

REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS APLICADAS

UNIG
UNIVERSIDADE NÍQUA



Volume 2, número 2, Jul-Dez, 2019

ISSN: 2594-8768

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, FaCJSA

Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicada

EDITOR GERAL

- Dra. Anna Beatriz Esser dos Santos, UNIG - RJ, Brasil

CONSELHO EDITORIAL

- Dr. Aldo Antônio Azevedo, UNB - BR, Brasil
- Dr. Arthur Luís Pereira Torres, PUC - RS, Brasil
- Dra. Carolina Montolli, FJP/APM - MG, Brasil
- Dra. Fabiana Junqueira Tamaoki, AET/UNIMAR - SP, Brasil
- Dr. Fábio Fernandes Neves Benfatti, FPL - PR, Brasil
- Dr. Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino, UNOPAR - PR, Brasil
- Dr. Gilvan Luiz Hansen, UFF-RJ, Brasil
- Dra. Ieda Rubens Costa, FACH/CAMBURY - GO, Brasil
- Dra. Luciana de França Oliveira Rodrigues, UNIABEU/UNIG - RJ, Brasil
- Dra. Maria Alice Chaves Nunes Costa, UFF-RJ, Brasil
- Dra. Margareth Pereira Arbués, UFG/UNIP - GO, Brasil
- Dra. Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho - PUC-GO, Brasil
- Dr. Ricardo Tonassi, UFRRJ - RJ, Brasil
- Dr. Sandro Marcos Godoy, AET/UNIMAR-SP, Brasil
- Dr. Thiago Rodrigues Pereira, UCP/UNILASSALE - RJ, Brasil

CONSELHO CONSULTIVO

- Msc. Amanda Pessoa Parente, UNIABEU/UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader, UNIG - RJ, Brasil

- Esp. Carolina Freixo Pinheiro Cavalcante Gondim Daumas, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Cesar Alexandre Barbosa, UNIABEU/UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Eliane Ferreira de Souza Ribeiro, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Flávia Emília Silva de Oliveira, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Lúcia Regina Merlin, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Mayra Lima Vieira, UNIABEU/UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Michelly Brandão Reis, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Rodrigo Bandeira Marra, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Tereza Fernanda Marstuscello Papa, UNIG - RJ, Brasil
- Msc. Washington Luiz Aquino Ferreira, UNIG - RJ, Brasil

REVISOR

- Msc. Monica Saad, UNIG, RJ, Brasil

Ao Público Leitor,

Apresentamos o volume 2, número 2, Jul-dez, 2019 da Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, periódico eletrônico da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, da Universidade Iguazu.

Na seção “Artigos”, apresentamos quatro trabalhos provenientes de pesquisas concluídas de pesquisadores graduados e pós-graduados na área do Direito.

O primeiro artigo, de autoria de Michelle Nascimento Babo de Mendonça, **Grupos de extermínio na Baixada Fluminense e milícia no Rio de Janeiro** objetiva diferenciar os termos “milícia” e “grupos de extermínio” e mostrar as aproximações e afastamentos que esses grupos tiveram na Baixada Fluminense.

O segundo artigo, de autoria de Maria Manuela Martins Pinto, **O envelhecimento populacional: breve abordagem sociojurídica** busca explorar questões relativas aos modelos das políticas sociais voltadas para o envelhecimento. Irá, igualmente, refletir sobre um novo conceito e prática de cidadania, no qual seja possível reconhecer e assumir a velhice com sentido de pertencimento.

O terceiro artigo, de autoria de Isabel Cristina Ribeiro dos Reis, **A mediação familiar como instrumento de solução de conflitos nas relações familiares previstas no novo Código de Processo Civil e as alternativas existentes no Direito Comparado**, objetiva verificar sobre a aplicação do instituto da mediação na resolução de conflitos no âmbito de família de diversos países, a coexistência dessas normas no continente europeu, que integra características do *civil law* com o *common law* e um panorama da utilização da mediação judicial na resolução de conflitos familiares, introduzida pelas normas do Novo Código de Processo Civil, no ordenamento jurídico brasileiro.

À seção seguinte, são apresentados alguns dos Trabalhos de Conclusão de Curso defendidos na Universidade Iguazu no 1º semestre de 2019. Todos os artigos são de alunos indicados para publicação que receberam nota máxima pela banca de defesa dos trabalhos finais e, posteriormente, submeteram seus trabalhos para a avaliação desta revista. Estão publicados os artigos dos alunos Débora Silva de Oliveira, Glaucia de Assis

Marcello, Larissa de Jesus Santos, Mara Betânia Santos Costa, Misraïne Marinho Floriano, Thais Azevedo Marins e Rodrigo Lebeis Pires.

Desejo a todos uma boa leitura!

Profª Drª Anna Beatriz Esser dos Santos.

Editora – Chefe

Ps.: Esta edição foi republicada em dezembro de 2020, quando da migração da revista para o site oficial da Universidade Iguçu. Por este motivo, a numeração de páginas das versões pode ter se alterado.

**GRUPOS DE EXTERMÍNIO NA BAIXADA FLUMINENSE E
MILÍCIA NO RIO DE JANEIRO**

**EXTERMINATION GROUPS IN BAIXADA FLUMINENSE AND
MILICIA IN RIO DE JANEIRO**

Michelle Nascimento Babo de Mendonça¹

RESUMO

O presente trabalho visa dar início a uma breve reflexão para a diferença dos termos “milícia” (que se tornou conhecido, passando a ser muito utilizado, em especial, após a conclusão do relatório extraído dos resultados obtidos na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, liderada pelo então deputado estadual Marcelo Freixo) e “grupos de extermínio” que atuaram com veemência, especialmente entre as décadas de 1960 e 1990 na Baixada Fluminense. A partir da observação da autora sobre a existência de questionamentos a respeito dos antigos Grupos de Extermínio na região da Baixada Fluminense e de sua possível continuidade com as milícias da capital, o presente artigo pretende informar de forma breve sobre a construção desses grupos e seu desenvolvimento, com a finalidade de demonstrar que tais grupos têm em seu *modus operandi* sua caracterização particular.

Palavras-chave: Baixada Fluminense. Milícia. Grupo de Extermínio.

ABSTRACT

The present work aims to begin a brief reflection on the difference between the terms "militia" (which became well known and became widely used, especially after the conclusion of the report drawn from the results of the Parliamentary Inquiry Commission (PIC) aimed at investigating the actions of militias in the State of Rio de Janeiro, led by then-state deputy Marcelo Freixo) and "extermination groups" who acted vehemently, especially between the 1960s and 1990s in the Baixada Fluminense. Based on the author's observation about the existence of inquiries regarding the former Extermination Groups in the Baixada Fluminense region and their possible continuity with the militias of the capital, this article intends to inform briefly about the construction of these groups and their development, with the purpose of demonstrating that such groups have in their *modus operandi* their particular description.

Keywords: Baixada Fluminense. Militia. Extermination Group.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ / IM), pós-graduanda em Criminologia e Segurança Pública pela Universidade Iguazu UNIG) e mestranda no Programa de Pós-Graduação em Justiça e Segurança na Universidade Federal Fluminense (PPGJS / UFF).

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como tema a breve reflexão a respeito do uso dos termos “milícia” e “grupos de extermínio”, afim de discutirmos brevemente sobre os grupos de extermínio que fizeram fama nas décadas de 1960 a 1990 na Baixada Fluminense bem como a atuação das Milícias no Rio de Janeiro, uma vez que lendo entrevistas, relatórios e pesquisas sobre cada tipo específico, percebemos que é difícil diferenciá-los tendo em vista a similaridade na maneira como cada grupo opera para alcançar suas finalidades.

1. Grupos de Extermínio na Baixada Fluminense

A Baixada Fluminense hoje é composta pelos municípios de Belford Roxo, Duque de Caxias, Guapimirim, Itaguaí, Japeri, Magé, Mesquita, Nilópolis, Nova Iguaçu, Paracambi, Queimados, Seropédica e São João de Meriti.

Atravessou diferentes períodos na sua economia que foram decisivos para o arranjo dos municípios que a compõem. Escoou a produção agrícola do interior do estado, ao fim do Império e início da República Velha, através de sua rede fluvial que desemboca na Baía de Guanabara; passou pelo crescimento populacional e de circulação de serviços do Rio de Janeiro, experimentando a imensa concentração de pessoas sob seus limites que serviam como mão-de-obra para a capital (RODRIGUEZ et al 2018, p. 11).

Este processo, que durou mais de cem anos, ainda passou pelo período de lucro através do cultivo de laranjas. “O ciclo da laranja fez com que Nova Iguassú ficasse internacionalmente conhecida, inspirando inclusive ao poeta Jarbas Cordeiro dar-lhe o título de *Cidade Perfume*.” (PEREIRA, 2003, p. 27).

Porém, a partir do século XX, definitivamente tornou-se uma região de cidades dormitórios passando a figurar na imagética popular enquanto um local com alta concentração de incidentes criminais violentos.

Neste sentido, a Baixada Fluminense tem, em sua história, uma característica peculiar quanto aos temas relacionados à violência: a existência de grupos de criminosos espalhados por seu território que se relacionam com determinados segmentos da sociedade formal. Segundo o professor José Cláudio de Souza Alves:

Talvez o fato mais antigo relacionado à questão da milícia tenha sido um grande saque ocorrido na Baixada Fluminense no dia 5 de julho de 1962, quando as grandes confederações e centrais de trabalhadores

fizeram uma greve contra o governo João Goulart, contestando a indicação que ele fizera para primeiro-ministro, o Francisco Brochado da Rocha, no breve período em que o parlamentarismo vigorou no país. Nesse dia, os trabalhadores se aglutinaram na Praça do Pacificador, em Duque de Caxias. Parte dessa população concentrada saqueou dois mil estabelecimentos comerciais, numa ação que chegou a outros municípios, como São João de Meriti e Nova Iguaçu. No total 42 pessoas morreram, e mais de 700 ficaram feridas. Naquele momento, em Caxias, um grupo de jovens de classe média pegou em armas para proteger os comerciantes dos saqueadores. Esse foi o primeiro fenômeno que chama atenção pelo uso da violência de forma privada para proteção de determinados grupos. (JORNAL DO BRASIL, 2019)²

Sob este aspecto, com a suposta finalidade de manter “bandidos” afastados dos locais e grupos que estivessem sob sua proteção, é importante ressaltar que os grupos de extermínio surgem quase sempre em função da ausência ou inatividade do Estado.

Assim, podemos dizer que os grupos de extermínio iniciam enquanto grupos que usam da violência para solucionar conflitos locais – o que é dever do poder público - de maneira privada.

Posteriormente, a Associação Comercial e Industrial de Duque de Caxias se reuniu com um interlocutor do então governador do estado, Celso Peçanha, a fim de propor doar o salário, a viatura e o espaço físico para a polícia proteger os interesses deles na cidade. Embora a ideia não tenha ido à frente, ela soa como uma lógica que moveria os grupos de extermínio no fim dos anos 1960. E mostra uma apropriação privada do setor público a partir dos interesses de certos grupos. (JORNAL DO BRASIL, 2019)

Por ocasião da ditadura militar - a partir do golpe de 1964 no Brasil - a operação dos grupos de extermínio torna-se facilitada. Com a apologia de combate aos inimigos do regime se origina o Esquadrão da Morte: organizações não formais dentro das organizações formais de segurança pública do Estado (paramilitar), em especial na Polícia Militar, que surgem no final dos anos 1960. “Começou no antigo estado da Guanabara comandado pelo detetive Mariel Mariscot, um dos chamados ‘12 Homens de Ouro da Polícia Carioca’”³.

