsito em julgado da decisão condenatória. Tal julgamento é assertado sob os preceitos constitucionais já mencionados.

Sem embargos, o Congresso Nacional, por meio da aprovação da proposta da lei 13.964/2019, popularmente denominado de Pacote Anticrime²⁰, implementou uma imposição que reascendeu a controvérsia da execução da pena precedendo a condenação com trânsito em julgado no Tribunal do Júri.

Tal dispositivo trata-se do artigo 492, inciso I, alínea “e” que dispõe: em decorrência de sentença penal condenatória, mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos²¹.

A alteração legislativa corresponde ao entendimento do Fórum Nacional de Juizes Criminais (FONAJUC). Na ocasião os magistrados definiram no enunciado 14 que o réu condenado pelo Tribunal do Júri deve ser imediatamente recolhido ao sistema prisional a fim de que seja iniciada a execução da pena em homenagem aos princípios da soberania

BRASIL. Decreto-lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 de fev. 2021.

19 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de fev. 2021.

20 A intitulação da Lei 13.964/2019 como Pacote Anticrime é uma denominação inconveniente na medida que o projeto conduz uma política criminal desacetada sem qualquer demonstração de eficiência no combate aos problemas de encarceramento e aumento da população prisional.

21 BRASIL. Decreto-lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 de fev. 2021.

dos vereditos e da efetividade processual²².

É possível evidenciar que a inovação legislativa foi um reflexo da decisão do Supremo Tribunal Federal determinando a impossibilidade da execução provisória pena. Tal alteração legislativa deve-se ser analisada de forma minuciosa devido a inconsistência em alguns aspectos considerando os preceitos normativos.

Em uma primeira análise, “verifica-se que as prisões revestidas de “automaticidade” que decorrem de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, ou então condenação em segunda instância, sempre demonstraram inaplicabilidade em razão da inconstitucionalidade destes institutos em decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência”²³. Logo não é pertinente permitir que tal dispositivo tenha efeitos para que mantenhamos a segurança jurídica que ainda resta em nosso ordenamento jurídico.

Ainda sobre o mesmo dispositivo, Gustavo Badaró demonstra que há limites hermenêuticos insuperáveis para a interpretação do que seja “trânsito em julgado”, concluindo-se que tal condição só ocorre após a sentença ou acórdão tornar-se imutável, surgindo a coisa julgada material. E ainda complementa que não há margem exegética para que a expressão seja interpretada com propósito diverso, seja julgamento em segunda ou, no caso, primeira instância²⁴.

Seguindo ainda o entendimento jurisprudencial, há que se destacar que o Supremo Tribunal Federal consolidou na decisão do HC 163.814 MG²⁵ a impossibilidade da execução provisória da pena, seguindo o entendimento deliberado no ADC 43 e 44 já mencionados. Na decisão, houve a concessão do *Habeas Corpus* em vista da ilegalidade de execução provisória da pena e falta de fundamentação concreta para prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal²⁶, e em conformidade com a jurisprudência já explanada no presente trabalho.

Nessa mesma perspectiva, a determinação de cumprimento de pena privativa de liberdade de forma imediata deve-se atender aos requisitos da prisão preventiva, e não apenas análise da quantidade da pena aplicada, como exposto na nova redação do artigo 492, inciso I, alínea e do Código de Processo Penal. Nereu José Giacomolli comenta que a prisão do réu não é decorrência necessária da decisão condenatória, tampouco

22 BRASÍLIA. Fórum Nacional de Juizes Criminais. **I Encontro do Fórum Nacional de Juizes Criminais**. Disponível em: < <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2017/08/FONAJUC-enunciados.pdf>>. Acesso em: 18 de mar. 2021.

23 FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luíza Borges. A prisão decorrente da sentença condenatória no Tribunal do Júri e a Lei nº 13.964. de 24 de dezembro de 2019: um olhar a partir do princípio constitucional da presunção da inocência. In: HABIB, Gabriel (Org.). **Pacote Anticrime Lei 13.964/2019: Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 40.

24 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

25 BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Execução provisória da pena. Embargante: João Jorge de Andrade Ferreira. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484932>>. Acesso em: 15 de fev. 2021.

26 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. BRASIL. Decreto-lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 de fev. 2021.

de quantidade de pena aplicada, mas é necessário que a prisão seja fundamentada na necessidade e existência dos requisitos da prisão preventiva. E ainda complementa que a decisão condenatória não deve apenas apoiar com a presença do “*funus comissi delicti*”²⁷ para o encarceramento provisória, sendo indispensável a demonstração da necessidade da prisão com base em elementos concretos - “*periculum libertatis*”²⁸.

Em síntese, a execução provisória da pena condicionado apenas na quantidade da pena é incompatível independente do órgão que emana tal mandado, por força do princípio constitucional da presunção da inocência, estado que apenas cessa com o trânsito em julgado da decisão penal condenatória (artigo 5º, LVII da Constituição Federal)²⁹³⁰.

5 I CONCLUSÃO

A execução provisória da pena, independente do poder que emana tal mandado, ainda surge muitos debates acerca de tal possibilidade. De certo, as exposições acima demonstram a inviabilidade da aplicação da execução provisória da pena no Tribunal do Júri e em qualquer outra jurisdição.

E as considerações acerca da soberania dos vereditos devem considerar também outros princípios que regem o processo judicial. De fato, há soberania dos vereditos e deve haver o devido respeito, porém tal instituto não é absoluto e deve-se haver certa valoração tratando-se da automaticidade do início da pena em detrimento do princípio da inocência apresentado em capítulos anteriores.

E recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em suas análises sobre a temática, deliberou de forma equivocada acerca da possibilidade da execução provisória da pena, demonstrando desprezo ao princípio constitucional da presunção da inocência. Porém, posteriormente com desfecho acertado e uma votação acirrada, demonstrou a compatibilidade de suas decisões com a Carta Magna.

Muito embora o legislador teve o intuito de aperfeiçoar a legislação processual penal e atender os anseios da sociedade civil, a nova redação no artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, criou uma aberração jurídica com contraria os preceitos constitucionais e a própria normatividade do Código de Processo Penal.

27 Tal expressão é entendido como a comprovação da existência de um crime e indícios de autoria. É quando há provas no limiar da ação penal entendido como grande aproximação à probabilidade da ocorrência do delito.

28 GIACOMOLLI, Nereu José, 2008 *apud* FERNANDES, Álvaro Antanavicius Fernandes; TERRA, Luíza Borges. A prisão decorrente da sentença condenatória no Tribunal do Júri e a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019: um olhar a partir do princípio constitucional da presunção da inocência. In: HABIB, Gabriel (Org.). **Pacote Anticrime Lei 13.964/2019: Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 45.

29 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de fev. 2021.

30 JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. **Lei Anticrime Comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 219.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de fev. 2021.

_____. Decreto-lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 de fev. 2021.

BRASÍLIA. Fórum Nacional de Juízes Criminais. **I Encontro do Fórum Nacional de Juízes Criminais**. Disponível em: < <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2017/08/FONAJUC-enunciados.pdf>>. Acesso em: 18 de mar. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal. Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>>. Acesso em: 13 de fev. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 Distrito Federal. Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/adc-44-voto-fachin.pdf>>. Acesso em: 13 de fev. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Execução provisória da pena. Embargante: João Jorge de Andrade Ferreira. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484932>>. Acesso em: 15 de fev. 2021.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 126.292 SP. Princípio constitucional da presunção de inocência. Possibilidade de execução provisória. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>>. Acesso em: 11 de fev. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 84078 MG. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>>. Acesso em: 11 de fev. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em 12 de fev. 2021.

DELBEN, Ana Cleusa; BERTOLAZO, Ivana Nobre Bertolazo; SOUKOS, Stélios Sant’Anna; OCKENR, Vivian Castro. **Manual para elaboração e apresentação de trabalhos Acadêmicos e Científicos da Facnopar**. Apucarana: FACNOPAR, 2014.

FRANÇA. Assembleia Nacional. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 13 de fev. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luíza Borges. A prisão decorrente da sentença condenatória no Tribunal do Júri e a Lei nº 13.964. de 24 de dezembro de 2019: um olhar a partir do princípio constitucional da presunção da inocência. In: HABIB, Gabriel (Org.). **Pacote Anticrime Lei 13.964/2019: Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 40.

FILHO, Pedro Paulo, 2003 *apud* FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luíza Borges. A prisão decorrente da sentença condenatória no tribunal do júri e a lei nº13.964, de 24 de dezembro de 2019: um olhar a partir do princípio constitucional da presunção de inocência.. In: Habib, Gabriel (Org.). **Pacote Anticrime Lei 13.964/2019: Temas Penais e Processuais Penais**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José, 2008 *apud* FERNANDES, Álvaro Antanavicius Fernandes; TERRA, Luíza Borges. A prisão decorrente da sentença condenatória no Tribunal do Júri e a Lei nº 13.964. de 24 de dezembro de 2019: um olhar a partir do princípio constitucional da presunção da inocência. In: HABIB, Gabriel (Org.). **Pacote Anticrime Lei 13.964/2019: Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 45.

JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. A Lei nº 13.964/2019 e a execução provisória da pena decorrente das condenações do Tribunal Popular do Júri. In: HABIB, Gabriel (Org.). **Pacote Anticrime Lei 13.964/2019: Temas Penais e Processuais Penais**. Salvador: JusPodivm, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia; FULLER; Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. **Lei Anticrime Comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

LEONEL, Juliano de Oliveira; DIAS, Paulo Thiago Fernandes Dias. Execução provisória da pena no Tribunal do Júri: a fênix das prisões *Ex Vi Legis* no Pacote Anticrime!. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; Felix, Yuri. (Org.). **Pacote Anticrime: Reformas processuais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019**. 1 ed. Florianópolis; Santa Catarina: Emais, 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Pena**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. **Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 873-910, mai./ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.301>

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. 2 ed. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E SOCIAL EM RELAÇÃO A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Data de aceite: 01/06/2022

Vitor Josias Gomes dos Santos

Ralf Oliveira Santos

Bernardino Cosobeck da Costa

RESUMO: O presente artigo objetiva-se em fazer uma análise preliminar de alguns aspectos constitucionais e Sociais sobre a proposta de redução da maioridade penal. No mesmo passo, abordar-se-á algumas discussões doutrinárias a respeito do tema. Nesta perspectiva, é utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica que é por meio de leituras de teorias, as quais são analisadas pelo método qualitativo, ou seja, resguarda as qualidades discursivas sobre o assunto por se tratar de pessoas. E tem como resultados as abordagens argumentativas a favor e contra a referida proposta. E como complemento é feita uma exposição do artigo 228 da Constituição Federal de 1988, a fim de mostrar que o mesmo representa uma “cláusula pétrea” por ser passível de reforma ou emendas constitucionais para melhoria da qualidade de vida das crianças e dos adolescentes na sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Menoridade penal. Constituição federal. Fator Social. Cláusula pétrea. Estatuto da Criança e Adolescente.

A CONSTITUTIONAL AND SOCIAL ANALYSIS IN RELATION TO THE PROPOSED REDUCTION OF THE CRIMINAL AGE

ABSTRACT: This article aims to make a preliminary analysis of some constitutional and social aspects of the proposal to reduce the age of criminal responsibility. In the same step, some doctrinal discussions on the subject will be addressed. In this perspective, the methodology of bibliographical research is used, which is through readings of theories, which are analyzed by the qualitative method, that is, it protects the discursive qualities on the subject because it is about people. And it has as results the argumentative approaches in favor and against the referred proposal. And as a complement, an exposition of article 228 of the Federal Constitution of 1988 is made, in order to show if it represents a “rock clause” for being subject to constitutional reform or amendments to improve the quality of life of children and adolescents in Brazilian society.

KEYWORDS: Criminal Minority. Federal Constitution. Social Factor. Stone clause. Child and Adolescent Statute. Criminal Minority. Federal Constitution. Social

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a redução da maioridade penal, com o objetivo de análise do assunto no aspecto constitucional e social, ou seja, busca entender se esta discussão deve ser tratada com maior pertinência pela

constituição, enquanto lei que penaliza ou como um fator social necessitado de políticas públicas em prol das crianças e dos adolescentes.

Diante do exposto, a questão problema é: A maioridade penal é uma discussão penal ou social? _ A hipótese inicial é a de que a sociedade brasileira necessita de diversas públicas para atender aos jovens, que vivem as consequências das discrepâncias deste sistema capitalista que inclui uma minoria e exclui a maioria no que se refere a questão econômica, social, cultural e política.

Todavia, este assunto tem sido muito discutido na mídia, influenciando a sociedade acerca da redução da maioridade penal, acentuando a ideologia de que os menores pobres são bandidos e criminosos e que por isso devem ser penalizados o quanto antes, instigando o lado emocional da população, o que por sua vez não tem análise das causas sociais que levaram os menores a cometer delitos. Assim, este estudo preliminar tem o escopo de alertar para a necessidade e a importância de debater o tema de modo analítico, no âmbito social e constitucional.

Por entender, que é um debate que requer cautela, tendo em vista que tal proposta, maioridade penal, poderia além de retirar direitos constitucionais e garantias prioritárias, também pode infringir o princípio da igualdade, pois as crianças e adolescentes ainda estão em processo de formação. E a possível aprovação desta proposta arrancaria parte da infância, da adolescência e o direito de amadurecimento, em outras palavras aprender e desenvolver com a experiência da idade até chegar a fase adulta.

Em observância a esse cenário percebe-se claramente que se deixar levar apenas pelo lado emocional sem debater de forma analítica o tema, social e constitucional, comete-se um ato inconstitucional e desigual contra as crianças e adolescentes que fazem parte do presente e futuro deste País (Brasil). Como já foi susomencionado atrapalharia o processo de formação para a fase adulta e não resolveria o problema, mas para confirmar estas suposições os textos que constituem este artigo mostraram por meio das teorias, doutrinas e legislações, o que é mais necessário, intervenção social ou penal?

2 | ASPECTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Na idade antiga, o poder paterno e o marital era exercido pelo pai, o qual tinha autoridade no campo religioso e familiar, ou seja, o verdadeiro patriarcado. Nessa perspectiva, a mãe e os demais familiares não poderiam tomar qualquer decisão, sendo as crianças no máximo uma massa de trabalho nos campos de produção.

A referida ausência de direito e relevância das crianças e adolescentes permaneceu até meados do século XIX, a qual era justificada pela a indiferença e pelo alto nível de mortalidade ainda nos primeiros anos da infância, fazendo com o que os adultos não tivessem qualquer afeto por estes.

O professor Philippe Ariés (1978), explica que

Ninguém pensava em conservar o retrato de uma criança que tivesse sobrevivido e se tornado adulta ou que tivesse morrido pequena. No primeiro caso, a infância era apenas uma fase sem importância, que não fazia sentido fixar na lembrança; no segundo, o da criança morta, não se considerava que essa coisinha desaparecida tão cedo fosse digna de lembranças: havia tantas crianças, cuja sobrevivência era tão problemática. Ainda no século XVIII, vemos uma vizinha, mulher de um relator, tranquilizar assim uma mulher inquieta, mãe de cinco “pestes”, e que acabara de dar à luz: “Antes que eles te possam causar muitos problemas, tu terás perdido a metade, e quem sabe todos”. Estranho consolo! As pessoas não se podiam apegar muito a algo que era considerado uma perda eventual. (ARIÉS, 1978, p. 56-57).

Do mesmo modo professor Loic Chalmel (2004, p. 62) explica que “pouco mais de 50% dos bebês nascidos no século XVIII chegavam aos dois anos de idade, devido à falta de cuidado e higiene, bem como a desnutrição e a deficiência da medicina da época”. Além das condições acima, a situação financeira das classes populares – eram as que mais tinham filhos, mais precária, o que impunha as crianças ao trabalho infantil para o auxílio financeiro da família.

Além disso, nesta época o que diferenciava a criança e o adulto era apenas o tamanho e o físico. Assim, não havia etapa da infância ou juventude. Quando os infantes adquiriam a mínima independência (fisiológicas e de vestimenta), esta devia trabalhar com os demais, conforme Ariés (1978)

A duração da infância era reduzida a seu período mais frágil, enquanto o filhote do homem ainda não conseguia bastar-se; a criança então, mal adquiria algum desembaraço físico, era logo misturada aos adultos, e partilhava de seus trabalhos e jogos. De criancinha pequena ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da juventude. (ARIÉS, 1978, p. 10).

A mudança da situação exposta, inicia depois das influências das ideias iluministas, principalmente pelo ensinamento do filósofo Jean Jacques Rousseau, quando fundamentou princípios universais, os quais são: liberdade, igualdade e fraternidade. Após a referida revolução, iniciam-se a positivação de direitos com normas jurídicas voltadas as crianças e adolescentes.

No Brasil, não é diferente a evolução dos direitos das crianças e adolescentes, o quais infelizmente demoraram de forma demasiada para serem impostos, tendo seu início somente após constitucionalização brasileira.

A Proclamação da Independência do Brasil ocorreu em 07 de setembro de 1822, porém a Constituição Imperial só foi outorgada em 25 de março de 1824, após a determinação constitucional passa-se a codificação criminal no Brasil, o que foi exarado e publicado em 16 de dezembro de 1830, famigerado Código Criminal do Império do Brasil.

O referido código regulamentava a idade imputabilidade do agente infrator das leis. Nesse passo, Carvalho (1977) assevera que:

O nosso Código Criminal de 1830 distinguia os menores em quatro

classes, quanto a responsabilidade criminal: a) os menores de 14 anos seriam presumidamente irresponsáveis, salvo se se provasse terem agido com discernimento; b) os menores de 14 anos que tivessem agido com discernimento seriam recolhidos a casas de correção pelo tempo que o juiz parecesse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos; c) os maiores de 14 e menores de 17 anos estariam sujeitos as penas de cumplicidade (isto é, caberia dois terços da que caberia ao adulto) e se ao juiz parecesse justo; d) o maior de 17 e menor de 21 anos gozaria da atenuante da menoridade.(CARVALHO,1977, p. 312)

Relevante, evidenciar que o Código Penal da época, de 1830, preconizava a respeito à idade, em seus artigos 10 e 13, observem nas descrições de Carvalho (1977):

Art. 10. Também não julgarão criminosos: § 1º Os menores de 14 anos. [...]”.
Igualmente, o artigo 13:

Art. 13. Se se provarem que os menores de 14 anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos á casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á de dezessete anos.

Sendo condenados, os menores ou adolescentes eram encaminhados ao convívio com os adultos, pois o entendimento majoritário era que não deveria haver qualquer diferenciação entre os condenados.

Após, o surgimento da República em 1889, é promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. O referido código adotou o critério biopsicológico para fixação da imputabilidade penal, fixando-se a inimputabilidade em 09 (nove) anos, conforme o artigo 27, §1º, do Código Penal supramencionado.

Nota-se, assim, que o código passa a dividir os menores em quatro classes na responsabilidade criminal, e a forma do seu recolhimento em caso do cometimento do ato positivado como crime.

A partir do século XX, as crianças e adolescentes deixam de ser simples objetos e passam a ser sujeitos de direito subjetivos, conforme explica Corral (2004)¹. Com isso, surge vários códigos, entre eles o Código Beviláqua de 1917.

Em ato contínuo, positivou-se a Lei nº 4.242/1921, retira-se o sistema biopsicológico, e passa a adotar o critério objetivo de imputabilidade penal, o qual fixava 14 (quatorze) anos, nos termos do artigo 3º, § 16, o qual exarava: “a exclusão de qualquer processo penal de menores que não tivessem completado quatorze anos de idade”.

No mesmo passo, o Decreto nº17.943-A de 12 de outubro de 1927, o famigerado Código de Menores – o qual ainda não protegia integralmente a criança e adolescente. O Código de Menores de 1927², mesmo ainda discriminatório, servia como auxílio e proteção do Estado, veja nas descrições abaixo dos artigos 1º, 2º.21º e 22º:

1 CORRAL, Alaéz Benito. **Minoría de edad y derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

2 Legislação Informatizada - **DECRETO Nº 17.943-A, DE 12 DE OUTUBRO DE 1927** - Publicação Original. Disponível no site:<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

Art. 1º. O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente às medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo.

Art. 2º. Toda creança de menos de dous annos de idade entregue a criar, ou em ablactação ou guarda, fóra da casa dos paes ou responsaveis, mediante salario, torna-se por esse factu objecto da vigilancia da autoridade publica, com o fim de lhe proteger a vida e a saude.

Art. 21 Quem encontrar infante exposto, deve apresental-o, ou dar aviso do seu achado, á autoridade policial no Districto Federal ou, nos Estados, á autoridade publica mais proxima do local onde estiver o infante.

Art. 22. A autoridade, a quem fôr apresentado um infante exposto, deve mandar inscrevel-o no registro civil de nascimento dentro do prazo e segundo as formalidades regulamentares, declarando-se no registro o dia, mez e anno, o logar em que foi exposto, e a idade apparenste; sob as penas do art. 388 do Codigo Penal, e os mais de direito. (BRASIL, 1927)

Além destes códigos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948), também resguardava o direito das crianças e adolescente, pois assegurava direitos mínimos de existência destes, assim como, ratificava o respeito e a dignidade do indivíduo, e por consequência dar à criança e ao adolescente a proteção básica que advém da sua existência.

3 | DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE APÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de Federal de 1988 foi um marco na história do Brasil, trazendo uma nova ordem jurídica e sendo chamada por muitos de Constituição cidadã e entres esses marcos podemos destacar os Direitos da Criança e do Adolescente que passaram a ser tratados com uma atenção especial e prioritária, ou seja, aspectos que são necessários à sua proteção e bem-estar.

E após esse grande marco observamos que se passou a reconhecer as condições peculiares de desenvolvimento em que se encontram as crianças e os adolescentes, pois, ainda estão em processo de formação, e assim foi garantido a elas, o mínimo necessário para sua proteção e bem estar, sendo de suma importância no processo de formação das mesmas, como descreve o texto de Lei no artigo 227 CF quando cita que não é obrigação somente da família, mais do Estado e da sociedade garantir que a criança e ao adolescente tenha além da proteção, uma vida digna.

Como dispõe o artigo 227 da Constituição Federal que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade

e opressão.

E ao analisar o texto constitucional de 1988 que mudou a visão do País ao tratar com ênfase os Direitos da Criança e do adolescente podemos destacar que esse direito de proteção e uma vida digna devem ser respeitados e colocado em pratica por todos como cita Pedro Affonso D. Hartung³, Advogado e Coordenador do Programa Prioridade Absoluta do Instituto Alana:

Como pedra angular de um novo mundo, o Artigo 227 fundou a obrigação para que o interesse de crianças e adolescentes seja colocado antes de qualquer outro em todas as decisões e preocupações do Estado e seus Poderes, da Sociedade e suas instituições e de todas as formas de famílias e suas comunidades, em uma responsabilidade de cuidado compartilhada e solidária.”

“Assim, inaugurou-se um novo tempo, no qual é dever, legal e moral, de todos nós, garantir com Absoluta Prioridade os direitos de todas as crianças e adolescentes, inclusive os filhos dos outros e os filhos de ninguém, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Outro marco de suma importância que pode se destacar e afirmar que veio devido a Constituição de 1988, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aprovado em julho de 1990. Este documento traz um novo olhar e institui nova doutrina de proteção à infância e garantia de direitos, regulamentando o artigo 277 da Constituição e revogando o Código de Menores, que estava em vigor desde 1979.

E esse Estatuto passou a definir a criança e ao adolescente, sendo considerado criança quem tem até 12 anos incompletos e entre 12 e 18 anos incompletos são considerados adolescentes, ou seja, o estatuto começou a reconhecer a situação peculiar de cada caso, analisando não só a idade, mais também a condição de desenvolvimento, demonstrando os seus direitos e proteção, sendo eles de absoluta prioridade, reiterando o que já estava expresso no artigo 227 da Constituição.

Tal discussão, pode ser destacado com a frase de Pedro Hartung que cita a importância dessa prioridade no presente para garantir o futuro: “As crianças são seres de dois mundos: do presente e do futuro. Se não garantirmos hoje seus direitos com prioridade absoluta, não há futuro socialmente e economicamente sustentável para todos nós”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴ regulamenta o artigo 227 da constituição reconhecendo que toda criança e adolescente, independentemente da situação econômica, familiar e origem étnica, gozam de todos os direitos fundamentais e com absoluta prioridade, o que pode ser mostrado pelo artigo 3º do ECA, que traz a seguinte redação expondo de forma explícita os direitos e garantias das crianças e adolescentes:

3 HARTUNG, Pedro. **30 anos do Artigo 227** nos lembra: criança é prioridade absoluta. Lunetas. 2018. Disponível em: <<https://lunetas.com.br/artigo-227/>>. Acesso em: 09 de setembro. de 2021

4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017

Art. 3º - A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (ECA, 2017)

Percebe-se que esses dois grandes marcos na história da legislação brasileira, o artigo 227 da Constituição e sua regulamentação o Eca - Estatuto da Criança e do Adolescente, mudaram consideravelmente o olhar da sociedade e a conduta adotada em relação ao tema, como também diferenciou o conceito de criança e de adolescente, passando a analisar suas peculiaridades, oferecendo direitos e garantias de maneira absoluta e prioritária. E assim pode-se citar cinco direitos fundamentais das crianças e adolescentes contidos no Estatuto que são eles:

1 – Direitos à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade como pessoas humanas em processo de formação, tendo auxílio, proteção, orientação, mais também podendo se expressar, opinar e claro brincar como qualquer criança ou adolescente.

2 – Direito à convivência familiar e comunitária, ou seja, elas têm o direito de serem criadas, educadas, ensinadas, protegidas e amadas no seio família e comunitário.

3 – Direito à profissionalização e à proteção no trabalho, que diz respeito ao adolescente, pois visando melhor seu processo de formação o mesmo tem direito a aprender uma profissão e se qualificar, mas sempre tendo a proteção necessária no ambiente de trabalho, com frequência regular a escola e sendo essa prática vedada a menores de 14 anos.

4 – Educação, cultura, esporte e lazer que diz respeito a ambos, criança e adolescente tendo os mesmos o direito e acesso à educação que é essencial a sua formação, como também acesso à cultura, prática de esportes e divertimentos.

5 – Ser protegido de casos de violência, seja ela física ou psicológica e assim sendo as crianças e adolescentes não podem ser lesados em relação a sua integridade física e psíquica, que abrange moral, crenças, valores e outros.

Ora, sendo assim, resta, portanto, a vontade de contemplar a efetivação da prática expressada pelo ECA em suas teorias, que é de proteção máxima a criança e ao adolescente.

4 | A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL

No Congresso Nacional existe congressistas que defendem a redução da menoridade

penal, a qual é fundamentada em suposto alto índice de criminalidade entre os menores de 18 (dezoito) anos de idade, e por isso protocolaram a Proposta de Emenda à Constituição nº171.

Explicam que o projeto em tela não é inconstitucional, haja vista que o artigo que seria alterado não é cláusula pétrea, por não alterar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Porém, para outros o referido seria manifestamente inconstitucional, pois violaria o inciso IV do §4º, do artigo 60, da Constituição Federal, pois afirmam que os direitos e garantias dos indivíduos não estariam apenas no artigo 5º da CF, mas sim em todo o pergaminho Constitucional, o que levaria a crer que o artigo 228, caput, da Lei Fundamental seria cláusula pétrea, sendo que por se tratar de direito fundante, este não poderia ser alterado, sem que houvesse violações materiais⁵ ao poder constituinte derivado.

Nesta perspectiva, necessário se faz uma análise inicial do artigo 228 da CF, para identificar se há um direito e qual seria o núcleo essencial dele, para isso é necessário observar a debilidade da PEC nº171. A descrição do artigo 228 da CF expõe o seguinte: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Nesta análise inicial, observa-se que em regra a inimputabilidade penal e as demais formas de imputabilidade, que não seja penal serão sujeitas às normas da legislação especial, assim, nota-se que há dois regimes jurídicos, que são: inimputáveis e os imputáveis.

Deste modo, a interpretação da Constituição fixa como marco temporal para o regime de imputabilidade, ou seja, um divisor entre os menores – os quais devem ter um tratamento especial e adultos, assim, mudanças deste instituto constitucional seria em regra, ferir uma determinação constitucional de defesa dos menores frente ao Estado punitivo.

5 | DOS IMPACTOS CAUSADOS PELA REDUÇÃO MAIORIDADE PENAL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A constituição Federal de 1988 elencou os direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º abrangendo toda a população, que inclui as Crianças e os Adolescentes que ainda estão em processo de formação e por isso necessitam de um cuidado e proteção especial para que tenham o mesmo direito de um adulto, e esse princípio de igualdade foi bem explicado num pensamento de Aristóteles que afirma: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”

E justamente por isso o artigo 228 da nossa Constituição Federal de 1988 descreve sobre a imputabilidade, “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”, ou seja, por entender que devido os menores de 18

5 Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº 105/2019. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. 397 p.

anos ainda estarem em processo de formação, precisam ser tratados de forma igual, porém na medida das suas desigualdades para que seja cumprido os direitos e garantias fundamentais dos mesmos, pois as crianças e os adolescentes quando tratados de acordo com sua desigualdade em relação aos adultos, estaria igualando os direitos e obrigações, já que os maiores não estão mais no processo de formação para a fase adulta que o caso das crianças e dos adolescentes.

Percebe-se que após essa análise a proposta de redução da maioridade Penal vai contra os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, pois embora tenha alguns menores de 18 anos que já tenham uma mentalidade adulta, esses são a minoria, e a maioria necessitam e precisam ser tratados como crianças ou adolescentes, embora alguns realizem algumas atividades adultas, porém a sua mentalidade e sua formação psíquica ainda está no processo de formação e assim não tem a mesma consciência e experiência formacional que um adulto e tratá-las como se já tivessem tal formação, infringe o princípio da igualdade descrito por Aristóteles, arrancando das nossas crianças e adolescentes seus direitos e garantias que estão previstos no artigo 5º da Constituição.

Em outros termos, quando crianças e adolescentes são tratados com igualdade de acordo com sua desigualdade em relação aos adultos ou os maiores de 18 anos, é um tratamento considerado inconstitucional ou desigual, como é o caso da proposta da redução da maioridade penal.

Alguns especialistas como o Advogado, Eric Bezerra, disseram que caso tal medida fosse aprovada a Ordem dos Advogados do Brasil acionaria o Supremo Tribunal Federal (STF) e complementou com a seguinte frase: “Fica claro perceber que o adolescente brasileiro não precisa de prisões, nem de ser colocado no mesmo patamar de adulto, mas sim de políticas sociais que o coloquem no rumo correto de em sua vida pessoal e profissional”

Tal afirmação, comprova que caso a redução fosse aprovada estariam tirando das crianças e dos adolescentes direitos e garantias prioritárias como também parte da infância, da adolescência e o seu direito de amadurecer, aprender e desenvolver com a experiência da idade até chegar a fase adulta, ou seja, estariam arrancando deles momentos desse período primordial.

6 | A INFLUÊNCIA DA MÍDIA EM RELAÇÃO A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL E MENOR COMO BODE EXPIATÓRIO

Pesquisas realizadas junto à população demonstram que muitos são favoráveis à redução da maioridade penal, tal posicionamento advém da ausência de discussões amplas com a sociedade a respeito das formas de delinquências e a norma jurídica atual.

Como se sabe, o Código Ético do Jornalismo, impõe ao jornalista uma conduta ética e que demonstre as informações sempre desprovida de qualquer interesse ou corrente

ideológica, porém, sabe-se que há influência na propagação da ideia de redução da menoridade penal em programas de massa e sensacionalistas – policiais-, sem que haja uma paridade de armas no debate público, conforme o artigo 221

É notório que, quando é citado o “menor” em relação à menoridade penal em programas ou alguns artigos jornalísticos, é feito em tom ofensivo e sempre em atos infracionais de grande cobertura nacional, a fim de macular a todos os jovens a conduta consumada por um único menor e a afirmar a falência do sistema jurídico atual.

Cabe afirmar que, órgãos de comunicação tem um condão de influenciar todo o senso comum, vez que este possui grande credibilidade, a qual deve ser celebrada, pois deve ser garantido o direito da livre manifestação, mas este deve respeitar e dar voz ao contraditório.

A respeito da influência da mídia nos debates públicos Correa (2013) questiona até que ponto a mídia é favorável a determinado assunto ou atrapalha, visto que muitas discussões são enfatizadas pela mídia de acordo com o autor para ter o apoio da população, por isso, segundo ele nem tudo que é propagado deve ser aceito com plenitude.

Em outras palavras, é importante que a sociedade questione as imposições midiáticas e o seu limite diante do Estado Democrático de direito, e se este limite não seria inconstitucional ou limitado perante a constituição que determina em suas linhas gerais o que são direitos fundamentais do indivíduo.

Nessa mesma linha de pensamento, afirmam Zaffaroni e Pierangeli (2006)⁶:

O certo é que toda sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão. Conforme esta estrutura se controla socialmente a conduta humana, controle que não se exerce só sobre os grupos mais distantes do centro do poder, mais também sobre os grupos mais próximos a ele. (...) De qualquer modo, inclusive nos países mais periféricos, o controle costuma ser mais anestésico entre as camadas sociais mais privilegiadas e que adotam os padrões de consumo dos países centrais. (...) Os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso como controle social, e sim como formas de recreação. Qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência. O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios de massa, da atividade artística, da investigação científica e etc. (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2006, p.56)

Assim, a mídia seria no mínimo uma forma de disseminar o pensamento de parte da sociedade a respeito de um tema por meio de difusores de comunicação social para controle da sociedade e alienação de pensamento.

No Brasil como em outros países, ocorrem crimes e alguns bastante bárbaros, a mídia vive de explorar as notícias, porém não é qualquer notícia que chama e prende a

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** V.I. 6° Ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 2006.

atenção por completo da população, geralmente acontecimentos negativos, violentos e trágicos são os que mais geram lucros ou audiência neste mundo midiático.

Devido aos pontos supramencionados, as crianças e adolescentes acabam virando bodes expiatórios, pois quando acontece algum fato neste sentido e praticado por eles, a mídia dá ênfase, utilizando palavras de impacto para destacar absurdos praticados pelos adolescentes, como se eles fossem os principais responsáveis pelo aumento de violência e crimes praticados, alegando que eles agem assim por serem imputáveis e por responderem por meio de uma legislação especial, o que segundo os meios de comunicação fazem com que as crianças e os adolescentes não se preocupem com os atos cometidos.

O problema é que a mídia quer simplesmente vender a notícia e assim conseguem utilizando de suas táticas para que a propaganda chame bastante atenção, mesmo que tenha outro crime de igual teor ou pior praticado por um adulto, os cometidos por menores são veiculados com ênfase e rapidez, e voltam a ficar revendendo aquela notícia do ato praticado pelo adolescente. Assim a população acaba tendo a falsa ideia de que o crescimento da violência e crimes são culpa dos adolescentes e sua imputabilidade.

Segundo os dados fornecidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), os crimes ou homicídios cometidos no Brasil são de jovens vitimados, ou seja, eles são na maioria vítimas e não criminosos ou causadores dos homicídios como mostra o mapa abaixo:



Figura 01: Atlas da Violência 2017 mapeia os homicídios no Brasil

Fonte: Mapa do Instituto de pesquisas econômica aplicada (IPEA)

Em 2017, Pedro Hartung advogado do Programa Prioridade Absoluta do Instituto Alana, disse a seguinte frase: “O adolescente não é o maior responsável pela violência, é a maior vítima. Eles são autores somente de 3% dos crimes, então por que a gente ainda discute isso?”

De acordo com alguns especialistas grande porcentagem dos crimes envolvendo adolescente são crimes menos graves e que a maioria desses adolescentes são de regiões de vulnerabilidade social, e de acordo com o advogado criminalista e mestre em sociologia, Élcio Cardozo Miguel (2020)⁷ de acordo com dados apresentados pelos estados brasileiros o aumento das infrações praticadas por adolescentes em relação a crimes graves eram consideradas baixa. Segundo Miguel (2020) cerca de 1,6% dos homicídios praticados no território brasileiro são cometidos pelos adolescentes, visto que somente 12% são hediondos e que 80% são furtos, roubos ou tráfico de drogas e os demais são crimes não violentos.

Assim, nota-se que mesmo havendo um aumento nas infrações cometidas por adolescentes, o número ainda é muito baixo em relação a quantidades de crimes práticos no Brasil, e além disso, os mais graves representam uma parcela ainda mais baixa, o que não justifica a redução penal, já que os adolescentes são usados como bode expiatório ou como causa do aumento da violência e de crimes, mas segundo os dados apresentados pelo Mapa do IPEA os adolescentes praticam menos crimes que os adultos.

71 O FATOR SOCIAL COMO INFLUENCIADOR DA VIOLÊNCIA PRATICADA POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Segundo Émile Durkheim⁸, em seu livro “As Regras do Método Sociológico”, publicado em 1985, o fato social diz respeito aos modos de agir e interagir dos indivíduos de um determinado grupo ou sociedade em geral e assim de acordo com sua teoria os fatos sociais agem como forças externas, moldando maneiras de agir, pensar e sentir dos indivíduos.

E uma dessas forças externa que podemos citar e a situação econômica, pois ela é uma grande influenciadora nos fenômenos de criminalidade, devido ao crescente desemprego, a dificuldade de se encontrar no mercado de trabalho, o aumento da inflação e a crise econômica que com vinda da pandemia do Coronavírus ou do vírus SARS COV 2, piorou amplamente.

E muitos que se veem injustiçados ou que se sentem esquecidos pelo poder público e acabam buscando caminhos que diferem do considerado exemplar em uma sociedade e entre estes estão presentes as crianças e os adolescentes, mesmo que estes ainda não estejam inseridos no mercado de trabalho.

7 FOLHA VITÓRIA. **Maioria dos adolescentes envolvidos em Crimes** são de regiões de vulnerabilidade social. Disponível: <https://www.folhavoria.com.br/geral/noticia/03/2020/maioria-dos-adolescentes-envolvidos-em-crimes-sao-de-regioes-de-vulnerabilidade-social-dizem-especialistas>. Acesso em: 15 de outubro de 2021.

8 DURKHEIM, Émile. **As regras do Método Sociológico**. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1985.

As ações ilícitas destes menores, crianças e adolescentes, podem ser explicadas por alguns fatores decorrentes da estrutura social, que fazem com muitos passem por necessidades financeiras em casa, falta de apoio psicológico, falta de incentivo social e familiar para os estudos, falta de oportunidades que facilitem a vida das mesmas que estão se preparando para a fase adulta e o mundo competitivo do mercado de trabalho. Tudo isso, faz com que muitas crianças e adolescentes acabem encontrando na violência e na vida marginalizada ou do crime sua única forma de sobrevivência.

E assim, percebe-se que o fator social influencia diretamente na violência praticada pelas crianças e pelos adolescentes, os quais são aliciados pela criminalidade, que se aproveitam da fragilidade vivida por estes menores no aspecto social, cultural e econômico.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem explicado em linhas anteriores, embora haja uma sensação de criminalidade e insegurança em toda a sociedade trazida pela repercussão alarmista de parte da mídia em relação a atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes, é necessário observar com cautela propostas que tendem a reduzir direitos das crianças e adolescentes, pois a problemática do fato – ato infracional- é extremamente complexa.

Cabe considerar e reconhecer, portanto, o tratamento especial que o Pergaminho Constitucional atribuiu a Criança e Adolescente, tanto é assim que o legislador criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) a fim de respeitar de forma firme o direito de cada ser humano na sua individualidade.

Nessa perspectiva, o constituinte originário sedimentou o artigo 228 da Constituição Federal como cláusula pétrea. Mesmo não estando expresso no artigo 60, §4º, da CF, a idade penal pode ser tida como cláusula pétrea por resguardar direitos individuais, o qual estaria guardado pelo o inciso IV do parágrafo 4 do artigo 60 da CF.

Em que pese os argumentos dos defensores da redução da maior idade penal, é impositivo reconhecer que à alta taxa de criminalidade não pode ser imputada apenas aos menores de 18 (dezoito) anos, uma vez que a criminalidade advém de conflitos sociais vividos por cada indivíduo.

Como acrescenta Pereira (2005, p.18), é incompatível atribuir o aumento da criminalidade “impunidade de criminosos” como defende os defensores da proposta de redução, visto que é necessária uma análise de fatores sociais e políticos, ou seja, o crime também é social.

Além disso, é necessário citar que os defensores da redução da maioridade penal deixam de analisar o Sistema Penitenciário Brasileiro com toda as suas peculiaridades e principalmente a real situação, pois se por ventura uma criança ou adolescente for inserido neste sistema, apenas lhe acarretará danos psíquicos e/ou físicos que no decorrer do seu processo de formação esses danos podem se tornar irreversíveis.

Conclui-se, portanto, que eventual aprovação de redução da maioria penal, restaria caracterizada a violação aos direitos fundamentais do indivíduo, bem como a violação aos princípios como o *pro homine* da proibição do retrocesso.

Em suma, os artigos constitucionais são cláusulas pétreas, por aceitar emendas constitucionais de melhoria, como foram discutidos os artigos supracitados em prol dos direitos das crianças e adolescentes que devem ser alterados para melhoria peculiar e heterogênea dos mesmos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Especialistas: redução da maioria penal é inconstitucional e não resolve violência**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/11/especialistasreducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional-e-nao-resolve-violencia>>. Acesso em: 23 de setembro de 2021.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A, 1978.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

BRASIL. **Decreto Lei nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. **Código de Menores**. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1927.

BRASIL. **DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890**. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. In: *Vade Mecum Saraiva Compacto*. 22. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2010. 2296 p.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CORREA, Fabrício. **O poder da mídia sobre as pessoas e sua interferência no Mundo do Direito**. Disponível em: < <http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941433/o-poder-da-midi-sobre-as-pessoas-e-sua-interferencia-no-mundo-do-direito/> >. Acesso em 21/09/2021.

CHALMEL, Loic. **Imagens de crianças e crianças nas imagens**: representações da infância na iconografia pedagógica nos séculos XVII e XVIII. Educação e sociologia. Campinas, v. 2, n. 86, abr. 2004, p. 57-74.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 1985.

FARIELLO, Luiza. **Constituição de 1988, um novo olhar sobre a criança e o adolescente**. *Agência CNJ de Notícias*. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constituicao-de-1988-um-novo-olhar-sobre-a-crianca-e-o-adolescente/>>. Acesso em: 09 de setembro. de 2021.

FOLHA VITÓRIA. **Maioria dos adolescentes envolvidos em crimes são de regiões de vulnerabilidade social.** Disponível em: <https://www.folhavoria.com.br/geral/noticia/03/2020/maioriadadosadolescentes-envolvidos-em-crimes-sao-de-regioes-de-vulnerabilidade-social-dizemespecialistas>. Acesso em: 24 de setembro de 2021.

HARTUNG, Pedro. **30 anos do Artigo 227 nos lembra:** criança é prioridade absoluta. Lunetas. 2018. Disponível em: <<https://lunetas.com.br/artigo-227/>>. Acesso em: 09 de setembro. de 2021.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência, 2020.** Disponível <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes/51/atlas-da-violencia-2020> > Acesso em: 30 novembro. 2021.

MARQUES, Raquel. **Perdemos as crianças na segunda década de vida,** diz Mário Volpi, do UNICEF. Criança Livre de Trabalho Infantil. Disponível em: <<https://livredetrabalho infantil.org.br/noticias/reportagens/perdemos-as-criancas-na-segunda-decada-de-vida-diz-mario-volpi/>>. Acesso em: 09 de setembro. de 2021.

PEREIRA, Jozemir Loureiro. **Maioridade penal: fatos e falácias.** Revista Bonijuris – Ano XVII – n. 502 – Set. 2005. Editor: Jornalista Arnaldo Anater DRT – 347/ 03/74 – PR

RBA. **Jovens respondem por 3% dos crimes cometidos,** mas são ‘bode expiatório’ da violência. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/09/jovens-respondem-por-3-dos-crimes-cometidos-mas-sao-bode-expiatorio-da-violencia/> >. Acesso em: 24 de setembro de 2021.

SANTANA, Esther. **Uma força externa que determina as ações praticadas pelos indivíduos. Educa Mais Brasil.** Disponível: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/sociologia/fato-social> >. Acesso em: 23 de outubro de 2021

ZAFFARONI, Eugenio Raul PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** V.I. 6º Ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 2006.

STF VIOLA A CONSTITUIÇÃO TIPIFICANDO HOMOFOBIA COMO RACISMO

Data de aceite: 01/06/2022

Data de submissão: 08/04/2022

Andrielly Nascimento de Santana

Universidade Tiradentes
Aracaju-SE
<http://lattes.cnpq.br/2784752282479348>

Renato Carlos Cruz Menezes

Universidade Tiradentes
Aracaju-SE
<http://lattes.cnpq.br/7155191169186389>

RESUMO: A Constituição Federal Brasileira é a Lei Maior, que se encontra no topo da hierarquia do ordenamento jurídico do Brasil e tem como seu guardião o Supremo Tribunal Federal (conforme art. 102, CF). Pelo fato do STF ser considerado o protetor da Constituição supracitada é que deveria ser o maior respeitador de suas normas e princípios, no entanto, por meio de algumas decisões, ele tem se mostrado contrariador dos preceitos constitucionais. Dessa forma, a segurança jurídica da sociedade é abalada, uma vez que nem mesmo o garantidor do cumprimento efetivo da norma está lhe dando o devido respeito. Esse trabalho objetiva analisar a decisão do STF de criminalização da homofobia pela lei do racismo, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 026 e do Mandato de Injunção 4733, ambos julgados procedentes pelo referido Tribunal, alegando mora legislativa. O problema se encontra na divergência entre o STF e a CF, já que segundo

esta última, o Supremo não tem competência para criar um tipo penal, mesmo que diante da demora de uma resposta do Legislativo em relação a qualquer matéria. Para tanto, será feita uma pesquisa descritiva e explicativa, do tipo qualitativo, com revisão bibliográfica e estudo de alguns princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Competência, Constituição federal, criminalização, guardião, Supremo Tribunal Federal.

STF VIOLATES THE CONSTITUTION TYPING HOMOPHOBIA BY RACISM

ABSTRACT: The Brazilian Federal Constitution is the Major Law, which is at the top of the hierarchy of the Brazilian legal system and has as its guardian the Federal Supreme Court (according to art. 102, CF). Due to the fact that the STF is considered the protector of the aforementioned Constitution, it should be the most respectful of its norms and principles, however, through some decisions, it has shown itself to be contrary to the constitutional precepts. In this way, the legal security of society is shaken, since not even the guarantor of effective compliance with the norm is giving it due respect. This work aims to analyze the decision of the STF to criminalize homophobia by the racism law, through the Direct Action of Unconstitutionality by omission 026 and the Mandate of Injunction 4733, both judged valid by the aforementioned Court, alleging legislative delay. The problem lies in the divergence between the STF and the CF, since according to the latter, the Supreme Court has no competence to create a criminal offense, even in the face of the delay in a response from the Legislature in relation to any

matter. For that, a descriptive and explanatory research will be carried out, of the qualitative type, with a bibliographic review and study of some principles.

KEYWORDS: Jurisdiction, Federal Constitution, criminalization, guardian, Supreme Federal Court.

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é a Lei Maior, o que significa dizer que todas as demais devem obediência a ela, pelo fato de esta se encontrar no topo do ordenamento jurídico brasileiro, que foi definido a partir do sistema de escalonamento de normas jurídicas desenvolvido pelo jurista europeu, chamado Hans Kelsen.

Partindo dessa hierarquia existente no Brasil é que se questionam as decisões que estão sendo tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, decisões estas que ferem tanto a doutrina e os princípios constitucionais como a Carta Magna vigente, uma vez que, a própria Constituição prevê no caput do art. 102 que *“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”*.

Analisando o artigo 102 da Carta Magna brasileira citado anteriormente, entende-se que cabe ao STF assegurar que seja de fato garantido tudo que se encontra conjecturado nessa Lei Maior, trazendo com isso uma segurança jurídica para toda a sociedade.

A partir de então surgem as discussões, pois, em matéria penal, o STF tem competência para julgar as infrações penais comuns e os crimes de responsabilidade como previsto no artigo 102, inciso I, alínea b e c, CF/88 e não para tipificar um crime, mesmo que diante da omissão do Legislativo.

Além de tipificar um crime, ato que não lhe foi atribuído, esse órgão do Poder Judiciário Brasileiro, também violou princípios constitucionais como: o da legalidade, o da taxatividade, o da reserva legal, o da anterioridade da lei, o da segurança jurídica e o da supremacia da Constituição.

Para Ricardo Maurício Soares “a violação de um princípio jurídico é algo mais grave que a transgressão de uma regra jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo um plexo de comandos normativos.” (SOARES, 2015, p. 79)

O Supremo Tribunal Federal tipificou os crimes de homofobia e transfobia, como sendo crimes de racismo, fazendo com isso analogia “in malam partem” e contrariando a doutrina que afirma ser vedada esse tipo de analogia que prejudica o agente. Também julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 026 e o mandato de injunção 4733 para que até que haja uma resposta do Legislativo quanto a essa matéria, os crimes sejam tipificados e regidos pela Lei 7.716/89 (Lei de racismo).

2 | SITUAÇÃO PROBLEMA

A problemática de pesquisa deste trabalho se encontra no desrespeito à Constituição, por parte do Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário Brasileiro, que foi encarregado de protegê-la e de fazer com que todos os demais cumpram e obedeçam seus preceitos. Esse desrespeito do STF para com a Lei Maior, surgiu a partir do momento em que este órgão tipificou um crime, atividade que não é de sua competência, violando também com esse ato, vários princípios constitucionais, além de contrariar a doutrina ao fazer analogia “in malam partem”, ação que é vedada, para que houvesse a criminalização da homofobia e transfobia pela Lei do racismo (Lei 7.716/89).

3 | OBJETIVO GERAL

O principal objetivo desse trabalho é mostrar que apesar de ter uma Constituição que rege o Brasil como um todo, e que estabelece as diretrizes a serem seguidas pela coletividade, órgãos do Poder Público, como o Supremo Tribunal Federal, nomeado pela própria Constituição como sendo seu guardião, insistem em descumprir esses mandamentos.

4 | OBJETIVOS ESPECÍFICOS

O presente trabalho envolve alguns outros objetivos, são eles:

1. Explicitar que a decisão do STF, que tipifica a homofobia e a transfobia como sendo crimes de racismo, não faz parte de suas competências;
2. Analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 026 e o Mandado de Injunção 4733;
3. Expor os princípios constitucionais que foram violados nessa decisão do Supremo Tribunal Federal;
4. Explicar porque a doutrina veda a analogia “in malam partem”, utilizada pelo STF para criminalizar a homofobia e a transfobia.

5 | MÉTODO DE ABORDAGEM

O método utilizado é o da pesquisa descritiva, pois, faz uma análise minuciosa do objeto de estudo e explicativa, por estabelecer uma continuidade da pesquisa descritiva com mais detalhes, do tipo qualitativo, com revisão bibliográfica, análise do Recurso extraordinário (Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 026) e do Remédio constitucional (Mandado de Injunção 4733) e estudo de alguns princípios constitucionais, se utilizando da Constituição Federal de 1988, da doutrina, da Lei 7.716/89 e etc. Todo o estudo realizado será voltado para o Supremo Tribunal Federal, órgão de última instância do Poder Judiciário Brasileiro, e a decisão julgada procedente por ele de criminalização da

homofobia e transfobia como sendo crimes de racismo.

6 I O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS COMPETÊNCIAS

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, que se encontra no topo da pirâmide hierárquica, sendo classificado como o órgão de maior instância no ordenamento jurídico brasileiro e que possui uma jurisdição que atinge todo o território nacional, sendo considerado simultaneamente Tribunal de jurisdição ordinária e Corte de Constitucionalidade. A ele compete, precipuamente, a guarda e a defesa da Constituição, conforme disposto no art. 102, da Carta Magna de 1988, porque prima pelo respeito e realização dos princípios contidos na Lei Maior que rege o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

De acordo com o doutrinador Alexandre de Moraes, as principais competências do STF, podem ser divididas em dois grandes grupos, assim, o Supremo pode ser acionado diretamente, através das ações que lhe cabe processar e julgar originariamente (o Tribunal analisará a questão em única instância - competência originária), ou ainda pode-se chegar ao STF através de recursos: ordinários ou extraordinários (o Tribunal analisará a questão em última instância - competência recursal). (MORAES, 2018, p. 742)

Como bem frisou o ilustre doutrinador Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal, assim como os demais Tribunais, possui competências originárias (previstas no art. 102, inciso I da CF/88) e recursais. O diferencial se encontra na subdivisão existente na competência recursal do STF, que se ramifica em dois tipos: ordinária e extraordinária, previstas, respectivamente, nos art. 102, inciso II da CF/88 e art. 102, inciso III da CF/88.