²SOCIÓLOGO CONTA COMO OS MILICIANOS CHEGARAM AO RIO. Jornal do Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.jb.com.br/index.php?id=/acervo/materia.php&cd_matia=898475&dinamico=1&preview=1>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

³ ESQUADRÃO DA MORTE (BRASIL). Wikipedia, 2019. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Esquadr%C3%A3o_da_Morte_\(Brasil\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Esquadr%C3%A3o_da_Morte_(Brasil))>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

Não podemos esquecer a inclusão de civis nestes grupos ao longo dos anos 1980, bem como o financiamento por parte do empresariado. Desta forma, com a redemocratização, ocorre a ascensão de lideranças às esferas administrativas e legislativas na década de 1990, uma vez que civis podiam se candidatar às eleições; mais uma maneira de fazer com que os grupos de extermínio perpetuassem seu exercício de poder, ligando políticos à sua “corporação”.

Diante do exposto, podemos perceber que os grupos de extermínio na Baixada Fluminense dão o tom do que vem a ser a milícia no Rio de Janeiro nos moldes que conhecemos atualmente, que se diferencia pelo “leque de serviços que eles abrem além da execução sumária e da segurança” (AGÊNCIA PÚBLICA, 2019)⁴.

1.1 Milícias no Rio de Janeiro: exportando um modelo da Baixada Fluminense

Ainda de acordo com o professor José Cláudio de Souza Alves, a organização atual do que temos como milícia hoje tem suas bases “nos anos 1995 a 2000, grosso modo, um período de emergência dessas ocupações urbanas de terras” (AGÊNCIA PÚBLICA, 2019).

A polícia do Rio de Janeiro, na década de 1990, compreendendo a dinâmica e a lógica das facções de traficantes de drogas, passa a atuar de maneira semelhante a elas no tocante ao controle territorial.

A partir dessa experiência acumulada no Rio de Janeiro e do know-how adquirido na Baixada Fluminense, é que se deve contextualizar o surgimento das milícias em Rio das Pedras. É uma espécie de superação desses dois modelos. Rio das Pedras nos fala de comerciantes que financiam um grupo de policiais civis e militares para proteger aquela comunidade contra a entrada do tráfico. Começou-se a ter aí uma fusão de elementos. Já estamos nos meados dos anos 1990. A partir deste momento, experiências similares a essa passam a ocorrer em outros lugares da metrópole. Temos, assim, exemplos de milícias surgindo quase simultaneamente na Zona Oeste do Rio e na Baixada. Trata-se de uma grande rede na Região Metropolitana então tomando forma. Hoje, temos um novo modelo. (JORNAL DO BRASIL, 2019)

⁴ NO RIO DE JANEIRO A MILÍCIA NÃO É UM PODER PARALELO. É O ESTADO. Agência Pública, 2019. Disponível em: https://apublica.org/2019/01/no-rio-de-janeiro-a-milicia-nao-e-um-poder-paralelo-e-o-estado/?utm_source=Republicadores&utm_campaign=b197034467-EMAIL_CAMPAIGN_2019_01_28_05_31&utm_medium=email&utm_term=0_069298921c-b197034467-288596577.

Uma das localidades do estado do Rio de Janeiro mais conhecida pela atuação de milícias é a região de Rio das Pedras, na Zona Oeste, onde comerciantes deram início ao financiamento de policiais civis e militares para que ali não se instalasse o “tráfico”.

Se formando em comunidade pobres e precarizadas, as milícias “organizaram” essa ocupação da terra, loteando terrenos e vendendo para quem desejava morar ali. Em conjunto, também ofereceram – e cobraram por isso - “segurança” e “ordem” aos moradores em combate ao “tráfico”, transporte alternativo, gás e instalação clandestina de tv a cabo (serviços dos mais conhecidos entre comunidades ocupadas por milícias). Tudo através do controle armado.

De acordo com Ignácio Cano, no conhecido documento originado a partir da “CPI das Milícias”, presidida pelo então deputado estadual Marcelo Freixo, temos uma definição pontual:

1. controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular;
2. o caráter coativo desse controle;
3. o ânimo de lucro individual como motivação central;
4. um discurso de legitimação referido à proteção dos moradores e à instauração de uma ordem;
5. a participação ativa e reconhecida dos agentes do Estado.⁵

Ainda, foi possível perceber o apoio popular à milícia porque além desta surgir com o discurso de contraposição ao “tráfico” e oferta de “proteção” e “serviços” que o Estado não prestava, ninguém poderia fazê-lo melhor do que os próprios agentes de segurança pública estatais; são integradas por policiais militares, policiais civis, bombeiros dentre outros. “Essa divulgação é importante porque traz o diferencial das milícias em relação às quadrilhas de traficantes”.⁶

Porém, com o decorrer do tempo, a mesma população percebeu que, por sua vez, não podiam se contrapor à milícia de forma alguma, sob a certeza do sofrimento de fortes represálias, como expulsão da comunidade e, até mesmo, assassinato.

1.2 Grupo de Extermínio X Milícia

⁵ FREIXO. Marcelo Freixo, 2019. Disponível em: <<https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias>>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

⁶ Idem.

Uma pergunta que motiva este pequeno escrito diz a respeito das possíveis diferenças entre os grupos supracitados, porém, ao longo da pesquisa, foi possível perceber suas prováveis ligações.

Ambos são grupos que usam a violência de forma privada (sem intervenção de instituições do Estado) com a finalidade de resolver conflitos privados (entre particulares), financiadas por particulares, sob a justificativa de afastar “criminosos” e “proteger” quem precisa e composta por agentes de segurança pública do próprio Estado, quando este se figura ausente.

Ambas, ainda, com o passar do tempo, também puderam contar com o respaldo de agentes políticos nas casas legislativas, em especial os grupos de extermínio no período de redemocratização – uma vez que se consolidam no período ditatorial brasileiro.

Os grupos de extermínio na Baixada Fluminense se originam dentro dos próprios setores da segurança institucional a partir da permissividade de apropriação do público pelo privado.

Desta forma, se desenvolvem tendo como estrutura fundamental, então, a dominação política local, de forma que a violência em alto grau era usada para manutenção de poder.

Esta base permite em larga escala o uso de execuções sumárias para sua consolidação e para a manutenção das relações com os demais lugares de detenção de poder.

(...) modelo de dominação política calcado na organização de uma estrutura de execuções sumárias e de implementação da violência cuja finalidade última seria a perpetuação de grupos específicos no poder local e de suas relações com as demais esferas de poder (ALVES, 1998).

As milícias, nos moldes constituídos a partir da década de 2000 - apesar de sua constante modificação, tendo em vista a possibilidade de variação de acordo com a localidade - oferece uma forma operacional típicas de organizações criminosas, efetuando práticas ilegais visando a obtenção de lucro financeiro derivados da extorsão de moradores das áreas dominadas.

Desenvolvem-se com o agrupamento de policiais, bombeiros, guardas municipais, vigilantes, agentes penitenciários e militares das forças armadas, tanto os da ativa quanto os que estão fora de serviço.

Ainda, é interessante comentar que muitos milicianos são moradores das comunidades dominadas por eles e têm o apoio de políticos e líderes comunitários da região.

Inicialmente, com a promessa de garantir a segurança contra “traficantes”, os milicianos começaram a amedrontar e extorquir tanto moradores quanto comerciantes, cobrando por uma “contribuição” de proteção, como um “imposto”. Ainda, através do controle armado e intimidatório - uma vez que seus integrantes são policiais militares, civis e bombeiros em sua maioria, ou seja, servidores do Estado que efetivamente trabalham na segurança pública - , controlam o fornecimento de muitos serviços aos moradores, como a venda de botijões de gás e assinaturas de tv à cabo, por exemplo, que são os mais conhecidos por nós.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a partir de uma breve contextualização histórica, percebemos muitas semelhanças entre ambos os tipos de grupos criminosos.

Porém, somos capazes de observar distinções que são importantes da constituição e no desenvolvimento de cada um, com um *modus operandi*, motivação e lógicas muito próprias em cada período de constituição e desenvolvimento.

Percebemos que, a princípio, o que tivemos na Baixada Fluminense, historicamente, são grupos de extermínio que trabalhavam com a lógica da execução sumária de “adversários” com a finalidade de manutenção tanto do domínio local quanto da relação deste com poderes “extra-locais”, se beneficiando da incursão de civis em sua composição que possuíam articulações e posições políticas bem demarcadas para a produção de poder o território.

De outra forma, a milícia não nasce seguindo a lógica de execução sumária a princípio – mas, não podemos olvidar que a execução é forte instrumento de milícias - mas a de dominação territorial e populacional pelo uso da coerção em muito causada pelo *status* de seus componentes, assumidamente agentes públicos, tendo como finalidade única de obtenção de lucro para si.

Por fim, conseguimos compreender que ambas se conectam estreitamente a partir da década de 1990, quando policiais militares agregam o *know-how* apreendido na Baixada Fluminense com os grupos de extermínio ao modo de agir em conjunto firmado

com o “tráfico” no Rio de Janeiro, resultando numa “superação” de ambos os modelos de atuação, qual seja, a milícia atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, J. *Baixada Fluminense: A Violência Na Construção Do Poder*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Sociologia, Rio de Janeiro. 1998.

PEREIRA, Paulo Cezar. *De Iguassú a Nova Iguaçu*. Rio de Janeiro. Prefeitura da Cidade de Nova Iguaçu / Secretaria de Cultura e Turismo / SABCINI – Sociedade de amigos da biblioteca da Cidade de Nova Iguaçu – Prof. Cial Brito. 2ª ed. 2003.

RODRIGUEZ, A., ALBERNAZ, E., ÁGUIDA, J., MARINHO, L., GUILHERME, R. *Homicídios na Baixada Fluminense: Estado, Mercado, Criminalidade e Poder*. Rio de Janeiro, Comunicações do ISER, Número 71, 2018.

O ENVELHECIMENTO POPULACIONAL: BREVE ABORDAGEM SÓCIO-JURÍDICA

Maria Manuela Martins Pinto¹

RESUMO

O envelhecimento generalizado, que pode envolver multigerações num mesmo espaço familiar, é uma realidade originada na maior expectativa de vida, atrelada ao desenvolvimento de tecnologias preventivas e curativas e tendente a expansão. Na contemporaneidade, que espelha um mundo globalizado que une, mas também produz incontável capacidade excludente, atinge em cheio as mulheres. Essa realidade que bate à porta com urgência, propõe à política e ao direito novas questões ao mesmo tempo que mostra sua relevância. Neste trabalho, buscamos chamar atenção para alguns problemas que os modelos empregados nas políticas sociais e no direito atualmente, ainda não solucionam. Para eles é necessário construir um novo conceito e prática de cidadania, um conceito e prática dentro do qual seja possível reconhecer e assumir a velhice com sentido de pertencimento.

Palavras-Chaves: Envelhecimento populacional, Políticas assistenciais e Pertencimento, Gênero.

ABSTRACT

The generalized aging, that can involve multigenerations in the same family space is a reality originated in the greater life expectancy, linked to the development of preventive and curative technologies and tending to expansion. In contemporaneity, which mirrors a globalized world that unites but also produces countless excludable capacity, it reaches women in full. This reality that urgently knocks the door, proposes to politics and law new questions while showing its relevance. In this work we seek to draw attention to some problems that the models used in social politics and in the law currently, still do not solve. For them it is necessary to construct a new concept and practice of citizenship, a concept and practice within which it is possible to recognize and assume old age with a sense of belonging.

Key Words: Population Aging, Care Policies and Belonging, Gender.

¹ Professora Universitária, Mestre em Direito Público-UFG, Mestranda em Ciências Sociais-UFRRJ

INTRODUÇÃO

Em uma perspectiva sociofilosófica podemos dizer que a política e o direito são ferramentas culturais que foram sendo construídas no decorrer da história com a finalidade de resolver as demandas que a convivência humana produz. Partindo dessa perspectiva, podemos depreender que vivemos em uma sociedade dentro da qual os seres humanos intercambiam, para o bem ou para o mal, aspirações, desejos, posições, fraquezas, poder e afetos, que vão nos constituído como sujeitos e objetos dela mesma.