Quando se utiliza o termo “competência originária”, tem-se o objetivo de abordar sobre uma competência exclusiva de determinado órgão, uma atribuição que cabe tão somente aquele órgão em específico. Tal como os demais, a Suprema Corte também possui esse tipo de competência, estando elas discriminadas no art. 102, inciso I, alíneas “a” a “r” da Carta Constitucional de 1988 que vigora no Brasil.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, está incluída na competência originária, cuja função precípua do Pretório Excelso é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar esse tipo de recurso originariamente, de forma exclusiva, assim como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade e as Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, também são recursos de competência originária do STF, que tem o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico.

A partir do momento em que se recorre a competência recursal ordinária, se busca uma nova análise, em recursos como o mandado de injunção, o mandado de segurança, o

habeas corpus e o habeas data, sendo julgado em única instância pelo Tribunais Superiores, caso a decisão tenha sido denegatória, ou seja, indeferida pelo Tribunal competente.

Já na competência recursal extraordinária, as causas serão decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar o dispositivo da Constituição vigente, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição de 1988 ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Em se tratando de matéria penal, destaca-se a competência para julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, além de fazer parte das suas atribuições julgar nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (conforme previsto no art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c” da CF/88).

Ainda sobre a área penal, o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar em recurso ordinário os crimes políticos, que se encontram dispostos no art. 102, inciso II, alínea “b” da CF/88.

Após citadas todas as competências do órgão de maior instância do Poder Judiciário, o STF, inclusive as que tratam sobre matéria penal, pode-se perceber que não se encontra no rol do art. 102, que dispõe sobre as atribuições desse Tribunal, a competência para tipificar um crime por analogia, mesmo que não exista uma norma legal vigente no ordenamento jurídico que trate sobre a matéria, fazendo surgir uma lacuna no Texto Constitucional e ainda não tendo uma resposta do Poder Legislativo, o responsável por criar as normas do Direito Brasileiro, o guardião não pode desrespeitar um preceito constitucional e ultrapassar os limites que lhes foram impostos pela Lei Maior que rege todo o território brasileiro.

Uma vez que o Pretório Excelso tem o dever de proteger e fazer cumprir tudo que está positivado na Carta Magna, sendo considerado por ela mesma como o seu guardião, ele também deve a obediência, tendo portanto que aceitar a delimitação feita por ela em relação as suas competências, sendo inaceitável que o órgão garantidor do cumprimento da Constituição, e aquele responsável por julgar os demais quando estão em desacordo com a referida Lei, seja o infrator.

7 I RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO STF (ADO 026)

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), foi uma novidade inserida na Constituição de 1988, prevista em seu art. 103, § 2º, e que passou a ter uma regulamentação específica acerca do procedimento e das peculiaridades através da Lei nº

12.063/09.

A ADO tem como objetivo, o restabelecimento do ordenamento jurídico, de modo a efetivar a observância da Constituição, sempre que seus preceitos estiverem sendo violados por uma omissão legislativa, ou seja, busca combater o que se convencionou a chamar de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. (LENZA, 2010, p. 306)

Deste modo, quando a Constituição deixa de ser observada, especificamente com relação as suas normas de eficácia limitada ou de aplicabilidade mediata ou diferida, ocorre a inefetividade das normas constitucionais, sob o fundamento da falta de atuação normativa do Poder Legislativo, tipicamente, e do Poder Executivo e Judiciário, atipicamente, surgindo a “doença” denominada de omissão inconstitucional, cujo “remédio” tem-se a ADI por omissão. (LENZA, 2010, p. 309)

Na verdade, o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante a ação estatal quanto mediante a sua inércia. Caso a situação de inconstitucionalidade derive de um comportamento ativo do Poder Público, no qual se edite atos normativos contrários ao que determina a Constituição, haverá um “facere”, uma atuação positiva, capaz de conceber a inconstitucionalidade por ação. Todavia, caso o Estado deixe de adotar as medidas necessárias à concretização das normas da Constituição, de modo a torná-las efetivas, ou seja, em caso de descumprimento da imperatividade da norma constitucional, haverá a violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare”, incidirá a inconstitucionalidade por omissão (Supremo tribunal Federal. ADI 1458 MC/DF. Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996)

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do poder público – a situação de inércia do estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima – a questão da “ideologia de gênero”...(STF – ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020)

Nesse caso da ADO 026, houve um desrespeito à Constituição Federal mediante a inércia do Poder Público, uma vez que a efetiva concretização das cláusulas constitucionais foram ludibriadas em relação à sua eficácia na questão da “ideologia de gênero” como trata a Emenda da ADO 026.

8 I REMÉDIO CONSTITUCIONAL (MI 4733)

O mandado de injunção é um dos 5 remédios constitucionais, previsto no artigo 5º, LXII da CF/88, onde diz que:

“Art. 5º, LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (Constituição Federal de 1988)

É portanto uma prerrogativa que visa legitimar a aplicação da Constituição Federal, sendo um instrumento criado pela Carta Magna para resolver as omissões do Poder Público, fazendo com que os direitos previstos na Constituição sejam protegidos e efetivamente exercidos pela população. Tem como objetivo tornar viável os direitos garantidos pela Lei Maior, mostrando soluções para que esses direitos sejam válidos mesmo que não existam leis ou normas que os regulamentem.

EMENTA: (...) 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. (...) 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (STF – MI: 4733 DF 9942814-37.2012.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/09/2020)

O mandado de injunção depende de dois requisitos constitucionais: a existência de uma norma de eficácia limitada e a ausência de uma norma reguladora. No caso do Mandado de injunção 4733, trata-se de ausência de norma regulamentadora, uma vez que compreende a falta de uma lei ou dispositivo do Poder Público que faça com que o direito previsto na Constituição Federal possa ser aplicado na sociedade, garantindo-o ou regulamentando-o.

9 I PRECITOS FUNDAMENTAIS FRENTE A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF

Os princípios tem sido utilizados constantemente na resolução de casos concretos, tornando imprescindível ao operador do direito compreendê-los. Baseado nisso, Lenio Luiz Streck afirma que “os princípios foram introduzidos no Direito como um critério positivista de fechamento de sistema, visando a preservar, assim, a pureza e a integridade do mundo de regras”. (STRECK, 2014, p. 163)

Nas sábias palavras de Humberto Ávila, “Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre

prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos, sendo até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou a chamar de Estado Principiológico”. (ÁVILA, 2005, p. 15)

Pelo fato dos princípios possuírem uma alta carga valorativa, estão sendo cada vez mais indispensáveis na contemporaneidade, principalmente por serem considerados por alguns autores como normas jurídicas, fazendo com que seja concentrado neles a máxima eficácia.

Como afirma Guerra Filho “os princípios devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si”. (GUERRA FILHO, 1997, p. 17)

Neste contexto o renomado escritor italiano, Norberto Bobbio, além de classificar os princípios, também apresenta argumentos por enquadrá-los como normas jurídicas, quando aduz que:

“Os princípios gerais do direito estão inseridos na categoria de normas jurídicas, já que os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as mais gerais. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles e em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso”. (BOBBIO, 1996, p. 159)

No Direito Penal existem princípios considerados fundamentais, alguns deles serão aqui abordados por terem uma estrita relação com a decisão do STF que criminaliza a homofobia pela lei do racismo. Decisões como essa estão sendo julgadas procedentes pelo STF, que é tido como o guardião da Constituição, mas ferem tanto a Constituição Federal Brasileira de 1988 como os referidos princípios que serão a posteriori explicitados.

“O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida e a intransigibilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas”. (BONAVIDES, 1994, p. 112)

De acordo com um ilustre doutrinador jurídico, “existe uma relação entre o Estado de direito e o princípio da legalidade, pois, um verdadeiro Estado de direito tem a função

de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exigindo-se portanto a subordinação de todos perante a lei”. (GRECCO, 2018, p. 143)

“O Estado de Direito surge desde logo como Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um *regime de direito*, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumento regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salva guardar-lhes de uma ação abusiva do Estado”. (STRECK, 2000, p. 83-84)

O princípio da legalidade é considerado alicerce, podendo ser chamado de princípio basilar, pois, serve de base para todos os demais que aqui serão elucidados, estando previsto na Constituição de 1988 em seu artigo 5.º, inciso XXXIX e no Código Penal em seu artigo 1.º, onde diz: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”.

Tomando por base essa frase prevista no Código Penal e na Constituição Federal pode-se dizer que o princípio da legalidade garante que nenhum cidadão seja acusado de crime caso não haja previsão deste ato como sendo criminoso em um desses documentos legais supracitados acima. Ou seja, não há crime sem lei que o defina.

Pedro Lenza afirma que, apesar da criminalização ter sido realizado por meio de interpretação conforme à Constituição, o Supremo Tribunal Federal, no presente caso, “legislou” criando um tipo penal, não observando o princípio da estrita legalidade penal (Lenza, 2020).

De acordo com Masson o princípio da estrita legalidade ou reserva legal, proíbe a criação de delitos ou cominação de penas senão em virtude exclusiva de lei, possuindo uma indiscutível dimensão democrática, visto que revela a aceitação da sociedade na criação da norma no âmbito penal, já que esta é criada pelo Congresso Nacional que por sua vez representa o povo (MASSON, 2020).

Como resultado do princípio da reserva legal surge o princípio da taxatividade, que estabelece que as normas penais incriminadoras devem ser claras e bem elaboradas, de forma a garantir a certeza da conduta criminalizada ao destinatário da norma (NUCCI, 2020).

Segundo Masson o fundamento jurídico do princípio da reserva legal é a taxatividade, pois exige do legislador a determinação exata do conteúdo do tipo penal e da sanção penal, assim como, exige do julgador a máxima vinculação à norma penal, inclusive para concessão de prerrogativas legais (MASSON, 2020).

Uma vez que não há lei, não há crime, por isso em decorrência do princípio da taxatividade é vedado a analogia in malam, aquela onde a lei utilizada prejudica o réu, inclusive nas situações de vácuo legislativo.

Segundo Silva, “leis penais não podem ser supridas ou complementadas pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais do direito, caso se dirijam contra os

cidadãos. A liberdade é um direito fundamental, que tem o princípio da legalidade como um dos seus protetores” (SILVA, 2020, pág.25).

O Supremo Tribunal Federal utilizou de uma decisão judicial para criminalizar a homotransfobia, o que evidentemente fere o princípio da reserva legal, visto que a Suprema Corte não possui legitimidade para legislar sobre Direito Penal. Está competência é privativa da União, conforme o artigo 22, inciso I da CF/88, só podendo ser feita exclusivamente através de lei.

Ademais, pode-se afirmar que não é possível extrair dos termos “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, previstos no art.1º da Lei nº 7.716/89, qualquer referência à orientação sexual ou identidade de gênero (BADARÓ, 2019), uma vez que “possuir orientação sexual diversa de outrem, ou mesmo se identificar como sendo de gênero diverso, não as tornam pessoas de raças distintas” (BRAGA, 2019, p.153).

No Brasil, não há um crime ou contravenção penal específica que tipifique o preconceito ou discriminação por opção ou orientação sexual (ANDREUCCI,2019). Logo, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de analogia in malam partem, pois empregou uma norma penal incriminadora a um caso não contemplado pela Lei de racismo, alterando o sentido do elemento típico, ferindo, assim, o princípio da taxatividade (BRAGA, 2019).

Além disso, é relevante mencionar que uns dos princípios fundamentais do Direito Penal é o da intervenção mínima. Trata-se do reconhecimento que o Direito Penal possui como uma de suas características, ter as penas mais graves previstas no ordenamento jurídico, assim, só se deve utilizar o Direito Penal em ultima ratio, ou seja, como último recurso a ser manuseado pelo Estado afim de proteger algum bem jurídico (DAMÁSIO; ESTEFAN, 2020).

Dessa maneira, diante do que foi exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal na ADO nº26 e na MI 4.733 violou os princípios fundamentais do Direito Penal, que constituem limites para se combater a insegurança jurídica e o poder absoluto desenfreado. Nesta lógica, Masson dispõe que não se pode aniquilar direitos para tutelar outros direitos, sob pena de insegurança jurídica e, acima de tudo, de desrespeito à Constituição Federal. Nosso papel, enquanto sociedade democrática e detentora de amplo espectro de poder, é mobilizar-se no sentido de exigir firme e séria atuação do Poder Legislativo. (MASSON, 2020, p. 24)

10 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que a interpretação conforme a constituição realizada pelo STF para equiparar as condutas transfóbicas e homofóbicas a Lei do racismo, mostra-se uma verdadeira violação aos princípios penais da legalidade, taxatividade e vedação da analogia in malam partem, bem como outros preceitos resguardados pela CF/88.

A decisão proferida por meio de interpretação conforme Constituição foi uma analogia

in malam partem, pois utilizou-se de norma incriminadora de racismo, de maneira análoga, para preencher a mora legislativa e tipificar a discriminação homofóbica e transfóbica, aplicação esta que fere o ordenamento jurídico, bem como viola o princípio da legalidade.

Essas decisões proferidas pelo STF violaram também o princípio da reserva legal, visto que a referida criminalização ocorreu por meio de decisão judicial. Segundo o artigo 1º do Código Penal, só poderá ser criminalizado por meio de lei em sentido estrito. Além disso, ocorreu também a violação do princípio da taxatividade, pois o STF ampliou o sentido de raça previsto na Lei de Racismo.

Conclui-se portanto que o STF ultrapassou os limites de sua competência constitucional, como também violou princípios basilares e primordiais do Direito Penal, sendo inconcebível que para poder garantir direitos constitucionais seja necessário destruir outros direitos tão constitucionais quanto, cuja consequência expressa seria a insegurança jurídica. Em vista disso, para que ocorra a criminalização da homofobia e transfobia de forma efetiva e legítima, a sociedade deve exigir do Poder Legislativo a sua atuação como representante do povo para se criar um tipo penal específico, por meio de um processo legislativo que observa os princípios basilares e essenciais do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 14. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019. Acesso em: 03 de agosto de 2020.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRAGA, Matheus Andrade. **A legalidade penal em tempos de ativismo judicial: uma análise crítica da decisão do supremo tribunal federal no “caso da homofobia”**. Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira, p. 141, 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848. **Código Penal. 1940**. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 08 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Interessado: União. Relator: Min. Edson Fachin. Data do julgamento: 13.06.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716. Lei de Racismo**. Brasília: 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso: 08 de junho de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CONSTITUIÇÃO (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 08 de junho de 2020.

CONTEÚDO JURÍDICO. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55516/a-criminalizacao-da-homotransfobia-realizada-pelo-supremo-tribunal-federal-analogia-in-malam-partem-ou-interpretacao-conforme-a-constituicao#:~:text=Destarte%2C%20constata%2Dse%20que%20a,da%20analogia%20in%20malam%20partem>> Acessado em: 02/04/2022

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GUERRA FILHO, Willis S. Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

JESUS, Damásio de; atualização André Estefam. **Direito penal: parte geral** vol. 1 .37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=142&dataPublicacaoDj=01/07/2019&incidente=4515053&codCapitulo=2&numMateria=22&codMateria=4>> Acessado em: 03/02/2020

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> ACESSO: DIA 04/02/2020

https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_102_.aspx> Acessado em: 04/02/2020

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acessado em: 04/02/2020

JUSBRASIL. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> ACESSO DIA:04/02/2020

<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>> Acessado em: 26/04/2020

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>> Acessado em: 26/05/2020

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=142&dataPubliacaoDj=01/07/2019&incidente=4515053&codCapitulo=2&numMateria=22&codMateria=4>> Acessado em: 04/02/2020

JUSBRASIL. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79027/a-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-vedacao-a-analogia-in-malam-partem>> Acessado em 01/04/2022

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14. ed. rev. atual. e ampl. Sao Paulo: Saraiva, 2010, pag. 306 e 309.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PROJURIS. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/mandado-de-injuncao/>> Acessado em: 02/04/2022

SILVA, Igor Luis Pereira e. Princípios penais. 2. ed. rev., ampl., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Supremo tribunal Federal. ADI 1458 MC/DF. Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996.

SENADO. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_102_.asp> Acessado em: 03/02/2020

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAR A GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Data de aceite: 01/06/2022

Israel Queiroz Carvalho de Araújo

Rio de Janeiro

RESUMO: O presente estudo demonstra a necessidade de intervenção do Poder Judiciário em face do Poder executivo para a efetivação do direito fundamental à saúde, demonstrando para tanto as disposições constitucionais contidas no artigo 6º e 5º da República Federativa do Brasil. Aborda também, que pela intervenção jurisdicional é protegido o direito à vida, pois através da garantia constitucional à saúde, é que podemos garantir a vida. A judicialização em face do Poder Executivo só ocorre, por que este, por sua vez não se utiliza de políticas públicas capazes de alcançar toda sociedade, e por este motivo, o Poder Judiciário é acionado para intervir na garantia que é resguardada constitucionalmente de forma ampla.

ABSTRACT: The present study demonstrates the need for the Judiciary to intervene in the face of the Executive Power for the realization of the fundamental right to health, demonstrating for that purpose the constitutional provisions contained in article 6 and 5 of the Federative Republic of Brazil. It also addresses that, through jurisdictional intervention, the right to life is protected, because through constitutional health guarantees, we can guarantee life. Judicialization in the face of the Executive Power only occurs, because it, in turn, does not use public policies

capable of reaching the whole society, and for this reason, the Judiciary Power is called upon to intervene in the guarantee that is constitutionally protected in a broad way.

1 | INTRODUÇÃO

A Carta Magna da República Federativa do Brasil, elevou a saúde como direito fundamental, sendo este dever do Estado e garantia de todos, sejam nacionais, estrangeiros residentes ou apenas de passagem no Brasil, sendo tal direito habilitado em sua efetividade através de políticas públicas.

Muito embora a garantia a este direito Constitucional seja dever do Estado, não raras vezes, o Estado não tem efetivado o exercício pleno deste direito, e com toda essa deficiência do Estado em não concretizar o direito à saúde, o Poder Judiciário tem sido o elo para a efetivação desse dessa garantia constitucional.

Apenas por meio da judicialização da saúde muitos têm conseguido a efetivação desse direito, cabendo ao judiciário a efetiva proteção de uma garantia prevista constitucionalmente, ante a omissão estatal.

Se pelo aspecto do direito à saúde, cabe ao Estado o fornecimento dos elementos essenciais e necessários a efetivação desse direito, sob a ótica do Estado, cabe dimensionar o impacto das decisões judiciais no que versa os limites orçamentários e nas contas públicas,

como por exemplo, a decisão que determina fornecimento de medicamentos vindos de outro país.

Desta forma, o presente estudo visa analisar como o Poder Judiciário, quando acionado pelo particular, tem se posicionado para garantir o direito à saúde, observando e respeitando os limites necessários à manutenção do Estado, sob o aspecto orçamentário, e a reserva do possível.

2 | JUSTIFICATIVA

Mesmo com os avanços obtidos, a efetividade do direito à saúde, muitas vezes, tem se concretizado por meio da judicialização, sendo crescente o número de pessoas que têm se valido do poder judiciário como ferramenta de obrigação frente as omissões do Estado.

No entanto, cabe a análise do seguinte questionamento: até que ponto a tutela jurisdicional que tem garantido o direito à saúde, acaba adentrando na esfera da independência do Poder Executivo ou Poder Legislativo, garantida pelo Princípio Constitucional da Separação dos Poderes?

Daí a justificativa do presente trabalho.

3 | PROBLEMAS, HIPÓTESES E JUSTIFICATIVAS

Por meio dos questionamentos e hipóteses aqui apresentados, o presente trabalho levará as seguintes reflexões:

1. Tendo em vista a garantia do direito à saúde em face dos Poderes Executivo, a intervenção jurisdicional na saúde interveria nos limites do Estado?
2. Da intervenção do Poder Judiciário em garantir o direito à saúde, pode o Poder Executivo alegar limite orçamentário?

Pela abordagem dos direitos fundamentais, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, apresentaremos reflexões sobre a imperiosidade do direito à saúde para resguardar o direito à vida, exercendo de forma eficaz o acesso à justiça, quando omissos o Estado.

4 | OBJETIVOS

4.1 Geral

Compreender os aspectos legais que garantem o direito a saúde e suas anuências, utilizando como ferramenta o Poder Judiciário para sua efetiva concretização, analisando os limites do Estado e a tripartição do Poderes.

4.2 Específicos

Identificar os fundamentos leais do Poder Judiciário ao tonar efetivo os ditames legais garantidores do direito à saúde, sob a ótica do direito a dignidade da pessoa humana.

5 | METODOLOGIA

A promoção do presente trabalho é sob o prisma do método dedutivo, por meio da análise da legislação, material bibliográfico, documental dos Tribunais de Justiça, estudo de caso e sua aplicabilidade, objetivando conclusões sobre a efetiva garantia Constitucional e os limites do Estado, tendo em vista a crescente busca pelo Poder Judiciário para suprir a omissão do poder Legislativo e Executivo.

6 | PROPOSTA DE SUMÁRIO

O presente trabalho conterà a introdução, composta de aspectos gerais que serão detalhados nos capítulos com vista a atingir a proposta do primeiro capítulo do presente trabalho, explorando e abordando, dentre outros, a Garantia Constitucional à Saúde.

No segundo capítulo se fará uma abordagem sobre o Poder Judiciário e o limite do direito a saúde em seu aspecto legal.

No terceiro capítulo a abordagem será sobre a judicialização do direito à saúde como ferramenta para suprir a omissão do Estado, analisando os aspectos legais e os limites respeitados e extrapolados.

Por fim será elaborado a conclusão do trabalho, abordando todos os aspectos, levando em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde diante do descumprimento da garantia Constitucional do direito a saúde e a vida.

7 | A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Os direitos e garantias fundamentais têm como objetivo o respeito à dignidade, com proteção ao poder estatal e garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano.

No entender de Sarlet (2010), os direitos fundamentais devem ser compreendidos entre os direitos humanos, os quais são reconhecidos e positivados na ordem constitucional de um determinado Estado.

[...] o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão, direitos humanos, guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional [...] (SARLET, 2010, p. 29).

Segundo José Afonso Silva (2005, p.128):

“A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestação sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização destas prestações, [...], constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º”.

Os direitos sociais proporcionam aos cidadãos garantia de condições de vida, meio ambiente e trabalho que não comprometam esses bens essenciais. São garantia de igualdade e ampla qualidade de vida, tornando-se fundamental para uma sociedade desenvolvida.

Morais (2003) define os direitos sociais, como direitos fundamentais do homem, a serem observados de maneira obrigatória em um Estado de Direito, afirmando ainda, que sua finalidade é proporcionar igualdade social por meio da melhoria da condição de vida dos hipossuficientes.

Ainda sobre os direitos sociais, Walber de Moura Agra (2010, p. 515) acrescenta: “Os direitos sociais tencionam incrementar a qualidade de vida dos cidadãos, munindo-os das condições necessárias para que eles possam livremente desenvolver suas potencialidades”.

Para Silva (2005, p. 286) os direitos sociais constituem forma de tutela pessoal:

[...] os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos (SILVA, 1998, p. 289).

Ao contrário do que ocorre com os direitos de defesa, os direitos sociais demandam uma posição ativa do estado nas esferas econômicas e social. Nas palavras de Tavares (2012) os direitos sociais exigem uma atuação positiva do Estado, mediante implementação da igualdade social dos hipossuficientes, sendo também, tidos como direitos à prestação ou prestacionais.

Para Lenza (2014, p. 1182), os direitos sociais pretendem concretizar a isonomia consubstancial e social na busca de condições de vida melhores e adequadas, e que, como prestações positivas precisam ser implementados pelo Estado.

Ao tratar sobre as prestações positivas Bulos (2011) estabelece que assim estas se revelam um fazer por parte dos órgãos do Estados, a quem é atribuído o dever de efetivação dos direitos sociais, de maneira que a atuação positiva assegure situação de vantagem aos hipossuficientes, a partir da igualdade real.

Nesse sentido, Bontempo (2005, p. 71) ensina que:

[...] os direitos sociais são, por conseguinte, sobretudo, endereçados ao Estado, para quem surgem, na maioria das vezes, certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção

da igualdade material.

Na visão de Ferreira Filho (2006), os direitos sociais são direitos subjetivos, que não se configuram como meros poderes de agir, mas poderes de exigir, ou seja, são direitos de crédito.

Nos termos do art. 6º da Constituição Federal da República Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos sociais garantidos na Carta Magna, visam resguardar direitos mínimos de qualidade de vida aos indivíduos, em condições de igualdade, através da proteção e garantias concedidas pelo estado de direito, pois os direitos sociais são antes, poderes de agir.

O direito à saúde foi inserido na Constituição da República de 1988 visando ao bem-estar e à justiça social. Nessa perspectiva, o art. 196 o reconhece como direito de todos e dever do Estado.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, Art. 196)

A Carta Magna de 1988 traz grande evolução social ao introduzir o direito à saúde como garantida constitucional, no entanto, para alguns doutrinadores como Silva (2005) demorou para que o direito à saúde obtivesse o *status* de norma constitucional.

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (SILVA, 2005, p. 308).

Com o reconhecimento da saúde como um direito social fundamental de prestação positiva, passou a ser do Estado o dever de garantir a efetivação desse direito, através da implementação de políticas públicas sociais e econômicas, visando à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Nesse sentido, dispõe o art. 196 da Carta Magna:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Sendo a saúde um bem jurídico indissociável do direito à vida, o Estado tem o dever de tutelá-la. André da Silva Ordacgy (2007) enfatiza:

“A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais”.

Castro, Lino e Vieira (2008, p. 104) destacam que o legislador ao utilizar a palavra Estado não impôs a obrigação apenas a esse, ao contrário utilizou “a palavra ESTADO no intuito de englobar tanto os Estados-membros, quanto à União e o Município, vez que ambos têm o dever promover o bem estar social, garantindo educação, saúde e segurança a todos os cidadãos”.

Há solidariedade dos entes federativos para garantir a efetivação do direito à saúde, e todos eles ao mesmo tempo, têm o dever de garantir não apenas o acesso a hospitais ou unidades básicas, mas bem como garantir o fornecimento de medicamentos, tratamentos, exames, cirurgias e o que mais se fizer necessário à efetivação do direito fundamental, mediante manutenção da saúde e preservação da vida.

Nas palavras de Paranhos (2007, p. 156) “considerando que entre o necessário para a promoção da assistência à saúde está o fornecimento de medicamento, mediante um simples silogismo, é possível afirmar que o acesso ao medicamento é direito de todos e dever do Estado”.

Sarlet (2007) evidencia que de tão fundamentalista mesmo em países nos quais não esteja previsto expressamente na constituição, há um reconhecimento implícito da saúde como um direito fundamental, tal como na Alemanha e em outros países. Salientando ainda que seria elementar que uma ordem jurídica que protege a vida também proteja a saúde, visto que onde esta não existe e não é assegurada, esvaziada está a proteção para a vida e integridade física.

8 | LIMITES AO DIREITO À SAÚDE

Cumprido ressaltar inicialmente que não existe limites ao direito à saúde, pois a vida é um direito fundamental garantido em nossa Constituição. Acontece que na prática, o Estado não consegue efetivar esta garantia por diversas razões notórias no momento atual. Perceba que atualmente existem filas de pessoas à espera de uma vaga na UTI. Argumenta Gouveia que os direitos fundamentais, mas pontualmente o direito à saúde pode ser “judicialmente concretizado”.

Dizer que os direitos fundamentais preexistem à ordem positiva significa que a lei não os cria, mas antes os reconhece. Os direitos fundamentais são declarados pelo legislador; esta declaração não cria o direito, apenas o certifica, de tal modo que, mesmo não estando positivados, estes direitos devem ser observados e, se necessário, judicialmente concretizados. [...]. Se a lei não cria os direitos fundamentais, mas apenas os reconhece, então deve-se admitir a possibilidade de a lei ter-se equivocado, para mais como

para menos. A doutrina dos direitos fundamentais propõe a existência de um critério jurídico-cognitivo, e não político, para a detecção de situações jurídicas fundamentais. Desta forma, a última palavra acerca da existência de um direito fundamental cabe ao Judiciário, e não aos órgãos investidos politicamente (NASCIMENTO, 2020, texto digital).

Destarte, sendo a vida um direito garantido em nossa Constituição; para a manutenção dela se faz mister a garantia do direito à saúde conforme destaca Silva (2005, p.198): “De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

Pontuando ainda da seguinte forma:

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 2005).

Sendo a vida o bem mais precioso e garantido em nossa Constituição incluindo a sua real efetivação Spitzcovsky passa a ensinar:

Importante consignar, também, que a previsão do direito à vida possui uma íntima relação com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vale dizer, o da Dignidade da Pessoa Humana, relacionado no art. 1.º, III, da CF, cujo conteúdo demanda investigações para que não se torne letra morta. Em outras palavras, qualquer previsão legal, qualquer atitude tomada pelo Poder Público que provoque como consequência o esvaziamento do direito à vida trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição. Estabelecida, portanto, a relação entre o serviço de saúde e os conceitos de direito à vida e dignidade da pessoa humana, cumpre observar que a execução daquele, desconsiderando ou mesmo enfraquecendo esses valores básicos fixados pela Constituição, torna-se, além de inadmissível, inconstitucional (SPITZCOVSKY, 2006, texto digital).

Bobbio leciona que “as normas declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem”: O campo dos direitos do homem - ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem - aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente nos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem hic et nunc, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são

adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de 'direito'? (BOBBIO, 1992, p. 77-78).

Sob o prisma do princípio da separação dos poderes, se faz necessário visualizar a separação dos poderes e seus pesos e contrapesos, para que haja verdadeira independência dos poderes, mas ao mesmo tempo, fiscalização e efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido Montesquieu dispõe sobre a separação dos poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; Porque se pode temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou um mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as querelas dos particulares. (MONTESQUIEU, 1748, traduzido por MURACHCO, 1996, p.168).

Desta forma, vislumbrando a divisão dos poderes com autonomia entre eles, mas com fiscalização, o Judiciário não tem o papel de interferir no Poder Executivo, mas de proteger, vigiar e resguardar os direitos fundamentais implícito e explícitos na nossa atual Constituição, especialmente o direito à saúde, conforme dispõe Bittar:

O Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade. Se uma sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, aos mesmos é atribuída a devida proteção e garantia jurisdicional, o que torna a questão do papel do Judiciário um ponto central das discussões sobre o tema dos direitos humanos e, ainda mais, da eficácia dos direitos humanos (BITTAR, 2005, p. 306).

Não cumprindo, ou não fazendo cumprir a garantia constitucional à saúde, o Poder Judiciário interferirá para que haja o devido cumprimento dos direitos fundamentais, em especial à saúde. Na prática, o que ocorre é o Poder Executivo justificando que não existe previsão orçamentária para o não cumprimento da garantia constitucional e que diante da escassez de recursos, alega a teoria da reserva do possível, afim de limitar os direitos fundamentais.

9 | JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAR A GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE

A garantia constitucional à saúde, deve ser interpretada e aplicada de forma ampla,

pois a Constituição de 1988 não limita a forma de aplicação e efetivação deste direito, pois este direito social é um dever do Estado, que deve aplicar mediante políticas públicas que possibilitem a sua fruição de maneira justa e isonômica, entre os brasileiros e estrangeiros residentes ou em trânsito no Brasil.

Há de se mencionar a importância da interpretação da integração da Constituição e seu impacto na sociedade, assim ensina Streck (2017, p. 310):

Do mesmo modo, percebemos a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os tem [...].

Para Paranhos (2007, p. 171), dispõe que:

Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim.

Como o direito à saúde é um estudo amplo e que exerce diariamente influência de interpretações no sistema judiciário do Brasil, Barroso (texto digital, p.6):

“A Judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política”. O autor ainda destaca que “Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (Barroso, texto digital, p. 3)”.

No ensino de Ordacgy (2007), demonstra a forma precária do sistema público de saúde:

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde (ORDACGY, 2007, texto digital).

Na perspectiva do ensino de Barroso (texto digital) “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes”.

Ainda acrescenta:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes (BARROSO, texto digital).

Na prática, o que se tem percebido é que o Poder Judiciário está cada vez mais sensível, deferindo diversas tutelas de urgência para a efetivação do direito fundamental à saúde, e trazendo efeito inevitável no orçamento público, conforme Barroso:

[...] o sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento (BARROSO, 2007, p. 3).

É notório, que a judicialização tem aumentado diariamente, e desta forma a intervenção do Poder Judiciário em face do Poder Executivo, como ferramenta para a efetivação do direito à saúde, fazendo desta forma prosperar as disposições contidas na carta magna do direito à vida, conforme leciona Wolfgang Sarlet e Mariana Filchitiner Figueiredo (2008, p. 217 – 2018) que dispõe:

[...] não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre e de algum modo afetado pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes) e pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). Por outro lado, a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso. Em outras palavras e apenas retomando aqui o que já havia sido anunciado, em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer com argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas. Nesta linha de entendimento, além de significativa doutrina, também já se tem pronunciado a jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Pelas interposições aqui descritas, é perceptível que existe a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na sociedade para a real e efetiva aplicação da garantia constitucional à saúde, garantindo desta forma a existência da vida, concluindo desta forma que quando houver omissão do Poder Executivo em aplicar as disposições sociais e fundamentais da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário intervirá para que haja a efetivação do direito fundamental a vida.

10 | CONCLUSÃO

A judicialização da saúde como instrumento para efetivar a garantia constitucional à saúde é utilizada de forma que traga ao cidadão a efetivação de tal garantia. A Constituição da República dispõe sobre diversos direitos sociais no seu artigo 6º, especialmente a saúde.

Em decorrência de vários problemas notórios, não vem sendo efetivado de maneira que abarque com todas as necessidades pela sociedade em geral, razão pela qual o Poder Judiciário tem diversas vezes imposto ao Poder Executivo a obrigação de garantir tal direito.

Atualmente, e diariamente o número de demandas judiciais com vínculo exclusivo ao viés da saúde tem aumentado significadamente para a efetivação do direito à saúde.

No presente estudo, o primeiro capítulo buscou demonstrar e compreender que a saúde é um direito fundamental e social, com o objetivo de garantir o respeito à dignidade à vida, com a proteção do poder estatal, e garantia mínima da vida em desenvolvimento dos membros da sociedade.

Ainda foi possível no segundo capítulo compreender sobre os limites a direito à saúde que em muitas vezes são impostos pelo Poder Executivo, mas que no texto constitucional devem ser interpretados de forma ampla, a garantir a efetivação e fruição do mesmo, e que em decorrência do não cumprimento desta, a sociedade se socorre ao Poder Judiciário para que haja a efetivação da garantia à saúde.

Sendo o direito a vida o bem mais precioso, torna-se um direito do ser humano e amparado de forma ampla pela atual Constituição Federal do Brasil sendo possível perceber que os dispositivos e jurisprudência caminham para a efetivação desta garantia de forma ampla.

Através da análise do terceiro capítulo, foi possível compreender que a judicialização tem se tornado um instrumento para a real efetivação a garantia constitucional à saúde, não podendo ser limitada em decorrência de orçamentos ou de argumentos de teorias que não faça cumprir o dispositivo garantidor de efetivação deste direito que possibilitem a sua fruição de maneira justa e isonômica, entre os brasileiros e estrangeiros residentes ou em trânsito no Brasil.

REFERÊNCIAS

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos

fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional* São Paulo: Forense, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 18 ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2011.

Bontempo, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais - Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. São Paulo, Jurua, 2005.

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

ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf. Acesso em 15/01/2021.

CASTRO, José Nilo de; LINO, Graziela de Castro; VIEIRA, Karina Magalhães Castro. *Fornecimento gratuito de medicamentos pelo Município – Obrigatoriedade – Município em solidariedade com o Estado – Observância da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90*. *Revista Brasileira de Direito Municipal*: RBDM, Belo Horizonte. v. 9. n. 29. 2008.

PARANHOS, Vinícius Lucas. *Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado*. V.2. N.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

NASCIMENTO, Valdeni de Vasconcelos. *A falta de cobertura total do Estado para o suprimento de medicamentos e a reserva do possível; março 2020*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79931/a-falta-de-cobertura-total-do-estado-para-o-suprimento-de-medicamentos-e-a-reserva-do-possivel>. Acesso em 20/01/2021.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

MURACHCO, Henrique Graciano. *O conceito de physis em Homero, Heródoto e nos pré-socráticos*. São Paulo: Hypnos, 1996.

BITTAR, Educado C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 08/02/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo. Editora Saraiva, 2006.

CELSONO, Spitzcoyoky. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. Maio de 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8382/o-direito-a-vida-e-as-obrigacoes-do-estado-em-materia-de-saude>. Acesso em 19/01/2021.

CAPÍTULO 7

A ÉTICA AMBIENTAL COMO DEFENSIVO ECOLÓGICO DE SÍNDROME DA FALTA DE NATUREZA

Data de aceite: 01/06/2022

Ronny Max Machado

Mestre em Direito da Sociedade da Informação
pelo Centro Universitário das Faculdades
Metropolitanas Unidas - UniFMU
São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/3526842654606450>

João Francisco Mantovanelli

Pós-Graduando em Direito Ambiental e
Urbanismo, Instituto Educacional Damásio
<http://lattes.cnpq.br/6204218822832211>

RESUMO: A preocupação por conta da preservação ambiental faz parte de um discurso com um viés político, econômico, jurídicos e sociais voltados os organismos nacional e internacional como ocorrem com as conferências internacionais por cuidar de discussões de temas que discutem temas que versam sobre a conservação de um ambiente sustentável e sanar o desequilíbrio ambiental. A psicologia possui um fundamental papel por estudar as relações de empatia e reciprocidade entre as condutas das pessoas com o ambiente e os temas abordados referem-se à vida cotidiana das pessoas como, por exemplo, a forma de emocionarmos por estarmos em contato com as árvores, plantas que contém a presença da vida ecológica com recursos naturais.

PALAVRAS - CHAVE: Definição de Meio Ambiente; Síndrome da Falta de Natureza; Princípio de Educação Ambiental.

ABSTRACT: The concern for environmental preservation is part of a discourse with a political, economic, legal and social bias aimed at national and international organizations, as occurs with international conferences, for taking care of discussions of themes that discuss themes that deal with the conservation of a sustainable environment and remedy the environmental imbalance. Psychology has a fundamental role in studying the relationships of empathy and reciprocity between people's behavior with the environment and the topics covered refer to people's daily lives, such as how we feel emotional because we are in contact with trees, plants that contain the presence of ecological life with natural resources.

KEYWORDS: Definition of Environment; Lack of Nature Syndrome; Principle of Environmental Education.

1 | INTRODUÇÃO

A preocupação por conta da preservação ambiental faz parte de discursos com vieses político, econômico, jurídico e social voltados aos organismos nacional e internacional como ocorrem com as conferências internacionais por cuidar de discussões de temas que versam sobre a conservação de um ambiente sustentável e sanar o desequilíbrio ambiental. A psicologia possui um fundamental papel por estudar as relações de empatia e reciprocidade entre as condutas das pessoas com o ambiente e os temas abordados referem-se à vida

cotidiana das pessoas como, por exemplo, a forma de emocionarmos por estarmos em contato que contém a presença da vida ecológica com recursos naturais envolvendo as espécies animais e botânicos. O que salienta uma tomada de consciência que garante a qualidade de vida através da construção de valor humano intrínseco ao ser humano como o desenvolvimento da personalidade ética em uma ótica ambiental. Por ser um tema que engloba as ciências de psicologia, direito e educação, a forma científica abordada neste estudo é o método científico por conter fatos (ações da destruição do ambiente); fenômeno por ser um acontecimento do cotidiano social e com a vida das pessoas em suas relações intrapessoais, interpessoais e sociais e pelos novos estudos da ciência de psicologia que aponta a qualidade de vida das pessoas longe do contato com a natureza e nos rumos da ciência jurídica por embasar os princípios constitucionais ambientais envolvendo diretamente o comportamento humano e descrevendo as definições de meio ambiente. Portanto o método de abordagem de psicologia é a social na arte da psicologia ambiental com a forense entre grupo de pessoas e pessoas relacionadas aos grupos e a sociedade. No prisma pessoa, ambiente, direito, dever, lei e justiça. A pesquisa se mostra com a sua importância na medida em que as condutas humanas e a degradação ambiental caminham para uma mútua tempestade pelas pessoas não se importarem com a forma que estão degradando o ambiente e a natureza encontra-se em defasagem, por isso, no campo deste estudo optamos por desenvolver o método científico para demonstrar os estudos bibliográficos e epistemológicos.

2 | SÍNDROME DA FALTA DE NATUREZA

O ethos por ser a nossa casa o qual se atribui o amor, o próprio bem, a habilidade espontânea da alegria resplandece ao bom grado, pelo dever em se evitar o estrago contra a ética do ambiente, com as influências que incidem diretamente na vida humana, por conta das dimensões físicas, naturais e sociais pela forma integrada e transversal preconizando a saúde das pessoas junto com as influências ambientais através das poluições ecológicas. Estas patologias reforçam aos sintomas de Síndrome da falta de natureza, como resultado maléfico desta falta de afetividade ambiental com o agravante do distanciamento das pessoas com a falta de interação com a natureza, desencadeia a Síndrome da Falta de Natureza, constituindo um estado de morbidez característico por um conjunto de sinais e sintomas, produzidos por mais de uma causa, uma crítica condição emocional que desperta agonia por meio de patologias psíquicas como, por exemplo, ansiedade, depressão, estresse, hiperatividade, síndrome do pânico e obesidade. Produzidas por mais de uma causa, uma crítica condição que desperta suscetíveis reações de insegurança e temor. São sintomas que possam ser notados e averiguados perante o distanciamento de crianças, jovens e adultos dos recursos ecológicos. Síndrome significa: Conjunto de sintomas observáveis em vários processos patológicos diferentes, sem causa específica, (ou Déficit) Deficiência

que se pode medir, quantitativa ou qualitativamente. Tem-se a definição de Síndrome de acordo com o Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, (DSM-IV), por “um agrupamento de sinais e sintomas com base em sua frequente coocorrência, que pode sugerir uma patogênese básica, cursos, padrão familiar ou tratamentos comuns”. Guido Arturo Paloma (2021, p.101) nos explica:

As técnicas terapêuticas, as formas não invasivas e não medicamentosas de tratar o paciente, isso de há muito ficou para trás, cerca de 20 anos. Raramente hoje se trabalha apenas com o psiquismo do paciente, e isso deveria ser a regra para permitir que viva a vida como ela é, com as suas tristezas, com os seus altos e baixos, com todo o direito de ter depressão, tristeza, estresse, mau humor, ansiedade, pois é próprio da natureza humana.

Distanciar-se das árvores, plantas, dos insetos, das borboletas com os seus coloridos, os pássaros com os seus cantos, o deixar de sentir ao aroma de terra molhada, fitar a chuva cair nas folhas, com o molhar da grama, da terra. Caminhar em bosques, jardins, não mais apreciando a paisagem natural. Esse distanciamento representa em nossas emoções sentimentos negativos de agonia, angústia e a solidão.

Brincar na sujeira: Escassez de serotonina foi relacionada à ocorrência de depressão, a bactéria *Mycobacterium vaccae* tem propriedades antidepressivas através da ativação de neurônio de serotonina. Esses estudos nos ajudam a entender o quanto o organismo se comunica com o cérebro e porque um sistema imunológico saudável é importante para manter a saúde mental ¹.

Com a perda dos recursos ecológicos, o ambiente torna-se propício para a utilização de parafernália eletrônicas e o aparecimento de sentimentos como angústia, depressão e tédio. Pois, é muito comum hodiernamente na vida escolar de crianças e adolescentes terem depressão no período de férias escolares, sem a rotina do período letivo, onde não se há mais contato com os pares, em suas casas ficam apenas atentos em meio às parafernália eletrônicas, recusam-se a saírem de casa até mesmo dos quartos, mesmo com a insistência dos familiares, ficam retraídos, sem muito diálogo e até mesmo desleixados com o corpo e adotam um comportamento apático. São sinais para um estágio de depressão pós-moderno. Como observa Richard Louv (2016, p.68-69), estes afazeres atuais dificultam o relacionamento interpessoal até mesmo para ingressarem no mercado de trabalho e até mesmo a falta de aptidão física e mental, pois o contato com os elementos presentes na natureza estimulam a imaginação:

Na parte física temos, por exemplo, a obesidade infantil, que hoje é epidemia em vários países mundo afora, inclusive, até onde eu sei, no Brasil. (47% das crianças brasileiras têm excesso de peso ou são obesas). As crianças hoje passam menos horas ao ar livre e, conseqüentemente, mais tempo confinadas em casa, vendo TV ou jogando videogame. Essa é uma das grandes causas da obesidade infantil. Meninos e meninas que ficam na frente de telinhas são

¹ LOWRY, Chris. Exposição à terra estimula a felicidade, diz estudo. [http://www.bbc.com/portuguese/ciencia/story/2007/04/070402_imunidadeserotoninag.shtm]

menos ativos do que os que correm no parque, sobem em árvores...

A natureza tem o poder em fortalecer o ser humano em seus aspectos físico e mental. Este contato com os espaços e em áreas verdes possui a capacidade de reduzir o estresse, a ansiedade, a angústia e a depressão e baixar a pressão arterial e o aumento do prazer o que melhora o humor das pessoas, por estar plenamente relacionado com as emoções positivas, ao invés dos espaços urbanos sem a presença de recursos ambientais naturais. Um olhar ético voltado ao ambiente se concentra com as preocupações relacionadas à vida dos ecossistemas e na qualidade do Planeta Terra em dar suporte e a garantia de vida sadia das presentes gerações se estendendo para as gerações futuras. Richard Louv (2016, p.29-30) explica sobre a importância da criança e contato com a natureza:

A natureza inspira a criatividade da criança, demandando a percepção e o amplo uso dos sentidos. Dada a oportunidade, a criança leva a confusão do mundo para a natureza, lava tudo no riacho e vira do avesso para ver o que há do outro lado. A natureza também pode assustar, e até mesmo esse medo tem um propósito. Na natureza, a criança encontra liberdade, fantasia e privacidade- um lugar distante do mundo adulto, uma paz à parte.

Ora, o engajamento do ambiente natural como as áreas livres, sem paredes, portas e janelas; elevadas quantidades de árvores e plantas e sem muitas construções como casas e prédios; não havendo poluição sonora, visual e atmosférica. Ora, a impressão em fazer a pessoa de se distanciar dos conflitos interpessoais, fomentando bons sentimentos e valores humanos. Encontra-se um ótimo exemplo por Burnett (2021, p.107) em cuidar da terra partindo-se de lógica literária:

Mary se ajoelhou antes de ele falar, olhando para o galho com grande interesse. "Quando ele é esverdeado assim e se tem leite, é vivente", Dickson explicou. "Quando a parte de dentro está seca e quebra fácil, como esse pedaço que eu cortei fora, está acabado. Tem uma grande raiz aqui de onde brota toda essa madeira viva, e se a madeira velha for cortada, e a terra for trabalhada e tratada, vai ter..."

Porque estas ações e reflexões apenas se desenvolvem quando existe e prevalece a empatia, por se caracterizar pela capacidade em compartilhar os mesmos sentimentos e as emoções de outrem. Conceitua Ângelo Machado (2014, p.257) sobre o significado de Empatia:

A capacidade de se identificar com as outras pessoas e perceber e se sensibilizar com o seu estado emocional. O córtex insular anterior é ativado em indivíduos normais quando observam imagens de situações dolorosas [como, por exemplo, imagens de florestas derrubadas, ambientes sem plantas, paisagens naturais, animais sendo espancados etc.] Esta é a grande importância social.

E com esta carência de empatia com o ambiente é pela falta de sensibilidade coletiva o que acarreta esta síndrome. Rubem Alves (2017, p. 242) nos conta sobre a importância da árvore Ipê Amarelo:

Amo os ipês, mas amo caminha também sozinho. Muitas pessoas levam seus cães a passear. Eu levo meus olhos a passear. E como eles gostam! Eles têm fome de ver. Encantam-se com tudo. Para eles, o mundo é assombroso. Tenho dó daqueles que caminham para fazer exercício, cabeça baixa, olhando para o chão, com cara de sofrimento, sem ver as árvores e os pássaros. Caminham na companhia de suas velhas ideias ...

Evidencia-se que a natureza é de extrema importância em proveito e fruição por uma saúde com qualidade. A criança e na natureza é uma espécie em extinção. A saúde da criança e a saúde do planeta são inseparáveis. Na visão lúdica embora realista nesta vertente do contato explícito com a natureza Burnett (2021, p. 85-86) clama por essa atitude pelo desejo real em atividade de jardinagem:

Em vês de pular corda ela foi andando. Caminhava devagar, com os olhos fixos no chão. Olhou para os velhos canteiros e para a grama, e depois de ter dado toda a volta, tentando não deixar passar nada, encontrou muitas folhinhas verdes, e estava animada novamente. "Não é um jardim totalmente morto", disse para si mesma. "Mesmo que as rosas estejam mortas, há outras coisas vivas."

Refletir sobre a qualidade de vida sustentável em interagirmos com um ambiente saudável desde a esfera do consumo, produção e até nas relações entre as pessoas, por uma visão ecológica em uma sociedade pós-moderna que carece em se tornar sustentável mesmo em tempos de crises como, por exemplo, a crise política, a crise econômica e a crise ambiental. Reforça Zygmunt Bauman (2007, p.10): com as suas palavras:

A vida solitária de tais indivíduos pode ser alegre, e é provavelmente atarefada, mas também tende a ser arriscada e assustadora. Num mundo assim, não restam muitos fundamentos sobre os quais os indivíduos em luta possam construir suas esperanças de resgate e que possa recorrer em caso de fracasso pessoal. Os vínculos humanos são confortavelmente frouxos, mas por isso mesmo, terrivelmente precário, e é tão difícil praticar a solidariedade.

As dificuldades que as pessoas possuem em repensar e refletir no desperdício, no acúmulo com o lixo que irá se produzir posteriormente, como traz os Parâmetros Curriculares Nacionais de Meio Ambiente (1997, p. 223) este quadro de estratégia em ação ambiental:

Como esse assunto é bastante amplo e complexo e pode ser abordado nos seus diferentes aspectos (científico, social, político, comportamental), sugere-se priorizar: noções sobre captação da água, tratamento e distribuição para o consumo; os hábitos de utilização em casa e na escola adequados às condições locais; A necessidade e as formas de tratamento dos detritos humanos etc.

Ao pensarmos em ética, no sentido de felicidade coletiva, contra o individualismo, por estar em evidência o reconhecimento do egoísmo por ferir ao valor de ética vindo de encontro com a perspectiva de respeito ao próximo por uma Vida de Paz. André Comte-Sponville (2009, p.105-106) adere à virtude sacramentada de Generosidade:

A generosidade é ao mesmo tempo consciência de sua própria liberdade (ou de si mesmo como livre e responsável) e firme resolução de bem usá-la. Consciência e confiança, pois consciência de ser livre, confiança no uso que se fará disso. É por isso que a generosidade produz auto-estima, o que é muito mais consequência dela do que seu próprio princípio. O princípio é a vontade e nada mais que ela: ser generoso é sabe-se livre para agir bem.

A ética em cuidar de nossa Mãe Natureza e nós seres humanos em sermos generosos com ela, para ampará-la e preservá-la para que nós possamos conviver em equilíbrio sadio com as nossas vidas, em sua responsável condição por nossa existência e sobrevivência humana, por conta de sua biodiversidade terrestre. Wilson Steinmetz (2010, p.27) aponta sobre a educação ambiental:

A educação ambiental como processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais comprometidos com a conservação do ambiente, a lei concede a educação ambiental como uma educação engajada. Os programas e projetos de educação ambiental não devem limitar-se à mera transmissão de informações sobre conceitos, teorias e problemáticas ambientais.

A Pegada Ecológica resplandece este valor ético através das preocupações com a ecologia abordando a responsabilidade ecológica e respectivamente o meio ambiente. Sentido este que aduz ao real significado do princípio de sustentabilidade: pense globalmente e agir localmente.