A política e o direito, além de apontarem a dimensão interpessoal na qual se constitui nossa identidade como seres humanos, nos indicam qual lugar ocupamos dentro desse espaço de troca e acúmulo. Tais sistemas - político e direito - também se apresentam como ferramentas distintas e com sujeitos, poderes, objetos, fins e recursos que lhes são próprios. Todos esses elementos se compatibilizam, completam ou articulam, mas, também e, ao mesmo tempo, se contrapõem, competem ou se dissociam, num delicado jogo de equilíbrio do diverso. Não existe uma via de acesso única para esse universo de interesses e de procedimentos que a política e o direito habita.

Nesse contexto, a política e o direito, muitas vezes se veem afrontados pela realidade social que apresenta novos esquemas que nela se fundem, sejam esses esquemas, redes familiares, mercados informais, alianças, estruturas demográficas etc., demandando novas respostas dessas instituições. O envelhecimento populacional e o aumento da expectativa de vida operam nesse limiar de novas demandas.

O envelhecimento generalizado e, mais, multigeracional², é, sem dúvida, parte significativa de uma realidade que está atrelada ao desenvolvimentos de tecnologias preventivas e curativas e tendente a expansão. Na contemporaneidade, que espelha um mundo globalizado que une, mas também produz incontável capacidade excludente, o envelhecimento da população propõe à política e ao direito novas questões ao mesmo tempo que mostra sua relevância.

Neste trabalho buscamos chamar atenção para alguns problemas que os modelos empregados nas políticas sociais e no direito atualmente, ainda não solucionam. Para eles

² Já se encontra com relativa facilidade pessoas idosas cuidado de outra pessoa mais idosa. Não é incomum, termos filhos com mais de 60 anos cuidado dos pais em torno dos 80 anos ou mais.

é necessário construir um novo conceito e prática de cidadania, um conceito e prática dentro do qual seja possível reconhecer e assumir a velhice com sentido de pertencimento.

1. A Política e o Direito vinculados a velhice

Ao longo da história, a política e o direito foram definindo seus territórios e se vincularam a realidade social e sua dinâmica. Da mesma maneira, se vincularam as exigências distributivas, derivadas dos diversos critérios de justiça que cada pessoa e cada setor vão reclamando para si e, ainda, as respostas institucionais que vão contribuindo, tanto a partir do Estado, como da sociedade civil, que vão forjando diversos conceitos de cidadãos.

Dessa maneira, com o advento do Estado-Nação moderno, modelos de vinculação entre a política e o direito foram se sucedendo dando lugar a distintas vias de acesso a procedimentos distributivos e de intercâmbio que justificam a configuração do espaço de cada um, tanto como o da própria sociedade. Podemos apontar, o modelo liberal, o modelo assistencial e o modelo do bem-estar.

O modelo liberal que nasce a partir do final século XVII, tem como demandas principais o reconhecimento da liberdade, da propriedade e da participação política como ideia central de justiça. Esses princípios originaram o Estado Liberal que produziu um direito que protegia unicamente os direitos civis e políticos da pessoas abstratamente consideradas.

Já o modelo assistencial que se desenvolve no século XIX, vem atrelado ao desenvolvimento econômico e as tecnologias que surgem com a Revolução Industrial. Aí também se originaram os fenômenos do operariado, da urbanização e da concentração do capital. (POLANIY, 2000). Neste contexto sociológico, as exigências distributivas se deslocaram para oportunidades de trabalho, respeito as minorias e igualdade material.

As respostas institucionais para esses cenário, foram configurando o Estado Social, que propunha um direito igualitarista, o desenvolvimento da seguridade social e uma cidadania de classe.

O modelo de bem-estar social veio após as Guerras Mundiais e, em especial, depois da Segunda Guerra Mundial. Durante a década de 50 do século XX, o envelhecimento da população começa a ser um fenômeno generalizado nos países industrializados dando origem a novas exigências de justiça distributiva, em especial, melhoria na proteção de grupos vulneráveis.

Há um esforço para gerar condições jurídicas mínimas para garantir o respeito aos direitos de todas as pessoas idosas, mediante a construção de normas que obrigam os Estados nacionais a sua observância. Entre esses instrumentos encontramos a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabelece direitos fundamentais como a igualdade e a proibição a discriminação, o direito a seguridade social e condições adequadas de vida; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966 que reconhece implicitamente os direitos das pessoas idosas à proteção do Estado; os Princípios das Nações Unidas em favor das Pessoas Idosas de 1991, que mesmo não vinculante, enunciam os princípios de independência, participação, cuidados e dignidade, princípios esses que orientam o reconhecimento dos direitos das pessoas idosas em políticas e programas em seu favor; A Recomendação relativa a Seguridade Social da OIT, de 2001, que é um chamado para considerar as repercussões que impõe a sociedade o envelhecimento da população e a seguridade social; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que também estabelece a proteção das pessoas idosas.

O regime universal de direitos humanos veio promover o reconhecimento constitucional dos direitos dos idosos na maioria dos Estados nacionais. Os Estados signatários da Carta das Nações Unidas têm incorporado em seus regimes jurídicos a premissa de que todos os seres humanos são sujeitos de direitos e o Estado tem obrigação de respeitá-los e garanti-los. Desta maneira, os direitos humanos se converteram na fonte de legitimação do Estado contemporâneo, que se quer democrático e igualitário.

2. Política e direito diante do envelhecimento da população e a convivência do envelhecimento multigeracional

O envelhecimento da população é um dos fenômenos sócio demográfico mais importante no mundo. Hoje, 11% da população mundial são de pessoas com mais de sessenta anos. Esse número aumentará para 15% em 2025 e para 22% em 2050. O envelhecimento da população se expressa em uma dinâmica de modificações nas estruturas sociais, políticas, econômicas e culturais. Dada as condições de pobreza e exclusão que prevalecem no Brasil, a população idosa enfrenta mais fortemente os desafios da desigualdade, a carência de políticas que respondam as necessidades de cuidado, segurança e proteção para o exercício pleno de seus direitos e melhor qualidade de vida.

Quando falamos em cuidado há que se ter atenção para sua abrangência. Nesse sentido observa Kergoat (2016, p. 17) ser “o cuidado não apenas uma atitude de atenção, é um trabalho que abrange um conjunto de atividades materiais e de relações que consistem em oferecer uma resposta concreta às necessidades dos outros”. Na atualidade, a realidade social oferece um panorama complexo no que tange ao envelhecimento da população. De um lado o tempo atual se caracteriza por haver gerado um envelhecimento global e paradoxal nunca visto em virtude da longevidade alcançada pela humanidade em todos os continentes. O ser humano vive mais. Hoje a velhice é um parte consistente do imaginário individual e coletivo. Entretanto, por outro lado, temos a configuração de sociedade multigeracionais, sociedades essas, que convivem simultaneamente três ou quatro gerações de pessoas constitutivas de uma mesma família.

No plano econômico, o envelhecimento global e multigeracional se desenvolvem como processos de crescente dependência. Pouco a pouco, as gerações concorrentes tecem entre si uma complexa rede distributiva. Cada geração constrói sua forma de ver a vida, códigos de convivência e práticas discursivas que lhes são próprios, experiências, políticas diversas, memórias coletivas entre si e valores específicos. Estas culturas interagem se arrastando de um grupo a outro, dialogam e competem, sedimentam e estratificam num universo heterogêneo de significações. Assim, o envelhecimento global e multigeracional se constitui como fenômenos paradoxais e complexos. Nasceram com as mudanças demográficas da metade do século XX. Se alimentam do aumento da expectativa de vida, que permite a convivência de várias gerações e, também se consolidam, com o porvir do “tempo de direito” (BOBIO, 1991), que afronta a desigualdade que se agrava, pois nunca deixou de existir.

Como nos fala THERBORN (2010, p.147):

A desigualdade pode ser produzida de quatro formas básicas. Primeiro, há o distanciamento — algumas pessoas estão correndo à frente e/ou outros estão ficando para trás. Segundo, há o mecanismo de exclusão — através do qual uma barreira é erguida tornando impossível, ou pelo menos mais difícil, para certas categorias de pessoas alcançarem uma vida boa. Terceiro, as instituições da hierarquia significam que as sociedades e as organizações são constituídas como escadas, com algumas pessoas empoleiradas em cima e outras embaixo. Por fim, há a exploração, por meio da qual as riquezas dos ricos derivam do trabalho árduo e da subjugação dos pobres e desfavorecidos.

Do ponto de vista das demandas de inclusão, a velhice reclama para si critérios de justiça específicos que permitam demarcar, reconhecer e desenvolver os sentidos de pertencimento social. A velhice, sem dúvida, é uma condição vital, especial da pessoa

que a coloca em posição sócio - jurídica merecedora de consideração e trato diferenciado, razão pela qual, é preciso qualificar juridicamente a velhice como razão suficiente para sua ‘discriminação positiva’³. A justiça impõe a necessidade de considerar a velhice parte constitutiva da condição humana em seu conjunto e na solidariedade social, contando com instrumentos jurídicos humanistas e eficazes.

Reconhecemos que o direito positivo atual não virou as costas a estes fenômenos. Seus efeitos impactam muitas instituições, em especial, aquelas vinculadas aos Direitos Econômicos e Sociais, a seguridade social, ao Direito Administrativo e ao Direito Civil. No entanto, o envelhecimento global e multigeracional, instala crise no Direito Previdenciário, afeta a capacidade, a tutela, a curatela e a adoção. Tem impactos sobre o matrimônio, a união estável, a separação e o divórcio e, também, altera o exercício do direito à vida, a saúde e a integridade física e moral de cada sujeito, de cada geração, desencadeando situações claras de violência familiar. Os idosos estão fragilmente posicionados no estamento social. São eles que suportam o maior peso das consequências jurídicas e de políticas públicas retóricas.

3. O envelhecimento e a igualdade: o efeito do gênero no cuidar e ser cuidado

Desde os tempos de Aristóteles, a igualdade tem sido considerada um problema a ser resolvido no próprio âmbito da justiça. Pautava o filósofo a igualdade como “igualdade justa”, o justo meio. Isso significa, como exigência legítima, o trato semelhante entre os que são semelhantes, mas, por outro lado, trato desigual para os desiguais. Por detrás dessa afirmação, mais que respostas, encontramos perguntas. O problema da igualdade, agora, consiste em saber quando duas coisas, duas pessoas ou duas situações são iguais e quais, por serem distintas, merecem um tratamento diferenciado.

A dificuldade principal se estabelece em como precisar esta indeterminação sem chegar a conclusões extremas. Em outras palavras, como se promover igualdade entre desiguais sem se chegar a pensar que a igualdade não é mais que um conceito vazio de conteúdo? Para esse dilema, não há resposta fácil, nem única.

³ Na narrativa jurídica, ‘discriminação positiva’ é diferenciar de forma privilegiada determinado segmento ou setor da sociedade a fim de amenizar ou reparar distorções e desigualdades.

Ao pensarmos em como estabelecer a igualdade das pessoas envelhecidas em relação as demais, observamos ser possível a expressão da igualdade em três planos que compõe o mundo jurídico, quais sejam: o da lei, o dos fatos e o do âmbito valorativo. Esses planos, para se expressarem plenamente, devem observar em toda sua abrangência o Princípio da Diferença, princípio este lastreado na jusfilosofia pela equidade e liberdade.