3 | PRINCÍPIO DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A defesa de vida ambiental digna é representada por meio de atitudes e compromissos para preservar o ambiente como um todo, com as presentes gerações exatamente pelo trabalho da escola, capacitada para desenvolver a consciência coletiva por despertar vínculos afetivos em valores ecológico e humano diante de estudos, pesquisas e trabalhos ambientais na vida estudantil. Telma Vinha (2006, p. 121) traz como reforço:

A educação construtivista requer que o professor compreenda profundamente como a criança constrói o conhecimento e como se desenvolve em todos os seus aspectos, ele precisa perceber os caminhos do seu raciocínio, o que ela compreende, e apresentar questões que a desequilibrem, que gerem conflitos cognitivos, e que propiciem objetos adequados para a criança agir na busca do equilíbrio.

Os estudantes autônomos, com a condição de pensar e agir moralmente são capazes de agirem com respeito mútuo e a conscientização de práticas cidadãs. O comportamento humano e a convivência social juntos gera um estado de razão ético e universal Immanuel Kant (2008, p.51-52) traz em destaque este estudo:

O imperativo categórico é: *age segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.* Ora, se desse único imperativo se podem derivar, como de princípio, todos os imperativos do dever, poderemos, embora deixemos por decidir se aquilo a que se chama dever não será em

geral um conceito vazio, pelo menos indicar o que com isso temos em mente e o que é que esse conceito quer dizer.

Adota-se a visão construtivista e crítica em investimento ecológico garantindo vida equilibrada e sadia na ordem máxima de Bem comum, fazendo imperar regras e valores por um melhor estilo de vida sustentável. Para fomentar a empatia são necessários trabalhos pedagógicos nas escolas em parceria com a sociedade civil com diálogos referentes às temáticas ambientais por construir valores ecológicos e centralizar ao exercício de cidadania onde educam as presentes gerações para à educação ambiental e deste modo reitera-se José Renato Nalini (2015, p.266) a interiorização de valores e estabelecendo a empática pelo equilíbrio ecológico.

Importante manter hortas escolares, jardins, plantio de árvores-quando possível um bosque-e ampliar essa cultura verde para o em torno. Árvores nas ruas em torno à escola, com o estabelecimento de uma espécie de vigilância moral de proteção à flora que vier a ser atraída por esse plantio. Realização de coletas de material para reciclagem, campanhas elucidativas para comunidade, atuação de pais e mestres para a utilização dos terrenos baldios e públicos não construídos.

Proporcionando e promovendo o multiculturalismo e o pluriculturalismo de fatos, ideias e ações possibilitando expandir a consciência ecológica com mais participação dinâmica dos educandos. Considera-se a educação ambiental por ter sua importância como atividade final por estar destinada para despertar uma ecológica consciência nos educandos para o exercício de qualidade de vida equilibrada e sustentada por um agir e caminhar para a manutenção da plena vida ambiental. Carla Pinheiro (2017, p.253) faz a presente advertência:

Os princípios da democracia, da cidadania, da informação, da educação e da participação ambiental devem ser tratados conjuntamente, por apresentarem uma proximidade importante no que diz respeito à semântica da proteção ao meio ambiente. O meio ambiente é bem difuso de uso comum ao povo, sendo legítimo, portanto, conferir ao povo os instrumentos de participação.

Programas educacionais que visam ensinar questões sobre diversidades culturais, trabalhos antirracistas, antifascistas, antigenocidas, valorando a cultura indígena, quilombola, redução das desigualdades sociais humanas, trabalhar com ações empenhadas contra as poluições, se faz imperar categoricamente a ecologização do ambiente ao qual estamos inseridos. O ato de ensinar, com o propósito em zelar por uma convivência ecologicamente correta pelos caminhos da ética, aludidos por Jean Piaget (2005, p.34) nesta sociedade pós-contemporânea denomina-se EDUCAÇÃO.

Ao afirmar o direito da pessoa humana à educação é, pois assumir uma responsabilidade muito mais pesada que assegurar a cada um a possibilidade de leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para toda a criança o pleno desenvolvimento de funções mentais a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao

exercício dessas funções, até a adaptação da vida social atual.

Este paradigma de Educação Ambiental traz esses reforços escolares voltados a formação autocrítica e ecocêntrica como intencionalidade de uma relação entre ambiente e cidadania frente ao panorama sustentável. Ora, Rubem Alves (2003, p.8-9) qualifica-se a pessoa para o equilíbrio da plena cidadania:

Constrói-se um país da mesma forma que se constrói uma casa. Com uma diferença. Para eu construir a minha casa, bastam o meu Sonho e a minha inteligência. Mas, para se construir essa grande casa chamado país, é preciso que muitos sonhem o mesmo Sonho. Quando muitas pessoas sonham juntas o mesmo Sonho dessa grande casa chamado país, temos um povo. É o povo que constrói um país. Esta é uma das missões da educação: formar um povo.

A forma em expor, visibilizar a desarmonia ao ambiente é importante por conta das interações com o meio social que propicie interação entre os estudantes e educadores, uma formação amistosa, sendo a oportunidade de a pessoa ver além de si mesma, contribuindo para a construção das estruturas cognitivas e para o desenvolvimento afetivo e sociomoral. Renato Aragão Martins e Izabella Alvarenga Silva (2009, p.186) fazem constar sobre a relevância e se trabalhar com o tema ética em sala de aula:

O tema Ética, por sua vez, apresenta como finalidade o desenvolvimento da autonomia moral de crianças e adolescentes por meio da apresentação e da discussão de conceitos como igualdade, equidade, respeito mútuo, solidariedade, justiça e diálogo. [em aspectos de cidadania em educação ambiental e urbanismo por serem temas de relevância social]. Tampouco negligenciada pela escola.

A personalidade ética é construída e interiorizada à medida que a pessoa constrói valores morais de aspecto central e os adota para a convivência social, caminhando em direção à autonomia. Essa construção se dá por meio do desenvolvimento afetivo, cognitivo e da relação interpessoal com as pessoas se constituindo de pares, pessoas adultas junto com o meio que se inserem. Paulo Freire (2007, p. 59-60) nos apresenta a importância de conduta e empenho ético por parte dos educadores:

O respeito à autonomia e à dignidade de cada um é um imperativo ético e não um favor que podemos ou não conceder uns aos outros. Precisamente porque éticos podemos desrespeitar a rigorosidade da ética e resvalar para a sua negação, por isso é imprescindível deixar claro que a possibilidade do desvio ético não pode receber outra designação senão a de transgressão. O processo que desrespeita a curiosidade do educando e o seu gosto estético.

Constata-se que a inteligência organiza os meios, as estruturas, para o sujeito atingir os objetivos fixados pela afetividade, e a mesma se encontra presente em qualquer ação e comportamento das pessoas, como energética que se direciona para um objetivo (afetividade). De acordo com a narrativa de Jean Piaget (2005, p.67) ao salientar a educação como um caminho para o valor de justiça:

Certamente a educação ao qual me refiro não consiste na instrução básica

nem na mera preparação para o desempenho de tarefas profissionais em qualquer campo, por essencial que seja a aquisição de tais conhecimentos e habilidades. Nem sequer estou pensando na educação como processo que nos familiariza com os mais distintos hábitos culturais (história, geografia, artes plásticas, literatura, idiomas estrangeiros...), embora seja impossível, sem seu desenvolvimento, imaginar uma verdadeira evolução humana completa.

Esta habilidade social com a educação que aduz a qualidade de ensinamentos sobre valores éticos e morais, o respeito mútuo, a participação em grupos, o saber trabalhar de forma coletiva, compreender as fraquezas das mazelas da sociedade e apontar soluções elucidam a importância do afeto. justamente para mostrar e elucidar aos conflitos ambientais. Ações de contato físico com as árvores, as belezas naturais o que propicia ao bem estar emocional e social Richard Louv (2016, p.32) apresenta caminhos para desviar-se da síndrome da falta de natureza:

As escolas devem liderar o caminho de resgate do convívio das crianças com a natureza, já que as áreas verdes são poucas e a vida dos pais é corrida. E há estudos mostrando que uma educação baseada no meio ambiente melhora o aprendizado não somente em áreas ligadas às ciências da terra, por exemplo, mas também em idiomas, matemática, história. - Há muitos exemplos. São alunos aprendendo a somar ou dividir na beira de lagos.

O que coopera para ampliar e aprender sobre os percalços do meio ambiente para ajudá-lo e formar cidadãos éticos no desenvolvimento da pessoa humana, por um Planeta Terra mais saudável ecologicamente como reafirma aos Parâmetros Curriculares Nacionais de Meio Ambiente (1997, p.1991):

De modo geral, o trabalho com esse tema transversal pode, dependendo de como é tratado, se constituir num espaço revigorador da vida escolar, da prática pedagógica. Ele pode reavivar o debate entre alunos de várias idades e classes, entre toda a comunidade escolar, entre escola e bairro e ainda entre instâncias maiores da administração pública. Na escala local esses problemas ganham significado prático para os alunos.

De modo geral, o trabalho com esse tema transversal pode, dependendo de como é tratado, se constituir num espaço revigorador da vida escolar, da prática pedagógica. Ele pode reavivar o debate entre alunos de várias idades e classes, entre toda a comunidade escolar, entre escola e bairro e ainda entre instâncias maiores da administração pública. Hari Lorenzi (2016, p. 11) ressalta sobre a importância e a atividade natural das florestas nativas:

As florestas nativas (principalmente as ciliares) em regiões agrícolas desenvolvidas desempenham funções vitais na qualidade da água nos mananciais: absorvendo e filtrando a água das chuvas contaminadas com resíduos de fertilizantes e agrotóxicos que escorrem sobre o solo; evitando contaminação das nascentes; aumentando o suprimento de água despoluída aos aquíferos subterrâneos.

Uma tomada de consciência ecológica em plantar, adubar e regar as nossas árvores

representa uma interiorização de valores éticos, assegurando o equilíbrio ambiental com o poder de ser compartilhado com as novas gerações humanas e com os elementos de vida de nossa Mãe Natureza. Roberto Delmanto (2014, p. 494) faz a real reflexão sobre o meio ambiente em tela:

Nós somos parte do Planeta Terra e o Planeta Terra é a parte de nós. Os elementos químicos da tabela periódica, encontrados na natureza, são os mesmos que compõem as nossas estruturas moleculares. Depois de mortos, nossos corpos, se cremados, virarão pó; se enterrados serão integrados à cadeia da vida, sendo consumidos por outros seres vivos. Hoje nos alimentamos do planeta, amanhã ele se alimentará de nós.

E esse passe inicial dar-se à através de educação ambiental extraordinariamente pelo princípio universal de Ética, por proteger as gerações presentes e futuras contra a violência de Mãe Natureza que nos agride quando ela é agredida por puro descaso e sem consciência que dela somos dependentes para obtermos um relacionamento de vida longa e com a felicidade em usufruirmos respeitando as limitações, sem poluições, desmatamentos e sabendo que a síndrome da falta de natureza surgiu justamente por este distanciamento e pelo descaso em não conservação. Juscelino Vieira Mendes (1999, p.55-56), nos apresenta este impactante poema:

Perco o meu interior. E me vejo nu como um yanomami. Ando pelas encostas do meu ser e vejo claramente as florestas largas e repletas de árvores fortes e floridas; largas e repletas de frutos maduros; largas e repletas de plantas verdes. Ando em meio às árvores e não percebo o bosque; em meio aos frutos e não posso comer; em meio as plantas e não sinto o seu aroma. Caminho em direção ao rio que vejo ao longe; rio que tem curso calmo.

Neste poema de Mendes, constrói a imagem de como os yanomamys estão perdendo a sua identidade pela falta de proteção a sua cultura, a devastação de suas terras, as mortes pelos invasores de terras, os garimpeiros, madeireiros e as patologias pandêmicas e com o agravamento das queimadas, as mudanças catastróficas do clima e nesta pós-contemporaneidade nos sentimos desprotegidos. No campo da morada do saber, a ética demonstra a conduta humana como sintoma das pessoas se preocuparem com o bem estar não apenas nas relações intrapessoais, mas, com as relações interpessoais e coletivas sem a preocupação de ter normas taxativas e coercitivas Immanuel Kant (2015, p.16), faz um contraponto justo e ideal sobre a moralidade:

Portanto a moralidade tem que ter tanto mais força sobre o coração humano quanto mais pura ela for apresentada. Se a lei moral e a imagem de santidade e virtude deverem exercer por toda parte alguma influência sobre a nossa alma, a moralidade somente poderá exercê-la na medida em que ela for posta pura, sem mescla de intuítos do próprio bem-estar, como motivo no coração, porque é no sofrimento que ela se mostra mais eminente.

O valor é considerado investimento afetivo com o hiato dos sentimentos humanos como regulação das ações das pessoas e investir conteúdos emotivos como a solidariedade,

justiça, tolerância e a prudência que se voltam a regulação intrínseca do modo agir no campo dos deveres morais.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como intenção demonstrar e justificar de acordo com a legislação ambiental vigente à importância dos princípios ambientais são importantes para servirem de alicerce, parâmetros, referências e nortearam ações em prol da proteção integral do meio ambiente para sua preservação e lançar reflexões que sirvam de práticas em realizações de projetos sociais e educacionais para haver estratégias em gestão privada e pública; adotar principalmente métodos para que as pessoas se integrem mais com a Mãe Natureza aproveitando um religamento da pessoa com a terra, com as paisagens naturais ensejando uma tomada de consciência sobre a importância e a necessidade em não poluir e degradá-lo. Ora, a base destes Princípios Ambientais relacionados com a psicologia do desenvolvimento humano em sua visão construtivista, denomina-se **princípio in dubio pro ambiente**, o que significa, em dúvida a favor do ambiente, porque reconhece a manutenção e preserva sua integral defesa, por ser de interesse coletivo e geral, o que prevalece sobre os direitos pessoais e da coletividade, e a garantir responsável e o dever do Poder Público para evitar ações maléficas à vida ecológica em comunhão com a vida humana. *Pax in terra mater natura ora pro nobis.*

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **A eternidade numa hora**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017.

_____. **Conversas sobre educação**. Campinas-SP: Verus, 2003.

_____. **Ostra feliz não faz pérolas**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **PARÂMETROS CURRICULARES NACIONAIS: MEIO AMBIENTE**. Brasília, MEC-SEF, 1997. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/meioambiente.pdf>.

BURNETT, Frances Hodgson. **O jardim secreto**. Rio de Janeiro: Darkside, 2021.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

KANT, Immanuel. **A crítica da razão prática**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LORENZI, Harri. **Árvores Brasileiras: Manual de identificação e cultivo de plantas arbóreas nativas do Brasil**. Vol. 1 7ª Edição. São Paulo: Instituto Plantarum de Estudos da Flora, 2016.

LOUV, Richard. **A última criança na natureza: resgatando nossas crianças do Transtorno de Déficit de Natureza**. São Paulo: Aquariana, 2016.

_____. **Déficit de natureza provoca problemas físicos e mentais em crianças, alerta especialista**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-36592620>

MACHADO, Ângelo. B. M. **Neuroanatomia funcional**. São Paulo: Atheneu, 2014.

MENDES, Juscelino Vieira, **Balé do espírito**. Campinas, Komed, 1999.

NALINI, José Renato. **A ética ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PALOMBA, Guido Arturo. **Decadência da psiquiatria ocidental**. Belo horizonte: Del Rey, 2021.

PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STEINMETZ, Wilson. **Educação Ambiental. Constituição e Legislação**. In: **Responsabilidade Civil, v.7. Doutrinas essenciais-Direito Ambiental**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, 2010.

VIGNERON, Jacques. **Espaços sagrados e preservação do meio ambiente**. In: **Novos rumos do direito ambiental, nas áreas civil e penal**. Organizador Geraldo Ferreira Lanfredi. Campinas, SP: Millennium, 2006.

VINHA, Telma. **O educador e a moralidade infantil: uma visão construtivista**. Campinas, SP: Mercado de Letras 2006.

O APERFEIÇOAMENTO DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA FORA DO PODER JUDICIÁRIO

Data de aceite: 01/06/2022

Keila Oliveira Kremer

Estudante de mestrado do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA-UFF)

RESUMO: O presente trabalho propõe verificar os principais pontos críticos que culminam na sobrecarga do Poder Judiciário em demandas que envolvem a Administração Pública. O objetivo é demonstrar que a atuação indiscriminada do Poder Judiciário não raras vezes gera verdadeira injustiça, visto que os magistrados, em regra, não detêm o conhecimento específico necessário para atuar em demandas em que uma das partes é o próprio poder público. Não se trata de menosprezar o importante princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas demonstrar que levar toda e qualquer contenda ao Judiciário, por si só, não significa atingir a justiça social tão almejada e a efetiva proteção dos direitos fundamentais do cidadão. O que se deseja evidenciar com este trabalho é que a própria Administração Pública detém o conhecimento específico para atuar nestas demandas, visto conhecer a fundo os meandros do ordenamento jurídico do ente público.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Justiça administrativa. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: The present work proposes to verify the main critical points that culminate in the overload of the Judiciary Power in demands that

involve the Public Administration. The objective is to demonstrate that the indiscriminate action of the Judiciary Power often generates real injustice, since magistrates do not have the specific knowledge necessary to act in demands in which one of the parties is the public power itself. It is not a matter of underestimating the important principle of the inescapability of jurisdiction, but demonstrating that bringing any dispute to the Judiciary, by itself, does not mean achieving the so desired social justice and the effective protection of the fundamental rights of citizens. What we want to show with this work is that the Public Administration itself has the specific knowledge to act on these demands, since it knows in depth the ins and outs of the legal system of the public entity.

KEYWORDS: Public administration. Administrative justice. Fundamental rights.

1 | INTRODUÇÃO

Observando a atuação do Poder Judiciário, verifica-se uma enorme quantidade de processos judiciais instaurados que envolvem a Administração Pública. Com isto, invariavelmente, há uma séria demanda represada visto que a quantidade de ações judiciais que findam não acompanha o número de demandas deflagradas. Diante deste cenário, a consequência é um tanto quanto óbvia: grande demora dos processos, injustiça nas decisões, direitos fundamentais preteridos, injustiça social, sofrimento e, infelizmente em alguns casos, até

a própria morte. Verifica-se, então, verdadeira ineficácia da justiça administrativa no âmbito do Poder Judiciário.

Diante do cenário relatado, cumpre evidenciar as sérias consequências que tudo isto traz para a sociedade brasileira como um todo, pois em que pese o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil que garante o acesso ao Poder Judiciário, fato é que nem todo e qualquer conflito deve ser a ele levado.

Ademais, merece destaque o fato de que quem atua no Poder Judiciário, salvo algumas exceções, não conhece os meandros do Direito Administrativo na prática, o que acaba dificultando sua atuação já que tende a julgar pelos mesmos parâmetros mesmo quando há o Poder Público em um dos polos da relação jurídica, gerando, em diversas situações, verdadeira injustiça. Dito de outra forma, o magistrado tende a aplicar os princípios do direito privado e do processo civil a litígios às autoridades administrativas públicas (PERLINGEIRO, 2017, p. 187).

Sobre o tema, cumpre registrar que a Lei Maior promoveu a autonomia dos entes públicos, o que permitiu a criação e a existência concomitante de uma variedade de ordenamentos jurídicos específicos. Com isto, dificultou e muito a atuação do Poder Judiciário haja vista seu quase que absoluto desconhecimento dos meandros interno da Administração Pública, o que por vezes culmina em decisões judiciais injustas porque não encontra respaldo na realidade fática do Ente em questão.

Assim, a solução para esta situação seria a redução gradual da atuação do Poder Judiciário sobre os litígios que envolvem a Administração Pública a fim de implementar uma reforma administrativa para que o próprio ente público, fortalecido, consiga resolver seus conflitos respeitando, invariavelmente, a primazia dos direitos fundamentais.

2 | DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O instituto da discricionariedade administrativa desde sua construção foi entendido como uma faculdade legal do poder público, imune ao controle judicial. O referido instituto surgiu após a Revolução Francesa (1789-1799), onde os poderes constituídos foram criados e separados para que fossem independentes e harmônicos entre si.

Resta cediço que esta separação dos Poderes foi vital para a implementação da democracia e acabou com o Estado Absolutista, pois a criação do Poder Legislativo vinculou os súditos à Lei e o Poder Judiciário retirava do Monarca o poder de julgar.

Desta feita, o Poder Executivo passou a ter a função precípua de exercer a administração, buscando a solução de casos concretos individualizados, de acordo com as leis gerais e abstratas elaboradas pelo Poder Legislativo, atuando com a conveniência e oportunidade, visando o interesse público.

A Administração Pública, então, atua na tomada de posição formal através dos

agentes públicos responsáveis para tal fim, em conformidade com o determinado pelo ordenamento jurídico, visando a satisfação do interesse da sociedade.

Cumpra ressaltar, por oportuno, que a Administração atua através dos atos administrativos, que pode ser conceituado como a manifestação unilateral de vontade da administração pública, que busca constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes (MOREIRA NETO, 2014, p. 221).

Os atos administrativos, dentre outras classificações, podem ser vinculados ou discricionários. Os atos administrativos vinculados são aqueles em que a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, sem nenhuma margem de liberdade de decisão pelo agente público. Vejamos a definição apresentada pelo grande professor Hely Lopes Meirelles (2016, p. 191):

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tomando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

Já quanto aos atos administrativos discricionários o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles também apresenta o conceito, vejamos (2016, p. 192):

Atos discricionários são os que a Administração autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público.(...)

São exatamente estes atos discricionários que causam grandes discussões na doutrina e na jurisprudência e que abarrotam o Poder Judiciário.

E justamente quanto a esse excesso de processos deflagrados no âmbito do Poder Judiciário, cabe salientar que não se trata aqui de excluir do mesmo a apreciação de lesão ou ameaça a direito, haja vista que o acesso à justiça se encontra positivado na Lei Maior de 1988, em seu art. 5º, XXXV, no rol dos direitos fundamentais. Acerca do tema, assim consagrou a Constituição Federal de 1988 no art. 5º, XXXV:

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: (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Importante destacar que Alexandre Câmara (2013, p. 51) aduz que *“fica assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar esse acesso.”* E continua:

Se a Constituição garante a todos o direito de acesso ao Judiciário, a tal direito deve corresponder – e efetivamente corresponde – um dever jurídico, o dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam realmente sendo lesadas ou ameaçadas. Tal tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção.

Nesta toada, o acesso à justiça não significa a mera possibilidade de ingressar com uma demanda em juízo, mas a proteção efetiva do direito. Assim, em razão da previsão constitucional acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição, imperioso concluir que se o amplo acesso à justiça trouxe inúmeros benefícios aos cidadãos, por outro lado, desencadeou uma busca desenfreada pelo Poder Judiciário, acarretando um sério problema, visto que a grande quantidade de demandas impossibilita a resolução do conflito em um tempo razoável.

Diante deste cenário, a construção pretendida no presente trabalho é relacionar e identificar que o excesso de situações que são levadas ao Poder Judiciário pode ser reduzido drasticamente através da boa atuação da Administração Pública, tendo em vista que esta permite o fortalecimento e direcionamento das ações administrativas, otimizando procedimentos, a fim de torná-los mais eficientes e eficazes, a partir da conduta transparente e fiel cumpridora de princípios constitucionais que o gestor da coisa pública deve assumir.

É imprescindível, então, que o viés administrativo ampare de maneira contundente e em obediência aos princípios da Constituição Federal todo o procedimento administrativo porventura instaurado. É assim que se acredita ser estruturalmente positiva a conjugação entre acesso à justiça e a boa administração pública; admitindo-se que ambas se auxiliam mutuamente.

É imperioso compreender que a boa prática administrativa guarda íntima ligação com a atuação integral do gestor público, através do cumprimento dos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, eficiência, transparência e pautando seus atos na motivação adequada, imparcial e responsável.

Note-se que ao atuar de maneira eficiente, a Administração estará cumprindo seus objetivos descritos na Lei maior, ou seja, estará de fato desempenhando uma boa administração.

Neste sentido, o presente trabalho visa provocar a reflexão sobre formas de buscar uma efetiva reforma administrativa, buscando implementar uma redução gradual da atuação do Poder Judiciário sobre os litígios que envolvem a Administração Pública.

Assim, para não assoberbar ainda mais o Poder Judiciário, respeitando sempre o direito ao acesso à justiça, é minimamente razoável que se observe as barreiras

administrativas e estruturais que atrapalham o acesso integral a todos os direitos e as garantias previstos no ordenamento jurídico. Deste modo, percebe-se que ainda está imatura a ideia da boa administração pública como facilitadora da satisfação do interesse público, em suas diferentes esferas.

Sobre a séria situação que não só o Brasil, mas os tribunais da América Latina, enfrenta, o professor Ricardo Perlingeiro assim analisou o tema:

No entanto, a despeito de tamanha evolução do direito a uma tutela judicial efetiva, a realidade dos tribunais latino-americanos demonstra um panorama de adversidades: uma judicialização exacerbada, com milhares de processos em andamento, ora por iniciativa de particulares, ora por iniciativa de autoridades contra particulares, como evidente consequência de uma crescente perda de credibilidade generalizada dos cidadãos na Administração Pública, sem que haja uma resposta jurisdicional e proporcional a cargo dos tribunais.

Registre-se, ainda, que não há um modelo pronto e acabado que resolva todas as situações elencadas, há os conhecidos modelos americano e o europeu que apresentam alguns acertos e alguns erros na busca da boa administração da coisa pública e a efetiva proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

3 | ALTERAÇÃO LEGISLATIVAS QUE VISAM REDUZIR O NÚMERO DE DEMANDAS JUDICIAIS

Sobre o tema sob análise, imperioso ressaltar que o problema apresentado não deve ser atribuído ao sistema judicial e os procedimentos judiciais, ou pelo menos, não somente a eles.

Para tentar solucionar a situação ora sob exame, algumas medidas foram adotadas como a criação dos Juizados Especiais, a ampliação da Defensoria Pública, a ampliação do rol de legitimados para ações do controle concentrado, a reforma do Judiciário com a Emenda Constitucional 45/04 e a possibilidade de resolução prévia dos conflitos, no entanto, tais medidas não resolveram o problema, pois o Poder Judiciário continuou com uma grande quantidade de causas em trâmite.

É possível afirmar que a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, trouxe significativa alteração deste cenário, visto que fomentou que o Estado buscasse solução dos litígios por diferentes meios como mutirões, semana da conciliação etc.

Sobre esta séria questão, não podemos deixar de mencionar algumas alterações legislativas que têm como objetivo principal a redução das demandas judiciais que envolvem a Administração Pública. Podemos destacar dois diplomas normativos que foram fundamentais nesse processo: Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o Código de Processo Civil (lei nº. 13.105/2015).