Não há como contestar que o envelhecimento torna as pessoas vulneráveis e, com frequência alarmante, a sociedade impõe ao idoso toda a sorte de discriminação. Essa discriminação se torna mais cruel quando viramos a lente para as mulheres. A atenção as pessoas idosa em situação de dependência está marcada pelo fator gênero do cuidador, como fica evidente em vários estudos. Esses estudos apontam que apesar de existirem homens que desempenham essas tarefas, ela recai, majoritariamente, sobre as mulheres quando falamos de não remuneração desse trabalho. De alguma forma se tende a perpetuar a imagem diferenciando cuidador da cuidadora como informa LOPEZ e MARTINES (2008). Essa diferenciação nos remete a divisão sexual do trabalho. Nesse sentido, como aponta KATZKOWICZ e outros (2015, p. 300), a necessidade de implementação de políticas de corresponsabilidade para modificar essa divisão:

La implementación de políticas de corresponsabilidad entre el Estado, las familias y el mercado, orientadas a modificar la división sexual del trabajo y, por tanto, a distribuir en forma real las responsabilidades familiares entre los sexos, es una de las grandes deudas en materia de equidad.

Tanto no aspecto da pessoa que cuida como a que deve ser cuidada, o envelhecimento tem a mulher na ‘ponta da lança’. Em uma breve análise, observa-se que população brasileira tem envelhecido muito rapidamente. Desde os anos 40, a faixa etária dos idosos é a de maior crescimento. Nos anos de 1950 a população idosa já crescia mais de 3% ao ano, chegando a 3,4%, entre 1991 e 2000. Em 25 anos (1980 a 2005), podemos observar que o crescimento total da população idosa foi de 126,3%, e o restante da população cresceu em média 55,3%. Nesse intervalo de tempo, os idosos com mais de 80 anos cresceram ainda mais, cerca de 246,0% (INOUE; et. al., 2008). Atualmente, a faixa etária de mais de 80 anos possui 2.935.585 pessoas (CENSO, 2010), 14% da população idosa no país.

Dentro do segmento idoso, as mulheres correspondem a 55,5% da população idosa brasileira e 61% do contingente de idosos com mais de 80 anos (IBGE, 2011). Sob a ótica dos estudos de gênero, chamam este processo de “feminização da velhice”, “ou seja, quanto mais a população envelhece, mais feminina ela se torna” (KÜCHEMANN, 2012).

Essa maior representação feminina na população idosa resulta de sua maior expectativa de vida das mulheres, pois, em média vivem 8 anos mais que os homens. Podemos inferir também que o maior contingente feminino entre os idosos com mais de 80 anos acarreta o fato de que as mulheres idosas precisem mais de cuidados em sua saúde, o que gera impactos importantes no campo das políticas públicas (CAMARANO, 2004, p. 38).

Nesse cenário depreende-se ser o cuidado um direito e no entendimento de BATTHYÁNY (2015, p. 16) “El reconocimiento al derecho de las personas a cuidar —y a ser cuidadas— requiere medidas sólidas para lograr su efectiva materialización y la corresponsabilidad por parte de toda la sociedad, el Estado y el sector privado.”

Os idosos brasileiros costumam participar da vida financeira da família, principalmente “diante de um quadro adverso para os jovens, que não tem garantias de acesso ao mercado de trabalho formal” (NUNES, 2011, p. 38). Em várias situações podem ser os principais provedores do sustento da casa. Mesmo em famílias em que suas rendas não são as únicas, eles são responsáveis por uma parte significativa dos rendimentos familiares. Segundo o Sistema de Indicadores Sociais do IBGE (2013), em 2012 as pessoas com mais de 60 anos são a referência em termos de renda, em cerca de 64,2% das famílias.

Todos esses indicativos nos remetem para uma situação de vulnerabilidade e, mais, de uma vulnerabilidade interdependente que reforça o papel a ‘responsabilidade’ feminina nesse universo de prover o cuidado, seja como trabalho não remunerado como remunerado.

Acerca da importância do provedor do cuidado, a interdependência e como ele reforça as desigualdades de gênero, explica Boris (2014, p. 103):

O provedor do cuidado pode variar. Por outro lado, o próprio care pode ser imaginado como disruptivo para uma ordem hegemônica, em vez de central para o seu funcionamento. Afinal, o care sugere interdependência, intimidade e valorização mútua. Não obstante, a literatura interdisciplinar sobre o care continua a refletir a equação entre trabalho doméstico e opressão. Ela explica a responsabilidade das mulheres pelo cuidado não remunerado para com a família em termos de segmentação do mercado de trabalho (divisão sexual do trabalho), de psicodinâmica (a maternagem das mulheres reproduz mulheres que cuidam) e de status social (homens não querem fazer tal atividade). Alguns estudos enfocaram o deslocamento do care da casa para outros locais de trabalho (como escolas, hospitais, clínicas e fábricas) especialmente em termos da estrutura dos Estados de bem-estar e da divisão racial do trabalho; outros abordaram o care em termos do dilema trabalho versus família, associado à “dupla jornada”.

Reconhecer a igualdade na diferença dos idosos e, em especial, a maior carga direcionada a mulher, é reconhecer que o envelhecimento é um dado fático relevante para a promoção da igualdade material dada a vulnerabilidade desse grupo. Muito já se escreveu sobre quando duas coisas, duas pessoas ou duas situações são iguais e quais são distintas, e em que aspectos, medida, ou proporção. Concretamente, entre outras questões, o grupo caracterizado como população idosa é vulnerável, principalmente quando observamos ser esse segmento social o que mais apresentam problemas de saúde e que tem suas possibilidades de acesso as atividades econômicas e sociais diminuídas significativamente ou mesmo cessadas. Essas circunstâncias obrigam a entender que ao tratarmos do *care* não é possível dissociar quem é cuidado de quem cuida. Nesse sentido, compreende Boris (2014, p. 117):

Todos podemos desejar um reino de liberdade, mas o trabalho de *care* é, pela sua própria natureza, um mundo de obrigação. Ele existe devido às incapacidades, aos limites da condição humana. Falar de independência e *care* é obscurecer a relação entre quem fornece e quem recebe o *care*. O objetivo de alguns programas sociais de liberar da dependência idosos debilitados ou pessoas com deficiências no mais das vezes levou em conta apenas as necessidades de quem recebe o cuidado, ignorando o provedor, ou transformando quem executa o *care* em uma ferramenta, um apêndice, um meio para a independência e para a liberdade do outro, cujo status é de extrema importância. Desse modo, o trabalho de *care* fica à sombra, com o foco colocado nos seus resultados: as condições do cuidador podem ser desconsideradas sem problema, uma vez que a atenção está posta no beneficiário, no recebedor do cuidado, no cliente, no freguês, em qualquer dos nomes que se dê àquele que é cuidado.

4. A cidadania e o envelhecimento

Partindo da filosofia jurídica e política, o Estado Democrático de Direito é conceituado como um modelo de organização política e jurídica que tem como um dos fundamentos a cidadania e para tanto se caracteriza pela existência de uma Constituição que incorpora explicitamente os direitos fundamentais, a garantia jurisdicional da Constituição, a força vinculante da Constituição, uma interpretação constitucional extensiva com fins de se extrair princípios implícitos e uma interpretação adequada das leis, aplicação direta das normas constitucionais para regular as relações particulares e a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Observamos ainda, que os direitos fundamentais incorporam à Constituição meios de fortalecimento para os sujeitos fragilmente situados no sistema, oferecendo direitos e garantias que protegem o indivíduo das contingências variadas, como; enfermidade, incapacidade, desemprego e velhice etc.

Quando pensamos a cidadania com a ótica do envelhecimento, se faz imperativo pensar a criação de ferramentas e caminhos democráticos e jurídicos para fazer sustentável o sentido de pertencimento das pessoas idosas nas suas famílias, nas suas comunidades, na cultura. Sentir-se pertencendo permite assumir-se como parte, como parcela necessária de uma comunidade, possibilitando a construção de vínculos e redes que contribuem para melhorar a qualidade de vida de todos.

Essa rede, ainda sobre a ótica do gênero e a essencialidade das políticas públicas efetivas, a reflexão de Sorj (2014, p. 127) é fundamental:

A socialização do trabalho doméstico e do cuidado não precisa necessariamente percorrer o caminho do mercado, que tem como efeito confirmar e acentuar as desigualdades sociais entre mulheres de diferentes classes sociais. Pode, particularmente na dimensão do cuidado, trilhar a via do Estado, como ocorre em muitos países do norte ocidental. A via da socialização dos cuidados através de instituições públicas tem mostrado efeitos muito positivos sobre as desigualdades de classe e de gênero no Brasil.

Demarcando o território simbólico da velhice, reconhecendo seu capital social e incentivando o sentido de pertencimento ao grupo, será possível instalar as bases para o exercício pleno da cidadania; cidadania essa que os Direitos Humanos reclamam como base de uma política e um direito que consideram o humano uma finalidade em si mesmo.

5. Sobre a Efetividade dos Direitos dos Idosos

Os direitos se não são efetivos, geram descrença e instabilidade social. Os direitos não podem ser somente palavras lançadas em uma lei que, apesar de eficaz, capaz de produzir os efeitos ao qual se destina, não se torna efetiva, ou seja, não entrar no mundo real, permanecendo no campo da abstração. Todas as pessoas idosas esperam a realização plena de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e para isso o Estado precisa garantir o envelhecimento em condições de segurança, com políticas de eliminação da pobreza, pobreza essa que é mais cruel na velhice.

Um modelo que forneça o plenos exercício da cidadania pelos idosos tem de abordar múltiplas questões no nosso direito. Assim, por exemplo, no que tange aos

direitos de autonomia é preciso referendar a autonomia de sua vontade, o direito de ser velho, com todas as consequências dessa vivência, aprofundando o campo de proteção a integridade física e moral, empreendendo uma luta sem trégua contra a violência e a discriminação, com especial atenção a violência de gênero e, a problemática que das pessoas idosas que pertencem a minorias raciais, sexuais e culturais.

É necessário estudar os problemas jurídicos que se derivam da liberdade de expressão e de comunicação das pessoas idosas, na sua relação com as outras gerações, bem como, o papel dos veículos de comunicação de massa na construção do diálogo intergeracional com especial atenção na compreensão da posição vital que atravessa uma pessoa na sua velhice

6. Respostas brasileiras as demandas dos idosos

No Brasil existe na atualidade milhões de pessoas idosas, mas não se vislumbra um porvir justo para elas. Devido a uma trajetória laboral marcada pela informalidade e falta de cobertura contributiva da Previdência Social, muitos brasileiros seguem vivendo em condições de vulnerabilidade econômica e social quando chegam a velhice, necessitando do apoio da família e o Estado que, não raro se omitem diante dessa realidade.

Muito poderia se falar sobre a cobertura previdenciária no Brasil. Por ora, nos ateremos mencionar que a Lei 8213/91 prevê para os aposentados por invalidez um acréscimo de 25% no valor de sua aposentadoria para os que precisam de cuidados constantes 24 horas por dia. Esse benefício dado por lei aos aposentados por invalidez, por força de decisões judiciais, estão sendo estendidos a todos os aposentados que necessitem de cuidados de terceiros ininterruptamente e a Lei 8742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social – que dispõe sobre benefício de prestação continuada no valor de um salário mínimo nacional para as mulheres maiores de 60 anos e homens maiores de 65 anos, que não tenham fonte de renda ou que a renda familiar seja inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo.

A resposta do Brasil em relação as obrigações e compromissos que emanam dos instrumentos internacionais deve ser analisada da perspectiva federal. Devemos considerar primeiro a Constituição da República Federativa do Brasil que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), e avança como garantia constitucional os direitos fundamentais e sociais (artigos 5º e 6º) e confere o status de

norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos (artigo 5º, §3º) e em consequência o Estado brasileiro está obrigado a prover na esfera jurídica as condições adequadas para tornar esses direitos efetivos.

A partir do enunciado constitucional, se adverte a relevância do cumprimento dos direitos fundamentais das pessoas idosas que gozam da tutela e proteção do Estado por mandado constitucional. Esse mandado constitucional, apesar de ser norma de eficácia plena, ganha contornos definidos em outubro de 2003 com o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.74, instrumento jurídico que busca garantir o exercício dos direitos deste grupo social, assim como estabelecer as bases para seu cumprimento.

Desde da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, o Brasil vem promovendo a inclusão das pessoas idosas e a busca da efetividade de seus direitos em suas políticas. Ainda que timidamente, se percebe avanços legislativos, mas carecendo de políticas públicas eficientes na inclusão dos velhos e, principalmente, políticas públicas direcionadas as mulheres, tanto como cuidadoras como cuidadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual contexto mundial, mais do que nunca e sempre mais, as políticas sociais gerontológicas são necessárias, mas não ainda suficientes para promover a inclusão, a participação e o sentido de pertencimento das pessoas idosas nas suas comunidades. Contribuem para sua promoção, mas não asseguram completamente a posição de cidadãos aos idosos quando não protegem nem asseguram o gozo pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com os demais. A carência de mecanismos institucionais e democráticos habilitados para esse fim, põe em risco a efetividade dos direitos positivados, agravado pela discriminação estrutural de gênero.

Para a efetivação dos direitos dos idosos se faz necessário a implementação jurídica de instrumentos que garantam o reconhecimento formal e material desses direitos, sem deixar de olhar com redobrada atenção para os novos modelos de famílias multigeracionais que veem surgindo e o sobre encargo para as mulheres.

Os direitos que buscam atender as demandas dos idosos, mesmo tendo avançado, ainda clama por alargamento pautado nos direitos humanos e igualdade de gênero que venham possibilitar a efetiva autonomia e participação das pessoas idosas, numa articulação com todas as gerações coexistentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo. Editora Martin Claret: 2001

BANDEIRA, L.; MELO, H. P; PINHEIRO, L. S. "**Mulheres em dados: o que informa a PNAD/IBGE**", 2008. in Observatório Brasil da Igualdade de Gênero, julho, 2010.

BATTHYÁNY, Karina. Los tiempos del bienestar social: Género, trabajo no remunerado y cuidados en Uruguay. p. 16. Uruguai. Producción editorial: Doble clic • Editoras, 2015, pp. 11-17.

BORIS, Eileen. Produção e reprodução, casa e trabalho. Tradução de Guilherme Gaspar de Freitas Sobrinho. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 26, n. 1. 2014. P. 103

CAMARANO, A. A.; KANSO, S.; MELLO, J. L. Como vive o idoso brasileiro? In: CAMARANO, A. A. (Org.) Os novos idosos brasileiros muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 25-76. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_06_Cap_01.pdf

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Tradução de Flávia Paulo Meurer. 3ª edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

KATZKOWICZ, Sharon; LA BUONORA, Lucía; PIERI, Jimena Pandolfi Diego e SEMBLAT, Florencia. Aportes de las encuestas sobre uso del tiempo a la política pública. Em: Los tiempos del bienestar social: Género, trabajo no remunerado y cuidados en Uruguay. Producción editorial: Doble clic • Editoras, 2015, pp. 295-303.

KERGOAT, Danièle. O cuidado e as imbricações das relações sociais. In: ABREU, Alice Rangel de Paiva ; HIRATA, Helena ; LOMBARDI, Maria Rosa (Org.). Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais. São Paulo: Boitempo, 2016. PP.1726.

KÜCHEMANN, Berlindes Astrid. Envelhecimento populacional, cuidado e cidadania: velhos dilemas e novos desafios. Publication of Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília Print version ISSN 0102-6992 On-line version ISSN 1980-5462

LÓPEZ, María Crespo e MARTÍNEZ, Javier López. Cuidadoras y cuidadores: el efecto del género en el cuidado no profesional de los mayores. Madri. Imerso. 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/Home/Documents/Ci%C3%A0ncias%20Sociais-Fichamentos/boletinsobreenvejec35.pdf>. Acesso em: 08/01/2018.

LUHMANN, Niklas & De GEORGI, Raffaele. Teoria de la sociedad. México: Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1996.

NUNES, A. T. G. L. Programa de Ações de Participação social e cidadania com idosos da UNATI/UERJ: uma proposta educativa do Serviço Social. In: In: Revista Memorialidades, n° 15, janeiro a junho de 2011, pp. 35-61.

POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época/ tradução de. Fanny Wrabel. - 2. ed.- Rio de Janeiro: Compus, 2000.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1998

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SORJ, Bila. Socialização do cuidado e desigualdades sociais. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 26, n. 1. 2014, pp. 123-128.

THERBORN, Göran. Os campos de extermínio da desigualdade. Tradução de Fernando Rugitsky. NOVOS ESTUDOS 87. 2010. P. 145-156.

VICENTE, Henrique Testa e SOUZA, Liliana. Funções na família multigeracional: contributo para a caracterização funcional do sistema familiar multigeracional. Coimbra. Imprensa da Universidade de Coimbra.
https://digitalisdsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5531/3/08_Fun%C3%A7%C3%B5es%20na%20fam%C3%ADlia%20multigeracional....pdf?ln=pt-pt. Acesso: 06/01/2018

**A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES PREVISTAS NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS ALTERNATIVAS EXISTENTES NO
DIREITO COMPARADO**

Isabel Cristina Ribeiro dos Reis¹

RESUMO

O direito ao longo de sua existência se moderniza na medida de sua evolução e, atualmente, se volta para a segurança jurídica, face a mudança de paradigma que norteia o pensamento jurídico mundial, que valoriza a figura humana através de seu princípio basilar, o da Dignidade da Pessoa Humana. Diante desse contexto, o Estado, que detém o monopólio da jurisdição, entendeu a necessidade de renovação focando sua preocupação na celeridade, informalidade e eficácia do poder judiciário. Sob esse prisma, o estudo desenvolvido objetivou apresentar uma visão da aplicação do instituto da mediação na resolução de conflitos no âmbito de família de diversos países, a coexistência dessas normas no continente europeu, que integra características do *civil law* com o *common law* e um panorama da utilização da mediação judicial na resolução de conflitos familiares, introduzida pelas normas do Novo Código de Processo Civil, no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, mediação.

ABSTRACT

The law throughout its existence is modernized in the measure of its evolution and, currently, it turns to the legal security, in face of the paradigm change that guides the world legal thought, that values the human figure through its basilar principle, that of the Dignity of Human Person. Given this context, the State, which has the monopoly of jurisdiction, understood the need for renewal by focusing its concern on the speed, informality and effectiveness of the judiciary. The objective of this study was to present a vision of the application of the mediation institute in the resolution of conflicts in the family context of several countries, the coexistence of these norms on the European continent, which integrates characteristics of civil law with common law and a panorama of the use of judicial mediation in the resolution of family conflicts, introduced by the norms of the New Code of Civil Procedure, in the Brazilian legal system.

Keywords: legal security, dignity of human person, mediation.

¹ Professora de Direito Civil e Processual Civil nas Universidades Estácio de Sá e Castelo Branco Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.
icrr.adv@gmail.com - 96438-6191

Introdução

O direito ao longo de sua existência se moderniza na medida de sua evolução e, atualmente, se volta para a segurança jurídica, face a mudança de paradigma que norteia o pensamento jurídico mundial, que valoriza a figura humana através de seu princípio basilar, o da Dignidade da Pessoa Humana. Diante desse contexto, o Estado, que detém o monopólio da jurisdição, entendeu a necessidade de renovação focando sua preocupação na celeridade, informalidade e eficácia do poder judiciário. Sob esse prisma, o estudo desenvolvido objetiva apresentar uma visão da aplicação do instituto da mediação na resolução de conflitos no âmbito de família de diversos países, a coexistência dessas normas no continente europeu, que integra características do *civil law* com o *common law* e um panorama da utilização da mediação judicial na resolução de conflitos familiares, introduzida pelas normas do Novo Código de Processo Civil, no ordenamento jurídico brasileiro e tal estudo objetiva a análise da previsão legal no Novo Código de Processo Civil da mediação judicial e extrajudicial como medida de solução de conflitos no âmbito familiar.

A família enquanto sede das relações íntimas e privadas de seus membros, constitui espaço primário e essencial para o desenvolvimento do indivíduo, e dada sua importância e peculiaridade, requer uma proteção adequada pelo Estado. Tal adequação dependerá em grande parte das concepções adotadas pelos diversos povos, que estão em constante evolução, gerando um desafio à norma, a forma de evolução dos mecanismos de solução de conflito, em especial em temas dotados de relativa sensibilidade como a família.

O Novo Código de Processo Civil, surge como tentativa para dar cumprimento a alguns objetivos da ordem jurídica processual contemporânea, em especial o de melhorar o desempenho temporal da solução dos conflitos judiciais, dentro das exigências constitucionais.

É possível identificar que a modificação do sistema processual atual visa imprimir celeridade à prestação jurisdicional, oferecendo soluções à morosidade. Dentre as alterações constantes no Novo Código de Processo Civil que visam melhorar o desempenho temporal da prestação jurisdicional verifica-se o incentivo à conciliação, mediação e autocomposição dos litígios.

Para tanto foi atribuído aos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o dever de estimular a conciliação e a arbitragem, fazendo

com que estas estejam sob a égide da prestação jurisdicional, nas diversas matérias de direito civil ².

A inclusão de tais deveres na matéria processual tem por fundamento os princípios constantes da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995) e da Lei de Arbitragem (Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996) absorvendo características da sociedade brasileira, se consolidando como instrumento capaz de realizar justiça por meio do devido processo constitucional.

O Novo Código de Processo Civil, instituiu a figura dos conciliadores e mediadores judiciais, figuras que se assemelham ao árbitro nos processos de arbitragem conduzidos na esfera privada. Desse modo, com o intuito de alcançar o ideal de “processo justo” se faz indispensável a cooperação entre o juiz (Estado) e as partes, fomentando o diálogo judicial no modelo cooperativo em que o juiz (judiciário) assume o papel de intérprete e resolutor dos direitos dos conflitos e mediador dos interesses das partes, estimulando a autocomposição como prévia ao desdobramento do devido processo legal.

Em virtude do campo de abrangência em que se insere o Novo Código de Processo Civil, a resolução de conflitos por meio da autocomposição e mediação, amplamente utilizada no âmbito da arbitragem dos direitos patrimoniais disponíveis e demais ações de competência dos juizados especiais cíveis, também poderá ser utilizada nas mais diversas matérias da esfera civil, no que se inclui a matéria do direito de família, vez que, atualmente, são acolhidos pela prestação jurisdicional e dotados do respeito e confiabilidade do Poder Judiciário (TIERLING NETO, 2012, p. 96).

A utilização de alternativas visando imprimir celeridade à resolução de questões envolvendo direitos que não exclusivamente patrimoniais vem se mostrando bastante efetiva não só na sociedade brasileira, como também, a possibilidade de resolução de questões de direito de família prévia à instauração do litígio propriamente dito vem se mostrando eficaz, no âmbito nacional e internacional.

Dessa feita, o presente artigo pretende trazer elementos de diversos países que já se utilizam do instituto da mediação para a resolução de conflitos no âmbito do direito de família, a coexistência dessas normas numa Europa civil *law* e *common law* e, por fim,

² Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo civil.

um panorama da possível utilização da mediação judicial na resolução de conflitos familiares, introduzidas pela nova imposição processual.

1. AS SOLUÇÕES DE CONFLITOS FAMILIARES NO DIREITO COMPARADO

É importante consignar que as questões envolvendo a submissão à esfera judicial das questões de família, em cada país, decorre das concepções relacionadas a cada povo. Nesse contexto, na maioria dos países, as questões relacionadas ao direito de família são de competência civil, e constituem questões que devem ser acompanhadas pelo Estado por meio de suas instituições, no que se inclui a solução judicial dos conflitos.

Conforme a trajetória adotada pelo respectivo povo, questões econômicas, religiosas, além de aspectos históricos vivenciados terão grande influência nas concepções envolvendo a família e as questões a ela relacionadas, vez que a família constitui o elemento primeiro de contato do indivíduo, implicando, inclusive, na verificação do tratamento dessas questões perante os sistemas jurídicos de outros países.