A Lei de Mediação prevê a possibilidade de criação e estruturação, pelos entes federados, de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos de advocacia pública.

O novo Código de Processo Civil busca uniformizar a jurisprudência a fim de diminuir a quantidade de demandas. Foram criados, então, pelo NCPC o Incidente de Assunção de Competência (IAC – art. 947) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR – arts. 976 a 987), dois institutos jurídicos que procuram produzir decisões com efeitos vinculantes, podendo ser chamadas de precedentes.

Cabe também mencionar o artigo 3º do Código de Processo Civil - CPC/2015, que orienta que o Estado deve estimular a solução consensual dos conflitos.

Ainda sobre o CPC/2015, cumpre salientar que o artigo 139 prevê que o juiz pode promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

4 | ENTENDENDO A REALIDADE DO BRASIL ATUALMENTE

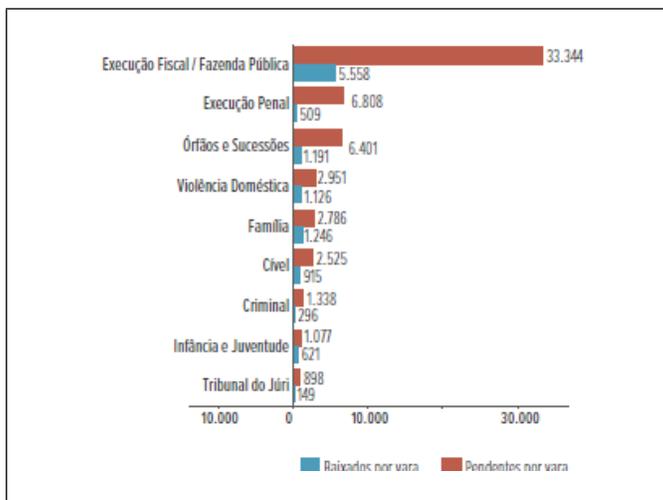
A atuação contumaz do Poder Judiciário em demandas que poderiam ser resolvidas internamente para própria Administração Pública é uma realidade constatada no relatório Justiça em Números de 2021, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), servindo de base para demonstrar todo o cenário alhures relatado.

Saliente-se que após a análise do referido relatório é possível elencar alguns pontos imprescindíveis para nossa pesquisa, vejamos algumas constatações.

Pelo que se denota do referido relatório, as execuções fiscais colaboram com a morosidade do Poder Judiciário, pois no processo judicial se repetem etapas anteriormente adotadas pela própria Administração Pública no que tange às providências de localização do devedor ou de seu patrimônio visando a satisfação do crédito tributário, também se verifica que os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 36% do total de casos pendentes e 68% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%, ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2020, apenas 13 foram baixados.¹

Vejamos os números apontados pelo CNJ acerca deste tema:

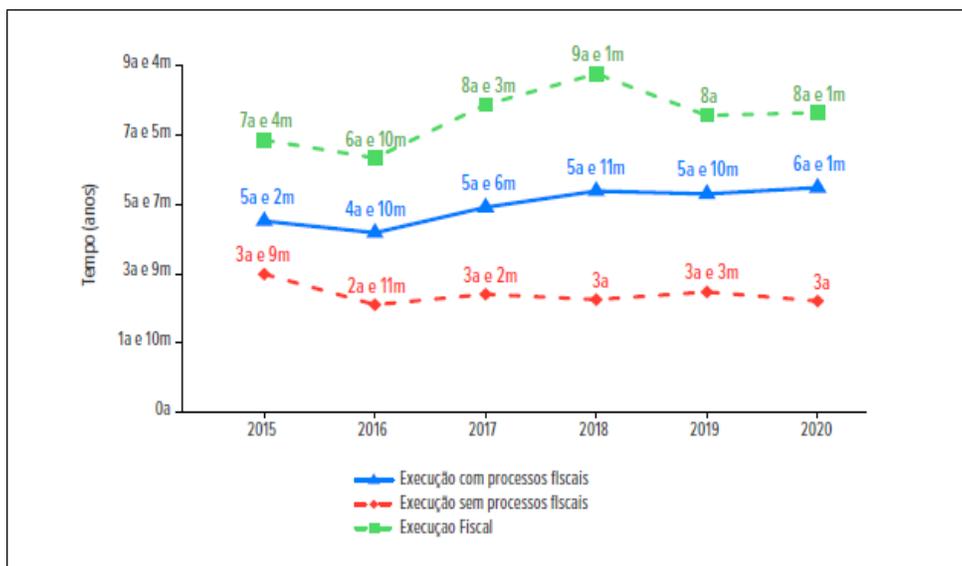
¹ CNJ, op. Cit., p. 310.



Quantidade de processos pendentes nas Varas de Execução Fiscal e Fazenda Pública

Fonte: (CNJ, 2021, p. 223).

Importante registrar a série histórica entre os anos de 2015 e 2020 a fim de melhor entender a realidade do Poder Judiciário. Vejamos o gráfico apresentado pelo CNJ acerca dos números obtidos:

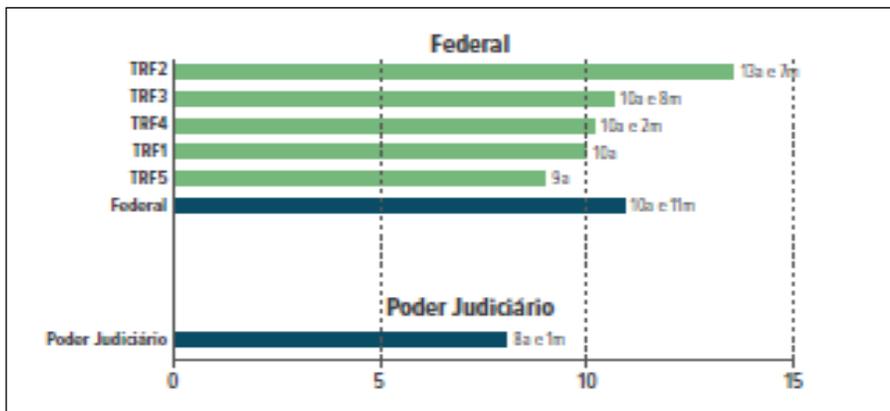


Série histórica do efeito da execução fiscal

Fonte: (CNJ, 2021, p. 181).

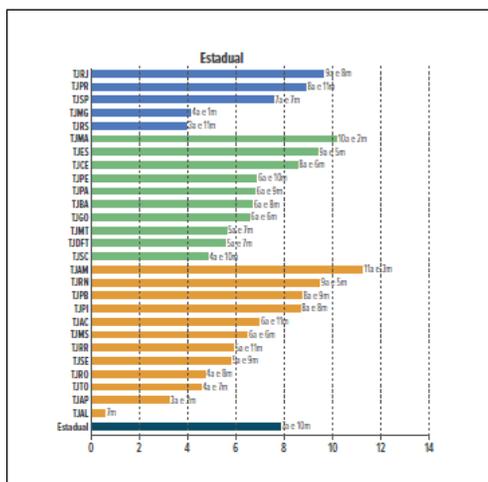
E para demonstrar essa morosidade, o Conselho Nacional de Justiça também

identificou que nos Tribunais da Justiça Federal o tempo de tramitação dos processos de execução fiscal, é em média 10 anos e 11 meses e na Justiça Estadual é de cerca de 7 anos e 10 meses para baixar um processo de execução fiscal. Vejamos os gráficos apresentados pelo CNJ:



Tempo de tramitação dos processos de execução fiscal

Fonte: (CNJ, 2021, p. 182).



Tempo de tramitação dos processos de execução fiscal

Fonte: (CNJ, 2021, p. 182).

Ainda sobre a quantidade de processos que assolam o Poder Judiciário, cabe trazer ainda os dez maiores litigantes, segundo o CNJ. Segue abaixo tabela:

Ordem	Setores dos Cem Maiores Litigantes							
	Total		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	12,14%	BANCOS	12,95%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	83,19%	INDÚSTRIA	2,03%
2	BANCOS	10,88%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	9,25%	BANCOS	9,60%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	1,84%
3	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	6,88%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	4,85%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2,76%	BANCOS	1,78%
4	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	3,75%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	3,11%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,56%	SERVIÇOS	1,44%
5	TELEFONIA	1,84%	TELEFONIA	2,38%	OAB	0,41%	COMÉRCIO	0,93%
6	COMÉRCIO	0,81%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,93%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,14%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,86%
7	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,74%	COMÉRCIO	0,92%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,06%	ASSOCIAÇÕES	0,80%
8	INDÚSTRIA	0,63%	INDÚSTRIA	0,44%	OUTROS	0,06%	TELEFONIA	0,60%
9	SERVIÇOS	0,53%	SERVIÇOS	0,42%	EDUCAÇÃO	0,04%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,45%
10	CONSELHOS PROFISSIONAIS	0,32%	TRANSPORTE	0,18%	SERVICIOS	0,02%	TRANSPORTE	0,40%

Os dez maiores litigantes

Fonte: (CNJ: 2011)

Pelo que se denota dos dados apresentados, é possível perceber que a Administração Pública supera em número de demandas os 80 maiores litigantes do país. Na referida listagem dos 100 Maiores Litigantes do País, constatou-se a liderança do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Observe-se que na Justiça Federal, o tema mais recorrente é Direito Previdenciário ao se considerar todas as instâncias, sendo o auxílio-doença previdenciário o subtema mais recorrente, seguido pela aposentadoria por invalidez e aposentadoria por idade. Em segundo grau, o auxílio-doença previdenciário também é o segundo tema mais recorrente, apenas perdendo para questões de sucumbência. O primeiro grau da Justiça Federal é encabeçado, nas duas primeiras posições, por Direito Tributário, abrangendo as contribuições corporativas em primeiro lugar e as contribuições sociais em segundo. Em quinto lugar, figura também a dívida ativa tributária (CNJ, 2021, p.312).

5 | A REFORMA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DA EFETIVA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Pelo que se verifica das informações do relatório Justiça em Números 2021, do CNJ, a execução fiscal é apenas um dos temas que assolam excessivamente o Poder Judiciário, mas a realidade é que existem vários temas que podem e devem ser resolvidos internamente pelos entes públicos, como por exemplo assuntos ligados às licitações e contratações públicas, servidores públicos, meio ambiente, responsabilidade civil, dentre outros.

Ainda sobre as execuções fiscais, imperioso trazer um interessante argumento de José Denilson Branco que pode ser replicado para todas as matérias que envolvem a Administração Pública. Vejamos:

Antes de se vislumbrar eventual mudança radical de paradigma na forma da cobrança da dívida ativa, com alteração legislativa significativa no modelo matriz, mister se faz a mudança sob a ótica da efetiva aplicação da legislação vigente, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Judiciário, como forma de comprovação e legitimação do esgotamento do modelo atual. Há legislação vigente não regulamentada, passível de utilização como filtro processual do excesso de demanda fadada ao insucesso na recuperação

do crédito, além de mecanismos judiciais e gerenciais que permitem a identificação precoce destes casos em juízo, com a precípua finalidade de reserva de tempo e estrutura para dedicação aos casos com potencial de recuperação do crédito, entre outras soluções.²

Não se trata, portanto, de uma revolução em que se nega a aplicação das normas vigentes, mas sim verificar a necessidade de uma leitura adequada das normas vigentes, de sorte a conferir ao processo administrativo as garantias constitucionais e legais que efetivamente o administrado merece, em verdadeira admissão de que este não está sempre errado, e tem o direito de enfrentar a Administração Pública com paridade de armas (AKAOUI, LAMY, OLIVEIRA, 2020, 107).

Diante deste cenário, nos parece que uma a redução gradual da atuação do Poder Judiciário sobre os litígios que envolvem a Administração Pública e o incentivo para que o próprio ente público resolva seus conflitos respeitando, invariavelmente, a primazia dos direitos fundamentais seria um bom caminho para iniciar esta mudança tão necessária.

Nesse sentido, deve-se compreender que o exercício do poder administrativo (do qual emana a tomada de decisão administrativa) há de ser precedido de processo administrativo instaurado e desenvolvido pela própria Administração, com a garantia de um regramento tão rigoroso quanto aos do processo judicial (AKAOUI, LAMY, OLIVEIRA, 2020, 109).

Saliente-se que esta reforma precisa ser também estrutural, já que a Administração Pública deve se conscientizar de seu dever e atuar em nome do interesse público. Obviamente, a Poder Público não pode visar seus próprios interesses financeiros e políticos momentâneos, devendo ser criado meios de refrear esta inclinação através de mecanismos internos de resolução de litígios da própria Administração.

Veja-se que não estamos sugerindo a mitigação do direito constitucional ao acesso ao Poder Judiciário, o que seria inexoravelmente um verdadeiro retrocesso. O que se busca refletir aqui é a reflexão por parte de quem demanda ações judiciais, por parte de quem tem o dever previsto na Lei Maior de executar as políticas públicas e também dos magistrados.

Sobre toda essa reflexão, a sociedade, o Poder Público, e os juízes devem ter ciência de que uma solução negociada entre as partes, extrajudicial, deve ser perseguida como primeira opção, visto que a atuação do Poder Judicial deve se limitar à função de substituir a vontade das partes naquelas hipóteses em que o acordo voluntário não é possível.

5.1 Dos Tribunais de Contas

O aperfeiçoamento da justiça administrativa pela própria Administração perpassa pelo fortalecimento dos Tribunais de Contas.

Os Tribunais de Contas encontram-se previstos nos Arts. 70 e seguintes, da CF, onde se atribui ao Poder Legislativo o controle externo e pelo sistema de controle interno de

² BRANCO, 2016, p. 79

cada Poder, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública Direta, Indireta e das entidades, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Importante ressaltar que o Tribunal de Contas não se trata de função jurisdicional, e sim de julgamento técnico de contas. De igual entendimento, Pontes de Miranda se baseia ainda em fatores históricos:

“Desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as julgasse novamente depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem. Ou o Tribunal de Contas julgava, ou não julgava. O art. 114 da Constituição de 1937 também dizia, insofismavelmente: ‘julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos’. (...) foi a Constituição de 1934 que lhe deu caráter de corpo de julgamento, o que as leis ordinárias não podiam fazer. (...) A que poder pertence o Tribunal de Contas na Constituição de 1937? (...) Ao Poder Judiciário, posto que de modo especial, como função, sim; como órgão, não. Era um tribunal e julgava. Não importa o caráter à parte que teve; isso não lhe tirava a função de julgar. Tanto quanto ao Tribunal de Contas de 1934, ao Tribunal de Contas de 1937 reconhecêramos função judiciária. (...) a Constituição de 1946 teve o Tribunal de Contas como órgão (auxiliar) do Poder Legislativo. Mas a função de julgar ficou-lhe. No plano material, era corpo judiciário; no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional.”³

Sobre o Tribunal de Contas, cumpre registrar que seus julgamentos de contas devem revestir-se de caráter definitivo, não competindo ao Poder Judiciário adentrar o mérito das decisões para modificá-las. Assim, a revisão da decisão pelo Poder Judiciário deve se ater à verificação do devido processo legal, o qual se não observado, deve culminar na devolução do caso o Tribunal de Contas para novo julgamento.

No Brasil, há um exemplo bem-sucedido de justiça administrativa, qual seja, o Tribunal Marítimo. Nos parece, então, que um primeiro passo para atingir o aperfeiçoamento da justiça administrativa talvez seja estudar e entender o referido Tribunal a fim de trazer, no que couber, o seu bom desenvolvimento para as Cortes de Contas.

Conforme já analisado acima, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário faz com que este aprecie as decisões proferidas em processos de contas, mas entendemos que tal atuação deve se ater aos seus aspectos extrínsecos, observando a existência ou não de ilegalidade ou de irregularidades de caráter formal.

Assim, o aperfeiçoamento da justiça administrativa através da resolução de conflitos pela própria Administração deve encontrar respaldo também no fortalecimento dos Tribunais de Contas, a fim de que nem toda e qualquer demanda envolvendo o poder público seja necessariamente levada ao Poder Judiciário.

3 (PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda 1, de 1969. Tomo III (arts. 32-117). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 251, 250 e 248)

6 | CONCLUSÃO

A presente pesquisa visa demonstrar que a eficiência da resposta da Administração Pública às demandas que a envolva promove transparência e segurança nas decisões prolatadas no âmbito administrativo, evitando o aumento de processos deflagrados no âmbito do Poder Judiciário em situações que poderiam ser resolvidas no âmbito interno. A proposta, portanto, é fomentar a discussão de instrumentos administrativos utilizados na gestão pública, identificando os de maior eficiência para o alcance da boa administração a fim de garantir os direitos fundamentais e implementar a reforma administrativa através da redução gradual da atuação do Poder Judiciário sobre os litígios que envolvem a administração pública e fortalecimento das Cortes de Contas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL, **Lei nº 11.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24ª ed. Volume 1. São Paulo. Ed. Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: ano base 2020**. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em 11 dez. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro** - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional - São Paulo : Malheiros, 2016.

MIRANDA. PONTES DE. **Comentários à Constituição de 1967**. Com a Emenda 1, de 1969. Tomo III (arts. 32-117). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 251, 250 e 248)

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. atualizada até a EC 45/04. São Paulo. Ed. Atlas. 2005.

MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**. Brasília: Enfam, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo; DUARTE, Fernanda. IORIO, Rafael. **Estudos sobre justiça administrativa**. Niterói: Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej), 2020.

PRATES, Lucas Mendes. **Natureza jurídica das decisões dos tribunais de contas e seus reflexos**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/261719/natureza-juridica-das-decisoes-dos-tribunais-de-contas-e-seus-reflexos>>. Acesso em: 11 dez. 2021.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. **Justiça Administrativa no Brasil: uma jurisdição administrativa judicial, extrajudicial ou híbrida?** Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 62, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2390775>. Acesso em 22 mar. 2021.

SOUZA, Alysson P. M. **Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos - Desafios da advocacia pública na idealização e estruturação desses ambientes de consensualidade**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/camaras-de-prevencao-e-resolucao-administrativa-de-conflitos-26092020>>. Acesso em 27 nov.2021.

A POLÍTICA DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO DO ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DE MATO GROSSO

Data de aceite: 01/06/2022

Mireni de Oliveira Costa Silva

Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR/SP, Brasil

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito/Universidade de Marília

RESUMO: O presente estudo objetiva fazer uma reflexão acerca da política de prevenção e enfrentamento do assédio moral no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso. A gravidade dos danos psicológicos provocados nas vítimas de assédio moral, sexual e discriminação no âmbito do trabalho levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a criar uma política nacional para o seu enfrentamento nos tribunais brasileiros. A edição da Resolução n. 351/20 pelo Conselho Nacional de Justiça estabeleceu diretrizes nacionais para que todos os tribunais do país pudessem adotar medidas para o enfrentamento de um tema tão caro à saúde das vítimas. Com o propósito de atender a aludida Resolução, o Poder Judiciário de Mato Grosso editou a Resolução n. 18/21 visando dar efetividade à política de prevenção e combate ao assédio moral no primeiro e segundo graus de jurisdição. Trata-se de uma pesquisa ainda em desenvolvimento e, nesse sentido, concluiu-se, por meio do método indutivo, de forma parcial, que a criação da política de enfrentamento do assédio moral no Poder Judiciário de Mato Grosso foi muito importante para coibir comportamentos e relações abusivas.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral. Prevenção. Enfrentamento.

THE POLICY OF PREVENTION AND CONFRONTATION OF MORAL HARASSMENT IN THE FIELD OF THE JUDICIARY OF THE STATE OF MATO GROSSO

ABSTRACT: The present study aims to reflect on the policy for preventing and confronting moral harassment within the Judiciary of the state of Mato Grosso. The seriousness of the psychological damage caused to victims of moral harassment in the context of work led the Brazilian National Council of Justice to create a national policy to fight them in the courts. The edition of Regulation no. 351 of 2020 by the National Council of Justice established national guidelines so that all courts in the country could adopt measures to address an issue so dear to the health of victims. With the purpose of complying with the aforementioned Regulation, the Judiciary of Mato Grosso issued Regulation no. 18 of 2021 in order to make the policy of preventing and combating moral harassment effective in the first and second degrees of the jurisdiction. This research is still under development, though it was concluded, through the inductive method, partially, that the creation of the policy to combat moral harassment in the Judiciary of Mato Grosso was very important to curb behaviour and abusive relationships.

KEYWORDS: Moral harassment. Prevention. Confrontation.

1 | INTRODUÇÃO

O assédio moral é reiteradamente conhecido como violência moral. Ele se refere a condutas reiteradas, abusivas, geralmente manifestadas por meio de comportamentos inadequados, por atos, gestos e expressões que possuam o condão de ferir e causar dano à personalidade e integridade física e psíquica de uma pessoa ou grupo de pessoas.

Nesse sentido, buscou-se apresentar a necessária adoção de uma política de enfrentamento do assédio moral no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso que, além de atender a Resolução do CNJ, está em consonância também com o que prevê a legislação brasileira acerca da temática.

O método utilizado para o estudo é o indutivo, e como técnica de abordagem, a pesquisa bibliográfica e documental.

2 | O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

O assédio moral não ocorre somente no ambiente de trabalho, ele pode se dar nas relações familiares e sociais de modo geral. Neste estudo, abordaremos o assédio moral no trabalho, que na concepção da psicóloga Hirigoyen (2005, p. 79) “é qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade e integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando o seu emprego ou degradando o clima de trabalho”; por conseguinte, ele é considerado um comportamento que tem o condão de destruir a capacidade laboral do trabalhador, tornando-se, desta forma, além de um grave problema para a vítima, um problema também para a administração pública, quando ocorrido nesta esfera, uma vez que ocasiona gaves transtornos emocionais e, em casos mais graves, afastamento por tempo indeterminado do servidor.

Segundo aponta Zanetti (2008, p. 20), “não existe nenhuma legislação federal dispendo especificamente que é proibido o assédio moral nas relações de trabalho, seja do ponto de vista trabalhista e penal, como o faz o direito francês, por exemplo”, o que impede que a temática possua, destarte, uma definição legal.

No entanto, o assédio moral ganhou maior destaque na literatura internacional a partir do volume de casos registrados e do Relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho, assegurou que “deixar em aberto a definição da natureza exata da conduta permite abranger a gama completa de ações que podem causar danos físicos, psicológicos ou sexuais, incluindo as possíveis novas manifestações de violência e de assédio” (OIT, 2018, p. 08), o que, nessa perspectiva, seria mais favorável para o enfrentamento de qualquer conduta que possua as características de dano moral.

No ambiente de trabalho o assédio moral pode ser classificado de acordo com a sua

extensão, qual seja:

a) Assédio moral interpessoal: ele pode ocorrer de forma direta, pessoal e individual dentro da equipe de trabalho de modo a eliminar um de seus membros;

b) Assédio moral institucional: essa modalidade de assédio pode ser verificada quando a própria instituição ou organização incentiva ou por omissão, acaba tolerando o assédio, nesse caso ela acaba sendo responsabilizada também;

c) Assédio moral vertical: esse tipo de assédio ocorre entre pessoas de nível hierárquico diferentes e pode dar-se de dois modos:

1º) descendente: quando os superiores aproveitando do fato de serem chefes, da condição de autoridades, atuam com pressão em relação a seus subordinados expondo-os a situações desconfortáveis.

2º) ascendente: aquele assédio que é praticado pelo subordinado ou grupo de subordinados contra o chefe.

d) Assédio moral horizontal: essa modalidade de assédio ocorre, motivado pela competição, liderança negativa, intimidação que às vezes evolui para um bullying entre as pessoas que estão no mesmo nível de hierárquico.

As discussões envolvendo o assédio moral ultrapassaram a barreira da esfera privada e virou palco de acalorados debates no meio acadêmico, razão pela qual Maria Ester Freitas afirma que,

O assédio moral tem sido estudado basicamente como uma questão individual, na qual um indivíduo submete o outro e o infelicita, levando-o a desenvolver problemas de saúde ou a perder o emprego. É certo que este é o ponto de partida do evento quando ele já se tornou uma causa médica ou jurídica, ou seja, a doença e o desemprego são resultantes diretas no nível individual. Todavia, acreditamos que as consequências nefastas do assédio moral no ambiente de trabalho são ainda mais amplas, mais graves e mais complexas. Advogamos que o assédio moral no trabalho é ao mesmo tempo um fenômeno que diz respeito à esfera individual, organizacional e social, sendo os seus impactos e prejuízos arcados ou imputados em diferentes graus sobrepostos. (FREITAS, 2007, p. 5).

Por esse motivo, o assédio deve ser encarado como uma política que avance para o campo da saúde pública, uma vez que o assédio moral afeta, sobretudo a saúde da vítima, podendo inclusive leva-la ao óbito.

3 | O ENFRENTAMENTO DO ASSÉDIO MORAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, assim como outras legislações, trouxe dispositivos que contêm conteúdo semelhante às características apontadas como assédio moral e que podem e devem servir de respaldo para o enfrentamento do tema.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) assegurou no seu texto diversos artigos que fazem alusão à administração pública, dentre eles destaca-se o caput do art. 37, que

assegura que tanto a administração pública direta quanto a indireta deverão obedecer a vários princípios, dentre eles o da legalidade e da moralidade. Esse dispositivo constitucional é considerado um norteador das ações da administração pública.

No entanto, existem outros artigos na CF/88, a exemplo do art. 1º, III e IV, que preveem a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamento da república, o art. 3º IV, art. 5º, X, art. 6º, art. 7º XXII e art. 170 caput o direito à honra, e art. 6º o direito ao trabalho e à saúde. Essas são garantias essenciais para a proteção contra o assédio moral.

O Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2001), em seu art. 186, assegura que aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. No mesmo sentido foi a previsão da Lei 8.112/90 (BRASIL, 1990) ao se referir aos deveres do servidor público em seu art. 116, inc. II, IX e XI, incluiu, dentre outros, manter conduta compatível com a moralidade administrativa e tratar as pessoas com urbanidade.

No mesmo sentido, a Consolidação das Leis Trabalhistas (BRASIL, 1943) trouxe, em seu art. 483 e incisos, situações que se enquadram nas características apontadas como sendo assédio moral aplicados às relações privadas e que, por analogia, poderão ser interpretadas na esfera pública.