Profundamente influenciado pelo regime socialista, a Federação Russa possui codificação específica a respeito do direito de família: o “Código da Família”, que até 1996 com a entrada em vigor da normativa atualmente utilizada, não possuía ligação formal com o direito civil/patrimonial. Até 1996, questões envolvendo a dissolução familiar podiam ser resolvidas administrativamente, se ambos os cônjuges estivessem de acordo e necessariamente judicial em não havendo acordo entre os cônjuges ou caso houvesse direito de menor envolvido. As formas de dissolução da sociedade familiar foram mantidas no Código de Família vigente na Rússia. A principal alteração quanto a essa questão é a de que o Estado/Juiz deve conduzir uma tentativa de reconciliação, sendo obrigatório ao juiz se pronunciar sobre sua dissolução, diferente do que previa os diplomas anteriores que facultava ao juiz o adiamento do divórcio ou a não apreciação dele (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 216).

No que diz respeito a países muçulmanos que têm o sistema jurídico fundamentado em concepções religiosas como a Sunna e o Corão, apenas, permitiu sua codificação recentemente, como forma de suprir lacunas dos textos religiosos, em especial do direito de família, iniciada com o código iraniano em 1927, seguido por

diversos países muçulmanos, com grandes influências do direito francês e suíço (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 351).

Em razão dos princípios religiosos impregnados nessas ordens jurídicas, as autoridades encarregadas da resolução de conflitos relacionados ao direito de família são os tribunais religiosos e os tribunais estatais encarregados (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 371).

Outro sistema em que a religião tem papel preponderante nos conceitos e soluções empregadas nas questões de família é o sistema indiano em que os direitos relacionados ao nascimento, casamento e sucessão são deixados a cargo do direito religioso, em que o hinduísmo, religião da maior parcela da população tem aplicação compulsória pelas cortes no que diz respeito às questões envolvendo o direito de família, em que pese a profunda influência promovida pelo direito inglês (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 383).

Com a modernização da Índia e o avanço de outras religiões, em especial a religião muçulmana, houve um processo de codificação que se utilizou de preceitos de direito inglês, em especial das questões relacionadas à sucessão (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 395). Dessa forma o juiz indiano tende a colocar o direito a serviço da justiça, tal como lhe parece indicar as circunstâncias do caso (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 402), de modo que apesar da influência religiosa, é o juiz que apreciará a questão.

No sistema jurídico japonês, a ideia de promover uma demanda judicial é um comportamento censurável, vez que há a previsão de diversos tipos de conciliação prévia, seguidas pela participação de mediadores das mais diversas espécies (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 434). Não sendo possível a solução, a demanda se iniciará junto ao tribunal, sendo dever do juiz, expresso no respectivo Código de Processo Civil, levar as partes a transigir, de modo a obter uma decisão em que as partes estejam de acordo. Em que pese, as questões de família serem obrigatoriamente levadas ao conhecimento dos tribunais, a conciliação será a primeira tentativa do juiz (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 435).

Até a modernização ocorrida nos anos 80, o direito, na China, não constituía o meio normal de resolução dos conflitos, uma vez que os cidadãos eram convidados a se anular e promoverem a conciliação, reestabelecendo a harmonia em nome do bem comum (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 435). Após a modernização e abertura

econômica, o direito foi codificado e os procedimentos de resolução de conflito adotaram ferramentas utilizadas pela mediação e arbitragem, inclusive no âmbito do direito de família.

No direito africano, em que o costume tem um valor preponderante, não há qualquer formalismo no sistema processual, ou limitador de competência e poderes dos órgãos jurisdicionais. Com a ausência de regras positivadas, o julgamento visa à composição entre as partes antes de sancioná-las (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 443).

Alguns institutos dos sistemas *civil law* e *common law* não encontram correspondência no direito africano, vez que o estudo desse direito é considerado mais como um estudo antropológico que jurídico (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 443), apesar de sua modernização, em parte, ser fundada no direito civil francês e no sistema de *common law* inglês.

Dada a divergência legislativa entre seus diversos estados, a utilização da mediação é bastante comum nos Estados Unidos. No entanto, no estado de Nova Jersey, com a adoção de uma versão modificada do *Uniform Arbitration Act de 2000* (NJSA 2ª: 23B-1S), em vigor desde 2003, a arbitragem, nos termos concebidos para discussão de direitos patrimoniais, também, é aplicável em direito de família, sendo inclusive atribuída força executiva à sentença arbitral pela Suprema Corte de Nova Jersey³, apesar de existirem opiniões divergentes que indicam a imparcialidade de questões familiares envolvendo guarda e direitos de menores (WALKER, 2003, p. 429).

No sistema canadense visualiza-se dois sistemas coabitantes: regiões francófonas, em que há influência do direito francês e *civil law*, e nas regiões de língua inglesa de influência do sistema de *common law*. Nesse contexto, verifica-se a possibilidade de utilização de mediação com alternativa prévia a resolução dos conflitos familiares em regiões de influência do sistema de *civil law*, como a província de Quebec. Nas províncias de *common law*, é possível encontrar casos como o da província de Ontário, que em 2006 incluiu disposição na lei de arbitragem a respeito da arbitragem no âmbito do direito de família, prevendo condições essenciais para realização e validade do processo⁴. No Reino

³ Conforme recomendação do Comitê da Suprema Corte de Nova Jersey sobre práticas processuais familiares. Disponível em: <http://www.judiciary.state.nj.us/reports2011/family.pdf>. Acesso em 28.05.2017.

⁴ Conforme disposições legais, disponíveis em: <http://www.search.e-laws.gov.on.ca/fr/isysquery/3b6605c783224b73aeff5c3c97265981/1/doc/?search=broeseStatutes&context=#hit1>. Acesso em 28.05.2017.

Unido, onde a possibilidade de recorrer a métodos alternativos de solução de conflitos é bastante ampla, sendo facultado às partes designarem essa questão quando da celebração do contrato ou da instauração do conflito. A autocomposição dos litígios no âmbito da família é bastante utilizada para resolver litígios envolvendo filhos, e seus acordos são objeto de despacho de aprovação pelo tribunal encarregado, sem a decisão de aprovação, esse acordo não é suscetível de execução⁵.

Pode-se afirmar que a Alemanha é o país em que a mediação no âmbito familiar exerce um papel principal. As autoridades locais são encarregadas de prestar a assistência necessária a fim de permitir que os pais encontrem uma solução adequada às suas necessidades, e, constitui modo de resolução extrajudicial, sendo inclusive dever dos tribunais, conforme o caso, procurar obter um acordo amigável. Há a existência de um organismo federal encarregado das diretrizes de formação dos profissionais envolvidos (BAFM – Bunders-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation), permitiu a Alemanha alcançar os mais elevados padrões de qualidade na formação dos profissionais encarregados desses conflitos, bem como a realização de estudos envolvendo o tema⁶.

Para o sistema jurídico francês a mediação e autocomposição dos conflitos podem ser utilizados de maneira bastante elástica, desde que os direitos sejam disponíveis. No entanto, as questões familiares, notadamente as que envolvem os filhos, estão sujeitas ao controle judicial, sendo possível a instituição de mediação prévia, porém, ainda pende a regulamentação de tal instituto⁷.

Assim, como na França, na Espanha a questão familiar envolvendo menores é indisponível, e neste caso será indispensável a intervenção do parquet, no entanto, os processos poderão ser conduzidos em caráter amigável, visando contemplar a composição entre as partes. Também é possível verificar que algumas unidades autônomas como Galícia, Catalunha, País Basco e Valência possuem regulamentação própria, prevendo a possibilidade de mediação em litígios familiares⁸.

No direito português, é expressamente previsto no ordenamento jurídico, a possibilidade de socorrer-se da mediação em direito de família, podendo ainda ser determinada de ofício pelo juiz, carecendo, porém, da anuência dos interessados⁹. Uma

⁵ Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_pt.htm#104. Acesso em 28.05.2017.

⁶ Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_pt.htm#105. Acesso em 28.05.2017.

⁷ Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_pt.htm#205. Acesso em 28.05.2017.

⁸ Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_spa_pt.htm. Acesso em 28.05.2017.

⁹ Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_por_pt.htmlI.2.3. Acesso em 28.05.2017.

alternativa particular utilizada pelo sistema sueco, além da mediação familiar, é a orientação familiar. Tais recursos são franqueados, também, a casais que não possuem filhos, consistente na discussão orientada de alguns conflitos visando permitir a possibilidade de manutenção do relacionamento familiar antes ou após a dissolução do vínculo matrimonial¹⁰.

Observa-se que, a atuação dos Estados que se utilizam do instituto da mediação estão engajados na resolução dos conflitos na esfera de direito de família, com a proposta de assegurar condições mínimas as partes, conforme preceitua a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que prevê: “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”¹¹, verificando-se, assim, que o tratamento das questões relacionadas à família em cada Estado, em sua essência, leva em conta a peculiaridade da respectiva sociedade.

2. A INTEGRAÇÃO EUROPEIA E SEU REFLEXO NA RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES FAMILIARES

Em que pese a coexistência de sistemas jurídicos bastante divergentes no continente europeu, como *civil law* e *common law*, questões relacionadas à história comum, compartilhando de princípios e ideais por seus nacionais, permitem a aproximação desses países com a participação em diversas organizações, dentre as quais se destaca o Conselho da Europa e a União Europeia que possuem regulamentação específica com relação à resolução de determinados conflitos.

No âmbito do Conselho da Europa, dado o compartilhamento de ideais democráticos e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, ideais também compartilhados por parcela considerável dos países integrantes do hemisfério norte, seja como membro¹², o que representa a quase totalidade do continente europeu e os seis países que dele participam com status de observadores¹³, verifica-se a existência da

¹⁰ Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_swe_pt.htm#204. Acesso em 28.05.2017.

¹¹ Art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

¹² Composto por 47 países: Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia, Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Holanda, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Rússia, San Marino, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Macedônia, Turquia, Ucrânia e Reino Unido. Disponível: <http://www.coe.int/fr/web/portal/country-profiles>. Acesso em 28.05.2015.

¹³ Status concedido a Estados, dado a suas particularidades ou não localizados geograficamente no continente europeu: Canadá, Estados Unidos, México, Israel, Japão e Vaticano, os quais corroboram dos

recomendação n. R (98) 1. da Comissão Europeia pela Eficácia da Justiça (CEPEJ), sobre a mediação em direito de família, atua como *soft law* junto aos participantes dessa organização.

A CEPEJ, para emissão da recomendação, realizou estudos em diversos de seus membros a fim de verificar a efetividade da utilização da mediação em matérias de direito de família. Esses estudos demonstraram que o uso da mediação na resolução de conflitos dessa natureza promovia a melhora da comunicação entre os membros da família, redução dos conflitos entre as partes, resolução amigável dos conflitos, manutenção das relações pessoais entre pais e filhos, redução do tempo e das despesas financeiras e sociais envolvidas na solução do conflito¹⁴.

Os princípios indicados pela referida resolução do Conselho da Europa encontram nos Estados que dele participam ambiente fértil, com a promoção da mediação no âmbito do direito de família e tomada das medidas necessárias à sua utilização.

É importante verificar que, apesar de a União Europeia¹⁵ ter finalidade econômica, o que originalmente exclui matérias relacionadas à condição pessoal do indivíduo (capacidade das pessoas físicas, matrimônio, testamento e sucessão), a integração cada vez mais estreita entre seus membros e a liberdade de circulação, suscitou a multiplicação de questões envolvendo as demais esferas do direito, no que se inclui a família e a necessidade de instituir uma cooperação institucional no domínio judicial em matéria civil (AUDIT, 2008, p. 422).

Dessa forma, na seara dos tratados e convenções da União Europeia, em 27 de novembro de 2003, foi aprovado o regulamento CE nº 2201/2003, conhecido com Bruxelas II bis, que, entre outras questões, cuida de matérias relacionadas à competência, reconhecimento de decisões envolvendo divórcio, separação e anulação de casamento e responsabilidade parental, cuja aplicabilidade se dá quando uma regra de competência designa a jurisdição de um Estado membro (AUDIT, 2008, p. 585). De modo que as

princípios democráticos e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, como consagrado pelos seus membros.

¹⁴ Item 7 da Recomendação n. R (98) 1, adotada pelo Comitê de Ministros em 21 de janeiro de 1998. Disponível em: [http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(98\)1&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2a&BackColorLogger=c1cbe6](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(98)1&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2a&BackColorLogger=c1cbe6). Acesso em 28.05.2017.

¹⁵ Atualmente composta por 28 membros: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia e Suécia. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm. Acesso em 28.05.2015.

decisões emitidas por meio de procedimentos oficialmente reconhecidos por um Estado membro deverão ser reconhecidas, quando necessário pelos demais sem a necessidade de aplicação de qualquer mecanismo de controle sobre a lei aplicável (AUDIT, 2008, p. 587).

Assim, diante do estreitamento das relações entre os países integrantes da União Europeia, e com fundamento nos regulamentos e diretivas comunitários, em 2007, baseada numa iniciativa de mediadores poloneses e alemães¹⁶, surgiu a associação para mediação em conflitos internacionais envolvendo pais e filhos (designada por sua sigla em alemão – MIKK). A MIKK tem sua atuação baseada em experiências anteriores implementadas por juristas franco-alemães e americano-alemães, funcionando como organismo ligado ao judiciário alemão, com o objetivo de contribuir para a mediação dos conflitos familiares internacionais, visando proteger os direitos dos menores e bem-estar das famílias¹⁷.

Levando-se em conta o regulamento Bruxelas II bis da União Europeia, a Recomendação n. R(98) 1 sobre mediação em direito de família da CEPEJ e a Convenção da Haia de 5 de outubro de 1961 sobre a competência das autoridades e da lei aplicável em matéria de proteção de menores¹⁸, deu-se a Declaração de Wroclaw de 8 de outubro de 2007 que prevê algumas recomendações para a utilização da mediação binacional em matéria de família, dentre as quais se encontra: (i) condução de um processo de mediação em conjunto nos Estados envolvidos; (ii) os mediadores devem possuir a mesma nacionalidade que os mediados, a fim de espelhar as questões culturais de cada um dos países; (iii) os mediadores devem ser necessariamente um homem e uma mulher; (iv) um dos mediadores deverá ter profissão relacionada à psicologia e o outro jurídica, tais formações são consideradas essenciais à resolução do conflito; e (v) em caso de rapto de uma criança, os mediadores devem estar disponíveis para a condução imediata da mediação.

É possível verificar que a necessidade de resguardar o interesse dos menores em questões envolvendo direito de família tem se mostrado uma temática bastante recorrente

¹⁶ Declaração de Wroclaw decorrente das discussões para estreitamento das relações entre juristas e mediadores em matéria de direito de família. Disponível em: <http://www.bafm-mediation.de/wp-content/uploads/images/ladeclaratiowroclaw.pdf>. Acesso em 29.05.2017.

¹⁷ Mediation in International Conflicts Involving Parents and Children, <http://www.mikk-ev.de/franzosisch/accueil>. Acesso em 29.05.2017.

¹⁸ Convenção que possui como membros: Alemanha, Áustria, Espanha, França, Holanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Polônia, Portugal, Suíça e Turquia e ainda processo de ratificação pela República Popular da China. Disponível em: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=39. Acesso em 28.05.2017.

nos sistemas jurídicos estudados, em especial no território europeu onde a circulação de seus nacionais é uma realidade, e, a utilização da mediação, dotada da devida cautela, tem sido cada vez mais utilizada visando preservar a entidade familiar e os interesses dos menores envolvidos num dado conflito.

Destaca-se, ainda, que a iniciativa proposta pela MIKK no âmbito da mediação em matéria de direito de família não está restrita ao continente europeu, aos países integrantes da União Europeia ou do Conselho da Europa. Tal iniciativa poderá ser utilizada de acordo com as possibilidades facultadas pelo ordenamento jurídico interno de cada país, o que para os integrantes desses organismos internacionais constitui uma realidade diante dos mais diversos instrumentos de cooperação e princípios dos quais partilham.

3. A MEDIAÇÃO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na seara do direito brasileiro, a família é constitucionalmente definida como base da sociedade e sujeita a proteção especial do Estado¹⁹, de modo que as transformações familiares sofridas pela sociedade brasileira contemporânea implicam na adaptação do Estado em acompanhar a evolução do ente tutelado, de modo que a aplicabilidade das novas medidas processuais em âmbito familiar, através da mediação judicial e extrajudicial, surge no Novo Código de Processo Civil, como instrumento de exercício de cidadania através da busca por uma decisão autônoma e consensual por aqueles que jamais deveriam ter deixado de ocupar o papel de protagonista, os reais indivíduos diretamente envolvidos no conflito.

Segundo o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, o sistema judicial não consegue dar conta satisfatoriamente da missão de pacificação do conflito, constata-se uma anunciada crise de legitimidade do judiciário, crise que arrasta seus atores, seus métodos e técnicas, suas práticas e discursos, a serem questionados pela opinião pública. Nesse cenário, a mediação de conflitos é apresentada como uma inovação para o tratamento dos conflitos no Judiciário: em vez de discutir a lide com as partes, na mediação trata-se o conflito como um todo, lida-se com as pessoas²⁰. Assim, em vez de solucionar, o mediador é

¹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 226.

²⁰ Resolução 125/2010 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

apenas ponte de um diálogo a ser construído por aqueles que estão em disputa. Ele é um terceiro passivo: não propõe soluções, não julga, não diz o direito aplicável, não interfere. Ele auxilia, leva à reflexão, escuta²¹.

Minimizar a falta de celeridade no sistema processual brasileiro aparece como grande vetor de tais inovações, que apresentam mecanismos que devidamente adaptados ao sistema processual vigente, caracteriza as transformações sofridas pela ordem social brasileira, que não passou incólume a interatividade das relações familiares com especial destaque para o significativo número de rupturas familiares. Nesse intuito, o estímulo a conciliação e a mediação dos conflitos são apresentadas como deveres dos atores do processo judicial: magistrados, membros do Ministério Público e advogados, por meios de profissionais registrados nos tribunais, nos termos da legislação pertinente²². A apresentação de alternativas a autocomposição das partes, sob o amparo do poder judiciário será aplicável ao universo de matérias cíveis, no que se inclui o direito de família.

Nesse contexto, visando assegurar a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação²³, alterações processuais são impostas, que, gradativamente se expandem como medida jurídica, positivadas no novo código processual.

Diante das normas cogentes previstas, as discussões atuais, versam sobre a eficácia de se fazer valer os institutos da mediação e conciliação em matérias que envolvam direitos indisponíveis, como são as questões de direito de família, que, por ora são sanadas com a observância simples da leitura do art. 694 e parágrafo único do novo diploma legal²⁴.

A positivação de alternativas à resolução de conflitos é uma realidade no sistema brasileiro, como estratégia do desempenho temporal da prestação jurisdicional. A Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil em vigor (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), implantou a prerrogativa de questões

²¹ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015.

²² Constituição da República Federativa do Brasil, 1998, artigo 196.

²³ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigo 5º, LXXVII.

²⁴ Art. 694 do NCPC. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação.

§ único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

jurídicas serem resolvidas administrativamente, de forma consensual sem a obrigatoriedade da tutela jurisdicional, como no caso de separação, divórcio, partilha, bastando, apenas, que as partes estejam assistidas por advogado, não haja divergência entre elas e não tenha direito de menores envolvidos e que foram amplamente aceitas pela sociedade, de modo que as questões familiares que não envolvam direitos de menores podem ser resolvidas mediante simples acordo entre as partes, pelo que segundo dados do IBGE, no ano de 2012, foram lavradas aproximadamente 79.000 escrituras de divórcio junto aos cartórios brasileiros²⁵.

O Novo Código de Processo Civil atribui aos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o dever de estimular a conciliação e a arbitragem, fazendo com que a utilização dos meios alternativos esteja sob a égide da prestação jurisdicional, nas diversas matérias de direito civil²⁶. A inclusão de tais deveres, além de absorver características da sociedade brasileira, consolida a utilização de meios indicados como alternativos, com apoio de profissionais que não disponham de formação jurídica, como instrumento capaz de realizar justiça por meio do devido processo constitucional.

Para as questões envolvendo o direito de família, expressamente indicada pela ordem jurídica pátria como questão de ordem pública e a conscientização do Estado em proteger a realização da prestação jurisdicional por meio das alternativas previstas no novo código franqueará às partes a construção de um acordo sustentável, adaptado as suas particularidades, sob a proteção da tutela do Estado.

Um acordo, amparado por normas processuais, antes da formação do litígio e contraposição das partes como adversárias numa demanda judicial, cria no sistema jurídico nacional um ambiente colaborativo, favorável a construção de soluções adaptadas às diferentes realidades familiares, evitando desgastes inerentes a processos judiciais, em especial pela formalidade impostas às partes que, em situações específicas, acarretam na produção de animosidades ao invés de minimizá-las.

Nesse contexto, a utilização de mediação e composição entre as partes, notadamente em matérias próprias de direito de família, têm tido papel de destaque, e,

²⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: Estatísticas de registro civil, disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2012/pdf/tab_6_11.pdf. Acesso em 30.05.2015.

²⁶ § 3º do art. 3º do NCPC. A conciliação, a mediação e outros de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo civil.

demonstram que na maioria das vezes em que foi implementada imediatamente após a petição inicial, antes que fosse exposta a contestação, quase sempre acompanhada de fatos pretéritos da vida conjugal e familiar dos litigantes (MIGUEL, 2005), produzem acordos sustentáveis, com os quais a família possa conviver a contento.

A necessidade de adaptação dos tribunais brasileiros com a criação de setores próprios para conciliação e mediação, dotados de programas específicos para estimular a autocomposição, detona a preocupação do Estado em franquear também às esferas do direito não atendidas pelas alternativas existentes na legislação em vigor, no que se incluem o direito de família e direitos indisponíveis, mecanismos menos formais e mais adaptados aos anseios das partes que não exclusivamente a via judicial.

Com a vigência da Lei 13.140 de 26 de junho de 2015, princípios como autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e informalidade²⁷, se tornam basilares para a sustentação do êxito na mediação. Tais princípios, inicialmente, não aplicáveis a matérias de ordem pública passam a integrar a tutela jurisdicional do Estado que se propõe a estimular o uso de modalidades alternativas.

Outro pressuposto bastante comum na resolução privada dos conflitos, a confidencialidade²⁸, neste caso, é extensível a integralidade das informações produzidas ao longo do procedimento e sua utilização está condicionada a finalidade expressamente prevista pelas partes. Tal sigilo e limitação se estendem ainda aos mediadores e conciliadores, gerando, inclusive, o impedimento de qualquer depoimento ou apresentação dos fatos e elementos discutidos em sede de mediação e conciliação, assim como ocorre em procedimentos de arbitragem, nos casos de direitos disponíveis.

No intuito de tornar a tentativa de conciliação e mediação efetiva, e, sem qualquer influência em eventual desdobramento judicial que a questão possa vir a ter em caso de fracasso dessa tentativa inicial, a lei impõe que os advogados cadastrados como conciliadores e mediadores de um determinado tribunal, estarão impedidos de exercer a advocacia ou integrar escritório que o faça no âmbito do respectivo tribunal²⁹.

A necessidade de adequação dos tribunais para manutenção de registro atualizado de conciliadores e mediadores, designados por área, e a possibilidade de desdobramento da tentativa de conciliação e composição das partes na quantidade de sessões que sejam

²⁷ Art. 2º da Lei 13.140 de 26 de junho de 2015.