As discussões acerca do assédio moral no trabalho ganharam maior conotação no âmbito parlamentar a partir de 2001. Foram inúmeros os Projetos de Lei apresentados pelos parlamentares para tipificar como crime o assédio moral no âmbito do trabalho a exemplo dos Projetos de Lei n. 4742/01; 5887/01; 4960/01; 3368/15; 5503/16 e 7461/17. Sendo que o PL n. 4742/01 que tipifica no Código Penal o crime de assédio moral foi aprovado na Câmara em 2019 e seguiu para o Senado, onde aguarda votação. No Senado Federal tramita o PL n. 2203/01, que propõe acrescentar parágrafos ao art. 223-C na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Apesar de todas as iniciativas aqui apontadas, o assédio moral no trabalho continua aguardando uma tipificação específica na legislação brasileira.

4 | O ENFRENTAMENTO DO ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DE MATO GROSSO.

O assédio moral é uma temática muito discutida nas relações privadas e pouco enfrentada na esfera pública. No entanto, em 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 351/20 e estabeleceu diretrizes nacionais para o enfrentamento do tema no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

E, em virtude da relevância do tema e com o objetivo de atender a referida Resolução do CNJ, o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso editou a Resolução n. 18/21, considerando as Portarias n. 276/21-PRES e n. 615/01-PRES, que instituiu e redefiniu a Comissão de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso. Essa Resolução

instituiu a Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral e do Assédio Sexual e qualquer forma de Discriminação para promover o trabalho digno, saudável, seguro e sustentável no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso.

O Poder Judiciário de Mato Grosso editou a Portaria n. 276/2021 – PRES em 02 de março de 2021 instituindo as Comissões de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral e do Assédio Sexual no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso.

Desse modo, editou também a Portaria n. 615/2021 – PRES em 05 de julho de 2021 designando os membros da Comissão no âmbito do 2º grau de jurisdição, Portaria essa que foi alterada pela Portaria n. 286/2022 – PRES em 05 de maio de 2022. Assim como editou a Portaria n. 276/2021- PRES designando os membros da Comissão no âmbito do 1º grau de jurisdição.

As Comissões deverão acompanhar e implementar as ações definidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que lançou uma campanha no mês maio de 2022 para que os tribunais organizassem rodas de conversas sobre como enfrentar e combater o assédio moral, sexual e a discriminação.

A punição nos casos de assédio moral se dá nas esferas administrativa, cível e penal. Nos casos em que a prática do assédio se dê por agentes públicos, independentemente da esfera (União, Estado, Distrito Federal ou Município), caberá a indenização por danos morais e materiais, já que os entes possuem responsabilidade civil objetiva conforme expressa previsão do art. 37, § 6º da CF/88, o que não impede a corresponsabilização do agente que praticou o ato. Nesse caso, por tratar-se da esfera pública, a apuração do fato se dará via instauração de sindicância, e o Processo Administrativo Disciplinar assegurado a ampla defesa. Por outro lado, na CLT, o assédio moral é punível como falta grave, e a punição se dará via demissão por justa causa.

Nesse sentido, procuramos demonstrar que o debate acerca do assédio moral implementado no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso, além de atender à Resolução do CNJ, está em consonância também com o que prevê a legislação brasileira acerca da temática e da necessidade de promover o seu enfrentamento também no âmbito da administração pública.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se que o enfrentamento do assédio moral no trabalho no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso foi uma medida muito importante e acertada de sua atual Administração.

Conclui-se, no entanto, que, como a Comissão foi instituída há poucos meses, não é possível afirmar se já está alcançando os objetivos propostos. Porém, é plausível mensurar que a instituição da referida Comissão é considerada um avanço no sentido de coibir e punir o servidor público que se encontrar na prática do assédio moral ao colega de trabalho,

independentemente se ocupa ou não posição hierarquicamente superior.

Conclui-se também que é importante que, além de criar a política de prevenção, criar, concomitantemente, equipe multidisciplinar para a conscientização das boas práticas de convivência e que repercutirão para outros aspectos da vida do servidor.

REFERÊNCIAS

BRASIL, República Federativa do. Governo Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL, República Federativa do. Governo Federal. **Lei n. 8112/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL, República Federativa do. Governo Federal. **Código Civil – Lei 10.406/02**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL, República Federativa do. Governo Federal. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 351, de 28 de outubro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original192402202011035fa1ae5201643.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

FREITAS, Maria Ester de. Quem paga a conta do assédio moral no trabalho? **Revista RAE-eletrônica** - v. 6, n. 1, Art. 5. jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.rae.com.br/electronica/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=4544&Secao=PENSATA&Volume=6&Numero=1&Ano=2007>. Acesso em: 07 jun 2022.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho**. Conferência Internacional do Trabalho. 107ª Sessão. Genebra/Suíça. 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_630695.pdf. Acesso em: 26 out. 2021.

ESTADO DE MATO GROSSO. Poder Judiciário. Guia de Assédio Moral, Sexual e Virtual: a mesma medida para todos. Org. Mariana Vianna. Cuiabá. 2021. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/13%20-%20guia%20ass%C3%A9dio.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

ZANETTI, Robson. **Assédio moral no trabalho**. [E-book]. [S.l.: s.n.], 2008.

A POSSE NO DIREITO CIVIL E ASPECTOS POLÊMICOS

Data de aceite: 01/06/2022

Igor Rodrigues Santos

Thenyse Veras Santana

RESUMO: O objetivo deste artigo científico é discutir o assunto da posse, levando em ênfase a importância de sua construção histórica por meio da qual o ordenamento jurídico brasileiro orienta adequadamente seus elementos no procedimento especial das questões cíveis. Pelas diferenças teóricas, suas teorias formam a base para estruturar o e embasamento das posses e são essenciais para o presente análise. Levada com base em ordenamentos e doutrinas jurídicas, permite a análise das alternativas e em que se acredita na importância de separar os conceitos de posse e propriedade das instituições que criam adequadamente suas próprias analogias.

1 | INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo o estudo da matéria de posse no que trata à construção histórica, das ações possessórias, Atividades que dão proteção à posse e aspectos que relacionam as suas particularidade dentro do assunto processual.

Tendo e havendo, e ao analisar o realizado tiveram que ter uma base posta em primeiro lugar as metodologias que fazem pesquisas no Código civil, Constituição, Código processual de

civil, e doutrinadores que analisaram doutrinas, sendo estas de sendo muito essencial e de suma importância, de Direito Civil, para que os possuidores e cidadãos não fossem privados das vantagens de possuir determinados coisas e bens e sendo assim, pudessem ser defendidos, em caso de suma necessidade.

Hoje analisando as reais distinções entre dois paralelos Direito real e Direitos de posse é bastante comentadas com tons de polemicas, pois as divergências das doutrinárias se misturam de formas diferentes grandes estudador de lados opostos, fato que é também retratado no presente trabalho, conceituando e elencando razões de fato que levam à definição com o intuito de criar opiniões, abrindo espaço para entendimentos próprios, mesmo que a doutrina majoritária tenha optado por apenas uma nomenclatura.

Sendo assim tratada como uma matéria gerais e amplificadas, a posse tem sido classificada em várias e deferentes espécies sendo estas de forma como essencial para a sua caracterização que faz no instituto. Podemos considerar a possibilidade que o Direito Civil tenha dado autonomia para os donos das posses de conseguir seus direitos pelo uso das ações possessórias tem significado muito grande em relação à sua construção histórica, quando os cidadãos não existiam direito nenhum e ainda tinha danos por não poderem defender e recuperar suas terras.

Quando as ações possessórias serão tidas como conceito de utilização e suas notórias possibilidades, elencadas, abrangendo-se todos os requisitos imprescindíveis para sua postulação indiscutível. Sendo que este instituto levando a considerar, o atual trabalho visa trazer toda informação e contidas e necessárias com analogias mais didática possível.

2 | BREVE HISTÓRICO DA POSSE

A matéria possessória se deu Origem no Direito Romano, quando as primeiras terras de domínio privado e públicas foram descobertas. Sendo que os romanos Não tinha liberdade e vantagens.

Feito pelo Poder Público, teve a percepção a necessária de proteção contra projetos de arbitragem (BESSONE, 1996).

Assim, mesmo não nenhuma espécie de manifestação do domínio na proteção das terras, está se fazia necessária, haja vista que, vivendo-se em grupo, a proteção perante os demais é inevitável.

A posse teve um começo e entendendo profundamente que com demonstração de vontade dos proprietários de que sobre a coisa o orgulho de possuí-la como sua por animo da necessidade fisiológica do homem em tela e possui-la, para si próprio propriedades tendo como satisfeito da sua inteligência emocional, com ideias humanas que pode-se demonstrar pelo oque foi conquistado, como de obter a coisa, assim entendido pelo desenvolvimento do significado e conceituação dos possuidores, portanto e definida como a amostra de real propriedade em que a pessoa que se diga possuidor, Assim após analise a verdade sobre intenção de não protocolar nenhum tipo específico e que sua propriedade em sentidos diferentes e opostos de que sua atitude deseja ser reconhecido como que a ele pertence e tem como prioridade sua atribuição sobre o bem. (FARIA; ROSENVALD, Nelso, 2014)

Deu início e deu aparecimento a solução de proteger à posse que no futuro teria tido aplicação a outros casos de forma diferentes. A proposito existem diferentes modelos de respeito à origem da posse, porém não há um entendimento entre elas.

Destacam-se duas por serem de conceituadas de forma abrangente, que fala claramente que a posse em seu todo surgiu de fato com intuito claro de repartição de terras. assim teve a demarcação e loteamento, ne todos lotes foram imediatamente cedidos aos cidadãos e a outra parte foi à criação de novas cidades e municípios. assim as terras que tiveram sidas doadas não eram de posse das pessoas que eram beneficiários, eles não podiam utilizar-se de ações reivindicatórias para defendê-las de invasões. A inteligência de Ihering, tiveram outras formas de análise e explica de onde surgiu a posse como decisão tida pelo criador, que, em continuação do surgimento de divergências na parte que principal das ações que simplesmente fazem e reivindicam, as outorga, a todos dos litigantes da ação, a posse ou a detenção da coisa litigiosa. Ocorre que, conforme aquele que fosse

tido recompensa na ação reivindicatória, não tinha mais nenhum interesse particular no continuando do que foi feito, visto que já era assegurado a posse (DINIZ, 2018). Dessa forma, demasiada foi a valorizada a posse e reconhecida com legalidade, depois disso passou-se a ser reconhecida e ser essencial a proteção jurídica por ação própria.

Pretor era um de vários títulos permitido pelo governo, enquanto durou a Roma Antiga, a homens capacitados de atuar excepcionalmente na magistratura (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 1993. p. 441)

2.1 Teorias subjetiva e objetiva da posse

Sendo assim para ter o entendimento melhor sobre esse tema de posse, faz-se necessidade específica de compreender, de forma ampla da analogia, as escolhas possíveis que formaram todo a conjunção jurídico sobre o tema. Dessa maneira, são duas escolas que procuraram ter evidências claras no uso da posse como categorizado juridicamente: a teoria subjetiva, do mestre Savign, e a teoria objetiva, do mestre Ihering.

Sendo assim a primeira de todas, a posse foi quando poder imediato e direto que foi a pessoa de naturalmente desfazer de um bem próprio que a finalidade de toma-lo para si mesmo a defesa contra a agressão e intervenção de qual pessoa ser (DINIZ, 2018). Sendo essa a maior razão, é considerada subjetiva, pois depende do desejo da vontade do detentor, que por si só deve ter que possuir a coisa como se dono fosse com destreza. A teoria objetiva, de Ihering, entende que demonstrar propriedade já é suficiente para se merecer proteção jurídica, de forma que, se alguém aparentar ser proprietário, terá a posse, ainda que não e sempre e pessoa que possui a posse (PUCCINELLI JUNIOR 2015). Trata-se de teoria objetiva por não exigir análise de o possuidor de ter a coisa para si como dono, mas apenas apresentar características de detenção sobre a coisa.

2.2 Por outro conceito de direito das coisas e direitos princípio constitucional

Os constituintes de 1988 tutelaram muitos termos, para que, assim, a Constituição da República fosse de fato cidadã. Desde modo, percebe-se que há desde direito público até privado na Carta da República de 1988. Nesse sentido, ao incluir os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, o legislador deixou expresso que estes congregam valores essenciais no direito privado. O artigo 5º, XXII, da Constituição da República Federativa do Brasil³, dispõe sobre a propriedade e amplia o entendimento à proteção ao possuidor, tendo-se em vista que, ao se tornar proprietário, será também reconhecido como possuidor. Porém, o instituto da posse vai estar sempre na prerrogativa do direito de propriedade. Porém, uma das maiores dificuldades do estudo da posse é a distinção conceitual entre posse e propriedade, que, apesar de caminharem lado a lado, podem ser concedidas separadamente, sendo assim a função social da posse com certeza não tem vínculos com objetivo da propriedade.

No Art. 5º Diz: Todos são iguais diante a lei, sem ser tratada com diferenças

de qualquer espécie, tendo aos brasileiros garantias e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, igualdade, liberdade à segurança e à propriedade, nos termos adiantes: XXII – A garantia de direito de propriedade.

Sendo reconhecida como direito ou fato produtor de efeitos jurídicos, não há dúvidas sobre sua função social. Sendo assim faz parte dos princípios positivado no jurídico, recebendo a necessidade do funcionamento de ocasiões patrimoniais e faz parte o sistema das normas de leis constitucionais (ALBUQUEQUE, 2002, p.36).

As divergências doutrinárias entre as teorias relacionadas à posse não impedem a da sua função social, ponderando que a posse seja reconhecida como instituto autônomo insubordinado da propriedade (ALBUQUERQUE, 2002). Assim, a ausência de disposição expressa na lei não caracteriza lacuna no ordenamento jurídico, pois a função social é considerada um princípio dedutivo. Apesar de não haver norma específica a ser aplicada, não há ausência de critérios válidos para se decidir acerca da sua aplicação.

A doutrina é bastante dividida quanto à utilização do termo Direito das Coisas e Direitos Reais para definir as relações jurídicas entre pessoas e coisas determinadas, Na parte III do código Especial do Código Civil. A utilização dos termos Direitos das Coisas e Direitos Reais gera muitas dúvidas.

Para Tartuce (p. 906 de 2016), “Direito das Coisas é a ramificação Direito Civil que e um todo nas relações jurídicas que propõe entre pessoas e coisas. Em relações que faz parte do domínio praticada por pessoa pela a coisa. Não tem nenhuma possibilidade do sujeito passivo que e determinado”, tendo a preferência para ser tratar sobre o tema.

lado, Venosa (1999, p. 30) discorre que

O vocabulário reais decorre de res, rei, que significa coisa. Desse jeito, nada fala que se denomine indiferentemente o fato comportamental do direito civil que fala sobre uma outra característica. Em outro ponto da análise, como observado, coisa tem conotação sendo própria e subjetiva. Os direitos reais tem como prioridade um tema objetivo de ciências jurídica. Não tem impedimento que utiliza das duas expressões, isso diz respeito e doutrinada nacional e também na estrangeira.

Os Direitos Reais formam o conteúdo principal do Direito das Coisas, não sendo este, entretanto, exclusivo, vez que existem institutos que compõem matéria e que não são enquadrados como Direitos Reais (TARTUCE, 2016). Assim, concluímos que a diferenças doutrinária em relação aos modos usados muda conforme o autor que a manifesta, o Direito das Coisas e o mais utilizado por todos.

2.3 Diferenças entre os direitos reais e os direitos pessoais

O tema que merece destaque na matéria de Direito das Coisas é a exposição dos principais pontos de diferenciação entre direitos reais e direitos pessoais.

Falando aos princípios, em direitos reais a sem sombra de dúvida vínculo jurídico é executado com coisas e as pessoas, sendo essa relação executada sem a presença

do intermediário dos terceiros, assim tendo eficácia das interpartes, ou assim seja, são disponíveis somente em uma causa específica contra a pessoa que deve ou quem a ele se obrigar. Nos direitos pessoais, o conteúdo é o vínculo jurídico estabelecido entre duas ou mais pessoas e sua eficácia é erga omnes (PUCCINELLI JUNIOR et al., 2015), ou seja, podem ser exercidos contra qualquer pessoa.

Os direitos reais têm uso de permanente, ou seja, não é necessário o cumprimento de algo para que seja satisfeito, obedecendo-se, assim, ao princípio da publicidade; mas em sua diferença os direitos pessoais se caracterizam no formato transitório e, desse jeito, tem sua extinção sendo assim o cumprimento das obrigações, obedece unicamente o princípio da autonomia privada (TARTUC, 2016).

Quanto à aquisição, os direitos reais podem ser adquiridos por meio de usucapião; enquanto os direitos pessoais não. Discorrendo-se sobre obrigações, cita-se que os direitos pessoais podem ser criados por meio de novas formas de direito, livremente, por vontade das partes. mas o direitos reais tem uma criação peculiar e podem ser desenvolvidos livremente, assim diz claramente no artigo 1.225, do Código Civil, tem um rol que se taxa (PUCCINELLI JUNIOR, 2015).

Por fim, os direitos pessoais não apresentam sequelas, ao contrário dos direitos reais, sendo essa característica base para que o direito tenha efeito sobre a coisa, sendo irrelevante quem possua ou onde ela esteja.

3 | DISTINÇÃO ENTRE POSSE E DETENÇÃO

Dentro do tema escolhido, é importante destacar a distinção entre posse e detenção, pois é de suma importância no conteúdo da matéria possessória para se compreender o instituto e,

É uma expressão jurídica que significa o poder ou prerrogativa de alguém perseguir um bem onde quer que ele se encontre, independentemente de quem o detenha. Sendo fundamental dos direitos reais e não possuindo existência nos direitos da pessoa (PUCCINELLI JUNIOR, André Manual de Direito Civil: único. São Paulo: Saraiva, 2015.)

Ainda, seus efeitos jurídicos. A redação do artigo 1.198, do Código Civil de 2002, causa facilmente confusão na conceituação de detentor e possuidor. Segundo Maria Helena Diniz (2010, p. 820-821 apud TARTUCE, Flávio, 2016, p. 922), o possuidor tem com clareza a coisa a em virtude clara por uma situação de depende economicamente ou de ter vínculo da subordinação. A lei fala também que não ser possuidor aquela pessoa que, encontrando a relação de ser dependente com o outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens e instruções suas. Na detenção, o poder exercido sobre a coisa é em nome de outra pessoa, como, por exemplo, o motorista que detém veículo para dirigir para seu empregador. Assim sendo, a posse é uma relação de fato que uma pessoa exerce sobre a coisa, estando ela em nome próprio do possuidor ou tendo ele sua propriedade

ou não. A Missão de Direito Civil foi anunciado no seu Enunciado nº 301, dessa forma foi estabelecido que é existe a possibilidade de ser convertida a detenção na forma de posse, sendo rompida à subordinação, em hipótese de exercer o nome nos atos possessórios”. Nesse diapasão,

Se desaparecer o vínculo de dependência de um contrato de trabalho, sendo celebrado expressamente um contrato de locação entre o ex- patrão e o ex- empregado, não haverá mais mera detenção, mas posse, desdobrada em direta e indireta. Sendo que partir desse momento então, o atual locatário poderá se desfrutar dos efeitos materiais e processuais que decorre do novo instituto que surgira. (TARTUC, 2016, p. 924)

Sendo assim , apesar de não possuir ausência de ser claro no quesito de distinção de conceituar, A posse sempre terá a execução dos poderes nesse caso à propriedade, na detenção e o poder será sempre exercido no nome de outrem, podendo haver, ainda que tendo obedecidos os requisitos que são previstos em lei, e possível de converter de detenção a posse.

4 I PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DAS ESPÉCIES DE POSSE

À luz do estudo proposto, destaque-se que há diversas maneiras de se classificar posse. Nesse instituto, admite na posse tem muita diferença, e classificações, no que são de importância com o entendimento do instituto e seus diferentes efeitos no jurídico comentado no Art.1198.

4.1 Posses direta e indireta

Os conceitos de posse direta e de posse indireta estão descritos no artigo 1.197 do Código Civil, o qual dispõe: “A posse direta, de pessoa que tem a coisa no seu poder, por tempo limitado, no direito pessoal, ou no real, não sendo possível a indireta, do qual foi tida, podendo de fato o possuidor que possui a posse direto tendo a necessidade de defesa de sua própria posse com decisão contrária ao indireto”. Dessa forma, e que a posse direta, também sendo conhecida como posse imediata, sempre e exercida pela parte que possui a coisa materialmente. O possuidor que possui a posse tem para ele com o intuito de ser o proprietário dela. A indireta, também e caracterizada e tendo a dominação de mediata, é usada por outra pessoa. Nela, o possuidor tem obrigação de transferir o uso fruto do bem para outrem, mantendo vínculo do direito a coisa” (PUCCINELL JUNIOR,2015p.650), como, por exemplo, o caso do depositante.

4.2 Composse

Composse está dentro do Código Civil, e especifico no art.1.199:“Art. 1.199.”. Trata-se da situação na qual duas pessoas exercem poderes possessórios sobre a mesma coisa, podendo ter origem inter vivos ou causa mortis (TARTUCE, 2016). É correlato ao condomínio, mas, no caso, condomínio de posses.Com sua diferenças, tem a possibilidade

de que duas e mais pessoas que tem a posse, sendo considerada conjunto, coisa que são indivisa, Tendo o respeito ao artigo supracitado para que de maneira alguma não tenha possibilidade de exclusão de direito do proprietário. Sendo assim A comosse tem o fim com a extinção da relação jurídica que foi dada a causa.

4.3 Posse justa e posse injusta

O Código Civil, no art. 1.200, dispõe que “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”, ou seja, aquela que foi adquirida sem vícios e em conformidade com a lei. De acordo com Paulo Nader (2016, p. 80), justo e favorável quando se aperfeiçoa quando tem naturalmente as coisas na posse; da firmeza quando entrega cada uma das pessoas e quando tem o justo proprietário”. Por outro lado, quando a posse for adquirida por meio de violência, clandestinidade ou precariedade, será caracterizada como injusta. A posse injusta é ilícita, pois sua aquisição apresenta vícios.

4.3.1 Posse violenta

Posse violenta é aquela pela qual se toma de alguém, inopinadamente, a posse de um objeto. Pode ser adquirida por meio de força física ou violência moral contra a pessoa, ou, ainda, contra a coisa. Para Puccinelli Junior et al. (2015 p.651), Assim Seja quando a violência ocorra quando ser no momento que se foi conseguido e feito de fato de acontecer e ser comprada a posse pode ser tipificada como em um momento no futuro”. Assim, que para Bessoné 1996, p.108), “Então a violência que tem a importância é a verdade no momento que se acontece a instalação de posse ao possuidor, e posteriormente nesse momento não condiz em caráter de posse”. Apesar de divergência do doutrinado, assim que a posse violenta tem e se necessita peculiarmente exclusivamente das características do seu uso da sua força física e violência moral.

4.3.2 Posse clandestina

Posse clandestina é aquela que se caracteriza pela aquisição que ocorre de forma oculta, às escondidas. Quando o possuidor faz uso dos objetivos sorrateiro para obtê-la. Assim Nade (2016), “não tem a caracteriza somente por desconhecida da pessoa que possui, e por fato de ser estabelecida no modo que sub-reptício”. Assim essa característica, Assim Venosa se expressa (1999, p. 56) De forma alguma “não se tem como clandestinamente e a posse que foi adquirida pela publicidade e depois escondida. Tem como exemplos, aquele ser quando, pela a noite, tem suas mudanças a proposta de divisão de terrenos, tomando a parte da posse do terreno do vizinho, Assim, de forma oposta de publicidade de forma clandestina.

4.3.3 Posse precária

A Posse precária é a qual é adquirida pela forma de abusar da confiança, se

assemelhando a crime com crimes tipificados como estelionato (TARTUC, 2016). Nesta modalidade, o possuidor se compromete a devolver a coisa após determinado tempo, havendo a obrigação de devolução. Assim ao iniciar o momento que se faz a recusa de restituição, a posse torna-se injusta. Como exemplo desta modalidade, tem-se o locatário de um imóvel que se recusa a desocupar ao término do contrato, ou ainda, o locatário de um veículo que não quer devolvê-lo ao término do contrato.

4.4 Característica da posse de boa fé e posse de má-fé

No artigo do Código Civil 1.201, quando, se define como sendo a posse da boa-fé quando assim “[...] posse, e quando o possuidor não se obriga do vício, ou um caminho difícil quando e impedido de ter a aquisição da coisa”. É de boa-fé a posse, quando o possuidor ignora os vícios ou obstáculos que impedem a aquisição da coisa, ou, ainda, quando há um justo título que fundamente sua posse. Quando alguém for possuidor do bem, sempre tem a necessidade de ter a convicção de que não prejudicará nenhuma pessoa em essa posse. Nesse sentido, Orlando Gomes (2001/ p :41) tem a divisão a posse que de boa-fé na posse quando a boa-fé real, tendo a convicção que o possuidor tem o apoio de características dos objetivos que são evidentes sem ter nenhuma dúvida possível e ser suscitada quando tiver a legítima legitimidade da aquisição; e a posse da boa-fé presumida, quando o dono legítimo tem o seu título”. Por outro lado, na posse de má-fé, o possuidor exerce domínio sobre a coisa, mesmo ciente de existência de vício ou obstáculo para sua aquisição, conforme dispõe o artigo 1.202 falado no Código Civil “sendo a posse da boa-fé tem a ter a perda deste característica neste caso específico desde que tenha no momento que a circunstância foram ter de presumir que quando a pessoa que e possuidor não possui indevidamente”. Por fim, a aquisição deve acontecer de forma legítima para que não seja considerada de má-fé.

4.5 Posse nova e posse velha

Posse nova é aquela que conta com menos de um ano e um dia, ou seja, sua aquisição ou vício se deram em até um ano. Posse velha é aquela que conta com pelo menos um ano e um dia, ou seja, sua aquisição ou vício já ocorreram há um ano e um dia ou mais. Dispõe o artigo 558, do Código de Processo Civil:

Art. 558. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da Seção II deste Capítulo quando a ação for proposta dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial.

Parágrafo único. Passado o prazo referido no caput, será comum o procedimento, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Diante disso, é de suma importância a classificação quanto ao tempo para o direito processual civil, pois o procedimento especial que rege a proteção possessória (ação de força nova) só será utilizado se a ação de manutenção de posse ou reintegração de

posse for proposta dentro de um ano e dia da turbação ou esbulho; passado este prazo, o procedimento adotado será o comum ordinário (ação de força velha), não se perdendo, contudo, o caráter possessório.

4.6 Posse ad interdicta e posse ad usucapionem

Pela regra geral, posse ad interdicta é aquela, desde que justa, que pode utilizar-se dos interditos possessórios, quando for turbada, perdida ou esbulhada. Por exemplo, locador e locatário podem defender a posse de qualquer dos atos citados, causados por terceiro. Nas palavras de Pinto (2016), “é aquela que pode ser protegida pelos interditos ou ações possessórias, quando molestada, mas não conduz à usucapião (a do locatário)”. A posse ad usucapionem é considerada exceção, vez que nela se admite a aquisição da propriedade pela usucapião, desde que preenchidos os requisitos legais. De acordo com Tartuce (2016, p. 930), “a posse ad usucapionem deve ser mansa pacífica, duradoura por lapso temporal previsto em lei, ininterrupta e com intenção de dono. Além disso, deve ter os requisitos do justo título e da boa-fé”. A posse derivada da relação jurídica estabelecida diretamente com o proprietário não gera usucapião, pois, nesse caso, o possuidor não exerce a posse, como se dono fosse, como, por exemplo, a locação.

5 | EFEITOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA POSSE

Dentro do contexto da problemática elencada para esta pesquisa, nota-se que é natural que um tema tão importante produza efeitos tanto na esfera material como na processual. Assim, é necessário tecer alguns pontos sobre esses efeitos e suas consequências.

5.1 Efeitos da posse quanto aos frutos

Os frutos são os bens advindos de um bem principal, de forma que não se diminuirá a quantidade deste, ou seja, a produção dos frutos não esgota o bem principal.

Para completa análise do possuidor aos frutos, deve-se analisar a natureza da posse como de boa ou má-fé.

O possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos ou colhidos tempestivamente, enquanto esta durar. Uma vez cessada a boa-fé, o possuidor será obrigado a restituir os frutos pendentes (não colhidos), assim como os colhidos por antecipação.

O possuidor de má-fé, não terá direito a nenhum fruto, deverá restituir ou indenizar os frutos colhidos ou percebidos, bem como os que por sua culpa deixou de perceber (PUCCINELLI JUNIOR et al., 2015, p. 660).

O Código Civil dispõe a necessidade de que, para que haja direito de aquisição dos frutos, é necessária a existência de título, sendo assim, o possuidor que não o tiver, não terá direito de aquisição. Os frutos são bens acessórios, pois dependem da coisa principal, sendo compreendidos em duas espécies: frutos e produtos. Produtos são as utilidades

retiradas da coisa, ocorrendo a diminuição da quantidade pois não se reproduzem com regular frequência, por exemplo, metais extraídos de pedreiras. Já os frutos são as utilidades que uma coisa produz com regular frequência, sem ocasionar destruição total ou em parte, como, por exemplo, frutas de árvores (GONÇALVES, 2017), sendo disposta, no Código Civil⁶, a possibilidade de serem objeto de negócio jurídico.

5.2 Efeitos da posse em relação às benfeitorias

Quando alguma pessoa tem a propriedade, posse ou detenção de algum bem, é natural que ali faça benfeitorias, inclusive com a intenção de conservar o bem. Assim, para essas benfeitorias, também existem regras que variam conforme a boa ou a má-fé. Benfeitorias são os bens inseridos em um bem, com o intuito de preservá-lo ou garantir a sua conservação. Diferente dos frutos que decorrem do bem principal, as benfeitorias são nele introduzidas (TARTUCE, 2016).

Da leitura do artigo 96, do Código Civil, extrai-se que “as benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias”. Necessárias são as benfeitorias realizadas visando-se à conservação do bem, essenciais para o uso; úteis são as realizadas para se facilitar o uso do bem; e voluptuárias, as de mero luxo, conforme leciona a lei.

O possuidor de boa-fé terá direito à indenização por benfeitorias necessárias e úteis. Não sendo ele indenizado, terá direito à retenção dessas benfeitorias. Com relação às benfeitorias voluptuárias, o possuidor de boa-fé tem direito ao levantamento, se aquelas não forem pagas, desde que isso não gere prejuízo à coisa (TARTUCE, 2016).

Benfeitorias se confundem com acessões. Gonçalves (2017, p. 225) assim conceitua: “benfeitorias são obras ou despesas efetuadas numa coisa para conservá-la, melhorá-la ou

Art. 95. Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos podem ser objeto de negócio jurídico.

Apenas embelezá-la” enquanto “acessões são obras que criam coisas novas, diferentes, e que vem aderir à coisa anteriormente existente”.

Assim, conforme diferenciação dos termos supracitados, implementações que agregam valor a coisas já existentes são definidas apenas como acessões.

5.3 Posse e responsabilidades

O Código Civil retrata regras no tocante à responsabilidade que o possuidor tem, independente de boa ou má-fé. Nesse sentido, o art. 1.217, do referido códex, refere ao possuidor de boa-fé dispondo que o mesmo não responderá pela perda ou deterioração da coisa, a que não lhe der causa, ou seja, será necessária a comprovação de culpa para caber a responsabilidade.

Levando-se em conta a não responsabilidade do possuidor de boa-fé nos requisitos anteriormente citados, tem-se, no artigo 1.218, do Código Civil brasileiro, que “o possuidor de má-fé responderá pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidental, salvo provar

que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante”. Nas palavras de Farias e Roselvald (2017, p. 182), “Nada obstante, na posse de má-fé, entende-se como dano indenizável a mera depreciação acidental da coisa, salvo se o possuidor provar que o fato teria ocorrido mesmo se a coisa estivesse em poder da parte contrária”. Assim, a responsabilidade do possuidor de má-fé é objetiva, caracterizando-se independente de culpa, salvo nos casos em que a deterioração ou perda ocorreram em posse de qualquer pessoa.

Por fim, o artigo 1.221 dispõe que “as benfeitorias compensam-se com os danos, e só se obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem”. Assim, as benfeitorias necessárias, às quais o possuidor de má-fé teria direito, poderão ser compensadas com os danos sofridos pelo reivindicante. Gonçalves (2017, p. 227) leciona que “a compensação pressupõe a existência de duas obrigações recíprocas a serem sopesadas, uma em confronto à outra para que apenas a diferença seja computada ao devedor da obrigação maior”. Da mesma forma, se a benfeitoria não mais existir com o perecimento do bem, não haverá indenização nem compensação.

6 | AQUISIÇÃO DA POSSE

O Código Civil dispõe maneiras possíveis para a aquisição da posse. Nesse norte, a princípio, o artigo 1.204 reza: “adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”.

Confrontando esse dispositivo com o artigo 493 do Código Civil de 19167, percebe-se que o legislador preferiu não elencar as hipóteses de aquisição da posse, como constava da antiga codificação. Substituiu-se, portanto, uma relação supostamente fechada ou taxativa por um conceito aberto, a ser preenchido caso a caso. [...] Sendo assim, as formas de aquisição da posse que constavam da lei anterior servem somente como exemplo, a saber: a) apreensão da coisa; b) exercício de direito; c) fato de disposição da coisa; e d) qualquer outro modo geral de aquisição de direito (TATURCE, 2016, p.946).

É importante destacar que os modos de aquisição da posse são classificados em duas espécies, sendo elas originárias, em que o contato é direto entre a pessoa e a coisa (PUCCINELLI JUNIOR, et al., 2015), tendo-se, como exemplo, um imóvel abandonado pelo proprietário que é invadido por alguém que ali faz morada e que, depois, solicita judicialmente a propriedade, e derivadas, quando alguém faz intermediação pessoal (TARTUCE, 2016), sendo a tradição o modo derivado de aquisição da posse.

Há três modalidades de tradição: real, simbólica e ficta. Real é a tradição que se consoma com a entrega efetiva da coisa, exemplo do vendedor ao entregar a coisa ao comprador. Simbólica é quando existe espécie de ato que represente a transferência da coisa, exemplo da entrega das chaves de um apartamento. Ficta é aquela em que a entrega material da coisa é substituída por atitudes, ocorrendo por presunção, exemplo do locatário

que compra o imóvel e se torna proprietário (GOMES, 2001), que pode ser observada nos casos em que há legitimados para a aquisição da posse.

6.1 Legitimados para a aquisição de posse

O Código Civil de 2002 preceitua por quem a posse poderá ser adquirida:

a) a própria pessoa que a pretende ou por seu representante; ou b) por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

7 Art. 493. Adquire-se a posse: I - pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito; II - pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito; III - por qualquer dos modos de aquisição em geral. Parágrafo único. É aplicável à aquisição da posse o disposto neste Código, arts. 81 a 85.

Art. 1.205 A posse pode ser adquirida:

I – pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;

II – por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

Dessa maneira, conforma leciona Tartuce (2016, p. 947), “a posse pode ser adquirida pelo próprio sujeito que a apreende, desde que seja capaz; por seu representante legal; ou até por terceiro que não tenha mandato” desde que exista confirmação de poder.

6.2 Sucessão e transmissão da posse

A sucessão da posse, também é prevista no Código Civil, que dispõe quem são os legítimos destinatários. O artigo 1.207 determina que o sucessor universal continua de direito à posse do seu antecessor; e o sucessor singular é facultado a unir sua posse à do antecessor, para efeitos legais. Há duas categorias distintas no tocante à sucessão, a universal (caso de herança) e a singular (caso de compra e venda). No primeiro caso, a lei prevê continuidade; no segundo, a união de posses.

O que distingue a sucessão da união é o modo de transmissão da posse, sendo a título universal, há sucessão; sendo a título singular, há união. Não importa que a sucessão seja inter vivos ou mortis causa. Na sucessão causa mortis a título singular, a aquisição se objetiva pela forma da união. A sucessão de posses é imperativa; a união, facultativa, enquanto o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor, ao sucessor singular é facultado unir sua posse à precedente. Sendo, nesta última hipótese, uma faculdade, o possuidor atual só usará se lhe convier, limitando-se à sua posse quando do seu interesse. (GOMES, 2001, p.55).

Ainda no que diz respeito à transmissão da posse, o Código Civil dispõe que a posse se fará presumir, até prova contrária, das coisas moveis que nele estiverem, ou seja, havendo a transmissão da posse, ocorrerá também a transmissão dos bens que nele estiverem, por exemplo, bens móveis inseridos dentro de um imóvel (apartamento).

7 | PERDA DA POSSE

É perdida a posse quando cessa, até mesmo contra vontade do possuidor, o poder sobre o bem, estabelecido expressamente no Código Civil, em seu artigo 1.223. Isto é, quando cessarem os requisitos alusivos à propriedade, a posse findará e, com isso, será perdida. Também ocorrerá quando o possuidor deixar de exercê-la, o que pode ser relacionado ao abandono, tradição,

Art. 1.209. A posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem.

Decisão judicial, destruição da coisa ou ao constituto possessório. O artigo 520, do Código Civil de 1916, previa esses casos que atualmente não estão elencados no Código Civil de 2015 e servem como possíveis casos e efeitos geradores da perda da posse, elencados por Tartuce (2016, p. 950) e Gomes (2001, p. 55):

- i. Abandono da coisa: ocorre quando o titular da posse abandona por período indeterminado, não deixando pessoa responsável pelo bem. Neste caso muitas vezes ocorre a ocupação que, possivelmente, poderá caracterizar usucapião.
- ii. Tradição: é a entrega da coisa real, simbólica ou ficta. Meio de transferência de posse a outrem, que irá ocupar em seu lugar, sendo a posse do antecessor cessada após realização da transferência.
- iii. Destruição da coisa: ocorre quando o titular da posse perde por caso fortuito ou força maior.
- iv. Determinação judicial: o julgador afasta o possuidor considerando-o inapto a manter a posse para si, cessando por sentença decisória.
- v. Constituto Possessório: hipótese em que a pessoa possuía o bem em nome próprio e passa a possuir em nome alheio, sendo considerada forma de aquisição e perda de posse ao mesmo tempo.

Assim, de maneira análoga, é utilizado o Código Civil de 1916 por falta de expressa previsão legal dos casos de perda de posse no Código atual.

8 | TUTELAS POSSESSÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dentro desse contexto, faz-se necessário adentrar como o direito à posse é tutelado, pois, uma vez que o direito existe, é mister aplicá-lo. Desse modo, para o legislador, essa situação merece proteção específica.

A posse, como direito subjetivo que é, mereceu tratamento especial por parte do ordenamento jurídico, de maneira que, uma vez violada, nasce para o seu titular a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional com vistas ao restabelecimento do status quo ante, perturbado pela violência do esbulhador. (DONIZETTI, Elpidio, 2017, p. 961)

Para casos práticos, a avaliação da natureza jurídica é deixada de lado, pois o

importante é saber quais situações e de que forma terão proteção legal. É compreensível o interesse do Estado em manter a paz social, no que diz respeito a disponibilizar mecanismos processuais visando atender à coletividade, bem como da Constituição Federal, que ampara o possuidor a buscar, pelos meios tutelados, proteger sua posse, de forma que, preenchidos os requisitos legais, não viole e não ultrapasse limites estabelecidos em lei para interdito proibitório, manutenção ou restituição da posse.

Ao titular da posse, confere-se um direito subjetivo, um poder relativo à coisa em face da sociedade. A provisoriedade conferida pelas ações possessórias é justamente seu fato de importância. Na manutenção desse estágio fático, reside toda a grandeza do instituto (VENOSA, 1999, p. 86).

Assim, entende-se que a Justiça é direcionada, única e exclusivamente, aos órgãos do Judiciário. Ao ordenamento legal repulsa a ideia de justiça feita de mão própria. As ações possessórias estão à disposição do esbulhado ou turbado dentro do organismo do Estado (VENOSA, 1999), para que os cidadãos não sintam a necessidade de realizar justiça de mão própria.

8.1 Ações possessórias

As ações possessórias são espécies de procedimentos especiais, previstas as disposições gerais nos artigos 554 a 568, do Código de Processo Civil. Há três modalidades de ações: ameaça, turbação e esbulho; “O que as caracteriza é a pretensão do autor, de recuperar, conservar ou proteger a posse, objeto de agressões ou ameaças” (GONÇALVES, Marcos Vinicius, 2016, p. 812). Nas palavras de Elpídio Donizetti, (2017, p. 963), “Ações possessórias típicas são as de manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório. O cabimento de cada uma delas será determinado pelo tipo de ofensa perpetrada ao direito do possuidor”. As três correspondem a ofensas à posse, sendo a mais grave delas o esbulho, em que o possuidor é usurpado do poder de fato sobre a coisa, e a ação utilizada será a de reintegração. Em seguida, tem-se a turbação, menos gravosa que o esbulho. Nela, os atos praticados pelos agentes dificultam ao possuidor exercer sua posse, ou seja, há privação, e a ação empregada será a de manutenção. Por fim, será utilizado o interdito proibitório em casos de ameaça, no caso de fortes indícios de ameaça da posse. Dessa maneira, fica claro que “A ação, para ser qualificada de possessória, tem de estar fundada na posse do autor, que foi, está sendo, ou encontra-se em vias de ser agredida” (GONÇALVES, Marcos Vinicius, 2016, p. 812).

8.2 Fungibilidade das ações possessórias

O artigo 554, do Código de Processo Civil, dispõe: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados”, em virtude de quão difícil é apresentar com exatidão o nível de ofensa que a posse venha a sofrer. “Diante

da possível dúvida sobre a natureza da agressão à posse, o legislador houve por bem considerar fungíveis as ações possessórias. Ao fazê-lo, flexibilizou o princípio da adstrição do juiz ao pedido, permitindo que conceda medida diversa da postulada” (GONÇALVES, Marcos Vinicius, 2016, p. 812). Por exemplo, o possuidor é titular de um imóvel e, por meio de ameaças, percebe que este poderá ser invadido, o que faz com que ele ajuíze ação. Assim que ajuizada, tem a percepção de que o imóvel já havia sido invadido.

Ocorre que, no curso do processo, o esbulho é concretizado, deixando, assim, de ser simples ameaça. Nesse caso, provado o esbulho, a tutela adequada é, evidentemente, a reintegração de posse e não simplesmente a proibição à conduta ameaçadora, vez que a ofensa encontra-se consumada. (DONIZETTI, Elpídio, 2017, p. 968)

Ao juiz da ação, não é permitida a substituição de uma ação por outra, entretanto o artigo supramencionado autoriza ao juiz que decida o pleito possessório à melhor forma da proteção da posse.

8.3 Interdito proibitório

O interdito proibitório tem caráter preventivo, sendo a ação possessória concedida ao possuidor destinada a impedir que se efetivem atos de ameaça à posse que posteriormente possam se tornar turbação ou esbulho. “Caracteriza-se a ameaça quando há fundado receio de que a posse seja turbada ou esbulhada” (DONIZETTI, 2017, p. 963).

No mesmo diapasão, Elpídio Donizetti destaca que, “a guisa de exemplo, tem-se por configurada a ameaça quando o ofensor se posiciona defronte ao imóvel portando objetos e máquinas que façam presumir a invasão”. Assim, a ameaça de esbulho ou turbação é caracterizada por atos concretos, ou seja, não basta levantar hipóteses de possíveis atos, deve-se demonstrar a real proximidade do esbulho ou turbação por meio de provas objetivas.

O Código de Processo Civil⁹ entende que a simples ameaça à posse é suficiente para a caracterização de violação de direito, pois a decisão que concede o interdito proibitório proíbe o réu de praticar a violência, cominando pena pecuniária caso este descumpra a decisão. Destaque-se que, quando há “ameaça não há atos materiais concretos, mas o agressor manifesta a intenção de consumir a agressão. Se ele vai até a divisa do imóvel, e ali se posta, armado, com outras pessoas, dando a entender que vai invadir [...]” (GONÇALVES, Marcos Vinicius, 2016, p. 814).

Porém, como visto acima, em decorrência da fungibilidade da ação possessória, se no decorrer do processo ocorrer turbação ou esbulho, o juiz poderá conhecer o pedido e outorgar a proteção legal correspondente à situação.

8.4 Ação de manutenção de posse

A manutenção de posse é ação possessória concedida ao possuidor em caso de turbação, ou seja, àquele que tem sua posse prejudicada por meio de atos violentos, que

não lhe causam a efetiva perda; conforme dispõe o artigo 560, do Código de Processo Civil: “possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho”.

Nesse sentido, o autor deverá provar sua posse, turbação, data da turbação e continuação da posse, embora turbada, pois se trata de interesse do autor manter para si a posse, conforme prevê o Código de Processo Civil, em seu artigo 561:

Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

Os atos de turbação podem ser positivos, quando se tratarem de invasão de parte do imóvel ou implantação de demarcações, ou ainda poderão ser negativos, quando os atos de turbação impedirem o possuidor de praticar certos atos, como, por exemplo, utilizar-se do caminho para chegar até o imóvel.

9Art. 567. O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito.

Se a ação for proposta dentro de um ano e dia, caberá ação de força nova, seguindo o rito especial. Excedido o prazo de ano e dia, caberá ação de força velha, conforme o procedimento comum.

AGRAVO INTERNO E AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO CONJUNTO. INSURGÊNCIA AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE CONTRA O INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR DE MANUTENÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ARTIGO 561 DO CPC PROVA DOCUMENTAL AMPARADA PELADEMONSTRADOS. PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DE AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A agravante demonstrou satisfatoriamente os requisitos elencados no artigo 561 do CPC, tanto é que o Juízo singular reconheceu na decisão agravada estar demonstrada a posse anterior da agravante bem como a ocorrência da turbação. 2. Os depoimentos colhidos em audiência demonstram tanto a posse da agravante quanto de seus antecessores sobre o imóvel, bem como que quando da venda da área para a agravante, não havia qualquer ameaça ou esbulho praticado na propriedade. 3. A turbação é datada de 16/07/2018 e é comprovada pelas fotografias juntadas no mov. 1.22 a 1.24 dos autos originários, bem como pelos boletins de ocorrência, em especial o juntado no mov. 1.13, em que a equipe policial

esteve na propriedade da agravante e constatou a presença do agravado Irani Roberti extraindo “toras” do local. Logo, há sim prova que demonstra que a turbação foi praticada pelos agravados, em especial por Irani Roberti estar extraindo madeira daquela área, fato este não impugnado pelos agravados. (TJPR - 18ª C. Cível - 0037250-22.2018.8.16.0000 - Morretes - Rel.: Desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea - J. 12.12.2018)

Desse modo, percebe-se que os tribunais de nosso país vêm decidindo dessa maneira, como visto na ementa apresentada acima.

8.5 Ação de reintegração de posse

A reintegração de posse é a ação possessória cabível em casos de esbulho. O esbulho subsiste quando o possuidor fica privado de sua posse, de maneira injusta. É a mais rígida das agressões pois se caracteriza pela violência, precariedade ou clandestinidade. Esbulhado, poderá o possuidor se valer desta ação, que tem por objetivo específico a recuperação do bem.

Conforme leciona Gomes (2001, p. 91), “a pretensão do possuidor esbulhado pode dirigir-se contra o autor do esbulho ou contra terceiro que recebeu a coisa sabendo que era esbulhada”.

Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I- a sua posse;

II- a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

25

O esbulho será total ou parcial, bastando apenas que parte do poder sobre a coisa seja evidente. Por exemplo: “se A esbulhar o imóvel de B e ocupar 5.000m² de um total de 10.000m² de área total, B ajuizará ação de reintegração de posse, posto privado parcialmente de exercer sua condição de possuidor sobre aquela parcela do imóvel”, exemplificam Farias e Rosenvald (2017, p. 210).

Assim sendo, o esbulho ocorre não somente mediante atos de violência, mas também na clandestinidade, como, por exemplo, o vizinho de uma fazenda que altera os limites de forma clandestina a fim de aumentar suas terras, tomando parte das de outrem, e, também, de forma precária, como, por exemplo, com o fim de contrato de locação de um veículo, há recusa na devolução do bem.

8.6 Embargos de terceiro

Trata-se de ação cabível para quem, não sendo parte em processo, sofre turbação

ou esbulho em sua posse advinda de atos judiciais como a penhora, arresto, sequestro, apreensão, entre outros, conforme prevê o Código de Processo Civil:

Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843 ;

II - o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;

III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

IV - o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

Nas palavras de Venosa (1999, p. 105), “em razão de sua natureza, os embargos de terceiro são sempre decorrentes de outro processo judicial. Tanto que a ação deve ser distribuída por dependência, correndo perante o mesmo juízo que determinou o ato constitutivo”. São legítimos para propositura aqueles que não forem parte no processo principal, acarretando a característica de “terceiro”.

9 | CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise de todo o instituto da posse e suas particularidades, abrangendo o entendimento necessário para a criação de opinião própria.

No decorrer do trabalho, verificou-se que as teorias de Savigny e Ihering foram cruciais na criação do instituto no ordenamento jurídico. Para essa conclusão, apoiou-se em doutrinas que tratavam apenas da história da posse.

A doutrina mostrou-se divergente quanto à nomenclatura Direito das Coisas e Direitos Reais, e esta pesquisa trouxe os critérios utilizados pelos doutrinadores que defendem cada uma dessas nomenclaturas. Com isso, concluiu-se que, apesar da divergência doutrinária em relação aos termos que são variáveis conforme o autor que a leciona, o termo Direito das Coisas é o mais utilizado pela maioria.

A priori, relatou-se apenas a construção histórica, com todas as suas particularidades

e princípios, seguido, assim, das classificações e espécies que são utilizadas no ordenamento jurídico atualmente, contendo todas as informações úteis e necessárias para o entendimento da matéria abordada.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da Função Social da Posse: E sua consequência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BESSONE, Darcy. Da posse. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 Setembro. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei Nº 13.105, DE 16 de Março de 2015.. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 8 Setembro. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: versão atualizada até a Emenda n. 102/2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 outubro. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ (TJPR). Agravo de Instrumento 0037250.22.2018.8.16.0000. Curitiba, PR. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007357251/Acórdão-0037250-22.2018.8.16.0000#>> Acesso em: 18 outubro. 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 10ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Reais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. GOMES, Orlando. Direitos Reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil. Esquemático. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Posse, possessória e usucapião. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito das Coisas. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito Civil: Sistematizado. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PUCCINELLI JUNIOR, André et al. Manual de Direito Civil: Volume único. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direitos Reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WRUBLESKI, Antonio Francisco. Ações Possessórias: Defesa da posse e a primazia do direito fundamental à moradia. 2018. 95 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário Unicuritiba, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/ANTONIO-FRANCISCO-WRUBLESKI.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Assédio moral 101, 102, 103, 104, 105, 106

C

Competência 3, 20, 26, 50, 51, 52, 53, 54, 59, 60, 93

Contrabando de migrantes 11, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24

D

Direito 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 33, 34, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 82, 87, 89, 90, 91, 92, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127

Direito constitucional 10, 34, 61, 62, 65, 74, 75, 97, 99, 127

Direito penal 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 23, 25, 44, 49, 57, 59, 60, 61, 62

E

Ecológico 29, 33, 76, 81, 82

Enfrentamento 101, 102, 103, 104, 105

Ética ambiental 76, 87

H

Homofobia 50, 51, 52, 53, 56, 57, 60

I

Inteligência artificial 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10

J

Judicialização da saúde 63, 70, 73

Justiça administrativa 88, 89, 97, 98, 100

M

Maioridade penal 35, 36, 42, 43, 47, 48, 49

Meio ambiente 66, 76, 77, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 96, 127

N

Natureza 3, 11, 13, 21, 26, 29, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 84, 85, 86, 87, 90, 100, 102, 115, 119, 121, 124

P

Perspectiva 5, 11, 13, 24, 31, 35, 36, 42, 47, 67, 71, 74, 80, 102

Poder judiciário 2, 9, 51, 52, 53, 54, 63, 64, 65, 70, 72, 73, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 106

Prevenção 13, 92, 100, 101, 104, 105, 106

R

Racismo 50, 51, 52, 53, 57, 59, 60, 61

S

Saúde 39, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 80, 101, 103, 104

Sentença condenatória 25, 26, 30, 31, 32, 34

Supremo Tribunal Federal 4, 9, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 43, 50, 51, 52, 53, 54, 58, 59, 60, 61, 73

T

Tribunal do júri 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 34



O DIREITO 2 EM PERSPECTIVA 2

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora
Ano 2022



O DIREITO 2 EM PERSPECTIVA 2

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora
Ano 2022