²⁸ § 1º do art. 30 da Lei 13.140 de 26 de junho de 2015.

²⁹ §1º do art. 167 da Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

necessárias, se propõe a franquear as partes a construção de um acordo devidamente adaptado a sua realidade sem estar limitado às propostas iniciais das partes, desafogando assim, o judiciário tão abarrotado de demandas judiciais e trazendo, por fim, a alcançada justiça pretendida pelas partes.

CONCLUSÃO

O Estado, enquanto guardião da tutela jurisdicional deve estar atento as peculiaridades e eventuais transformações de seu povo, tendo em vista as concepções adotadas pelas diversas culturas existentes nos mais variados ordenamentos jurídicos em que o conceito de família, a forma de tratamento e meios de resolução de seus litígios decorrem das concepções próprias que envolvem não apenas questões eminentemente jurídicas, mas, também, questões históricas, concepções sociais, ideais e princípios partilhados por um determinado povo.

O Novo Código de Processo Civil torna claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser completamente resolvido tão somente por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao considerar que sua função consiste somente em examinar quais fatos encontram-se demonstrados para em seguida indicar o direito aplicável à espécie, o operador do direito muitas vezes deixa de fora um componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano.

Sob essa visão, o instituto da mediação vem como forma revolucionária de solucionar os conflitos e, em especial, nas matérias de cunho familiar, a qual se visualiza uma marcante tendência do direito processual, na medida em que vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, tornar-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.

Com a implementação da conciliação sob a égide da prestação jurisdicional do Estado, a instituição familiar utilizará mecanismos amplamente aplicados no direito privado e de reconhecimento internacional, de modo a evitar desgastes relacionados a instauração de litígio e contraposição das partes, haja vista a complexidade de questões envolvidas em desavenças familiares

As ferramentas que a legislação processual brasileira pretende instituir denotam uma preocupação com a adaptação do sistema jurídico a realidade de sua sociedade e uma tentativa de minimizar o tempo de apreciação pelo judiciário das questões, em especial

no âmbito da família, haja vista o dever de permitir as partes mecanismos efetivos para composição de uma melhor solução à sua realidade.

REFERÊNCIAS

AUDIT, Bernard. **Droit international privé**. In. Corpus Droit Privé dirigé par MOLFESSIS, Nicolas. 5. Paris: Economica, 2008.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil.

_____. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

_____. Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (HCCH). **Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable em matière de protection des mineurs**. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=39>. Acesso em 28.05.2017.

CONSEIL DE LÉUROPE. **Lista de Estados Membros**. Disponível: <<http://www.coe.int/fr/web/portal/country-profiles>>. Acesso em 28.05.2017.

CONSEIL DE LÉUROPE. **Recommandation N° R (98) 1 Du Comité Des Ministres Aux États Membros Sur La Médiation Familiale**. Disponível em: [http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(98\)1&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2a&BackColorLogger=c1cbe6](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(98)1&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2a&BackColorLogger=c1cbe6). Acesso em 28.05.2017.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Les grands systems de droit contemporains**. Paris: Dalloz, 2002.

E-LAWS. **Disposições legais**, Disponível em: <<http://www.search.elaws.gov.on.ca/fr/isysquery/3b6605c783224b73aeff5c3c97265981/1/doc/?search=broeseStatutes&context=#hit1>>. Acesso em 28.05.2017.

IBGE, **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2012**, disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2012/pdf/tab_6_11.pdf>. Acesso em 30.05.2017.

MIGUEL, Raduan Filho. **A mediação e a conciliação como meios eficazes na solução dos conflitos de família e para desafogar o judiciário**. Prêmio innovare, II Edição (2005).

MIKK E. V. – MEDIATON BEI INTERNATIONALEN KINDSCHAFTSKOFLIKTEN. **Mediation in International Conflicts Involving**

Parents and Children, <<http://www.mikk-ev.de/franzosisch/accueil>>. Acesso em 29.05.2017.

POLÔNIA. La déclaration de Wrocaw sur la médiation familiale binationale notamment dans l'intérêt des enfants. Disponível em: <<http://www.bafm-mediation.de/wp-content/uploads/images/ladeclaratiowroclaw.pdf>>. Acesso em 29.05.2017.

REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA. Modos alternativos de resolução dos litígios – Inglaterra e País de Gales. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_pt.htm#104>. Acesso em 28.05.2017.

REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA. Modos alternativos de resolução dos litígios – Alemanha. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_pt.htm#105>. Acesso em 28.05.2017.

REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA. Modos alternativos de resolução dos litígios – França. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_pt.htm#205>. Acesso em 28.05.2017.

REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA. Modos alternativos de resolução dos litígios – Espanha. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_spa_pt.htm>. Acesso em 28.05.2017.

REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA. Modos alternativos de resolução dos litígios – Portugal. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_por_pt.html#2.3>. Acesso em 28.05.2017.

REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA. Modos alternativos de resolução dos litígios – Suécia. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_swe_pt.htm#204x>. Acesso em 28.05.2017.

SUPREME COURT OF NEW JERSEY. Family Practice Committee. Disponível em: <<http://www.judiciary.state.nj.us/reports2011/family.pdf>>. Acesso em 28.05.2017.

TIERLING NETO, Walter in. MACEDO, Elaine Herzheim. Comentários ao Projeto de Lei nº 8.046/2010 – Proposta de Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Edi PUCRS, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Lista de Países Membros. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm>. Acesso em 28.05.2017.

WALKER, George K., Arbitrating Family Law Cases by Agreement. Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, v. 18, 2003

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
E A POSSIBILIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA RECONHECER O
PRINCÍPIO DURANTE A FASE POLICIAL EM CRIMES BAGATELARES

Débora Silva de Oliveira¹

RESUMO

O objetivo deste presente artigo, através de pesquisas bibliográficas, é informar ao leitor acerca do princípio da insignificância aplicado aos crimes de bagatela, por meio de conceitos e sua devida aplicação, e sobre onde estes temas estão localizados no âmbito do Direito Penal. A partir de então, é necessário estabelecer uma relação entre esses temas já mencionados, o delegado de polícia e a sua atuação, com o objetivo de verificar a possibilidade da autoridade policial em lidar com o reconhecimento do princípio da insignificância em crimes bagatelares ainda em fase policial, sem antes precisar recorrer ao Judiciário e confrontá-la com a real possibilidade conferida a esta mesma autoridade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, já que o cargo de Delegado de Polícia exige também curso superior em Direito, sendo assim, é considerado operador do Direito, entendendo de leis penais e como analisá-las em casos de bagatela. É indispensável, portanto, compreender a atuação do delegado de polícia no que diz respeito ao afastamento da tipicidade material nos delitos de pouca inexpressividade jurídica, na esfera pré-processual da persecução penal. Serão discorridas breves reflexões sobre os possíveis efeitos jurídicos, que são positivos ao Poder Judiciário, pois ajudariam com a celeridade processual acerca do afastamento da tipicidade material, nos crimes de bagatela, pelo delegado de polícia. Independentemente de o ordenamento jurídico brasileiro reservar ou não, aos delegados, possibilidades amplas de reconhecimento do princípio da insignificância na esfera policial, será a partir do confronto entre a necessidade e a possibilidade destacada ao longo do trabalho, sobre o procedimento mais adotado pelos delegados quando se deparam com as infrações bagatelares.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Delegado de Polícia. Crimes Bagatelares.

ABSTRACT

The objective of this article, through bibliographical research, to inform the reader about the principle of insignificance applied to crimes of trifle, through concepts and their proper application, and where these subjects are located within the scope of Criminal Law. From then on, it is necessary to establish a relationship between these themes, the police officer and his actions, in order to verify the need of the police authority to deal with the recognition of the principle under analysis in the bagatelares crimes still in phase without first having to appeal to the Judiciary and confront it with the real possibility

¹ Bacharelada no Curso de Direito pela Universidade Iguazu – UNIG, campus Nova Iguazu – RJ
Agradeço aos meus pais Ronaldo e Bianca, que me apoiaram e me incentivaram a ir cada vez mais longe.
Devo essa vitória a eles.

conferred on this same authority by the Brazilian legal system, since the position of Police Delegate also requires a higher degree in Law, and is therefore considered to be an operator of the Law, understanding criminal laws and how to analyze them in trifling cases. Therefore, it is essential to understand the role of the police officer regarding the removal of materiality from crimes of little legal inexpressiveness, in the pre-procedural sphere of criminal prosecution. There will be brief reflections on the possible legal effects of the impossibility of removing the materiality, in the crimes of trifles, by the police delegate. Finally, regardless of whether or not the Brazilian legal system reserves delegates wide possibilities for recognizing the principle of insignificance in the police sphere, it will be based on the confrontation between the need and the outstanding possibility throughout the work, in the end, on the procedure adopted by the delegates when they face the bagatelle infractions.

Keywords: Principle of Insignificance. Police Commissioner. Bagatellar Crimes.

INTRODUÇÃO

Este presente artigo tem como objetivo a análise da possibilidade e viabilidade da aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia ainda em fase policial em crimes bagatelares, tendo em conta ser o primeiro órgão receptor dos casos em concreto.

O princípio da insignificância floresceu a necessidade de excluir da área penal aquelas condutas que, por mais que sejam formalmente típicas, acabam carecendo de tipicidade material, ao ponto de vista que não chegam a atingir de maneira significativa os bens jurídicos tutelados, partindo desse pensamento de princípio da insignificância como uma excludente de tipicidade.

O STF buscou harmonizar os quesitos para aplicação desse princípio, a saber: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social do ato; um grau insignificante de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O interesse em elaborar o tema sobre a aplicabilidade acerca do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia visa mostrar a possibilidade da aplicação do mencionado princípio de forma que garanta a celeridade processual e economia dos custos prisionais e processuais, não ocupando o Poder Judiciário com fatos atípicos.

O tema foi escolhido com a razão de discutir um assunto que, por mais que seja de extrema importância, ainda é pouco debatido pela doutrina, os quais seus posicionamentos ainda são bastante tradicionalistas.

1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA ORIGEM

O princípio da insignificância tem origem do Direito Romano, e foi reintroduzido do âmbito penal por Claus Roxin, na Alemanha em 1964. É fundado no axioma jurídico *minimis non curat praetor*, isto é, o pretor (nesse caso o magistrado, responsável pela aplicação da lei ao caso concreto), não cuida questões insignificantes, sustentando em casos que a lesão seja insignificante, não há necessidade de uma pena, porque não versa de fato punível.

O referido princípio, também é conhecido como crime de bagatela próprio, pois ocorre a prática de uma ação que é tipificada como crime praticada por um agente, porém não causa qualquer lesão ao ordenamento jurídico, a sociedade ou a própria vítima, assim afastando a conduta delituosa.

Por mais que não possua previsão no ordenamento jurídico sobre o crime de bagatela, sua receptividade é cada vez maior entre os Tribunais, nos tópicos adiante serão mostradas uma série de jurisprudências acerca do tema, porém ainda ocorrem casos onde o princípio da insignificância é ignorado, causando em alguns casos danos e resultados irreversíveis. O tema em estudo versa justamente sobre essa temática, casos em que o princípio da insignificância poderá ser aplicado, sem antes precisar de mover a grande máquina estatal do Judiciário, economizando recursos e ajudando a preservar a dignidade da pessoa humana.

No estudo do referido princípio, é necessário analisar o mesmo à luz da tipicidade penal, esta, podendo ser dividida entre tipicidade formal e tipicidade conglobante, também conhecida como tipicidade material.

1.2 Tipicidade formal X tipicidade conglobante

A tipicidade penal é necessária para caracterizar o fato típico, e se divide em: formal e conglobante.

Tipicidade formal é aquela na qual a conduta do agente se encaixa perfeitamente ao modelo previsto em lei penal.

Agora, para definir a Tipicidade Conglobante, é necessário verificar dois aspectos fundamentais: se a conduta do agente é antinormativa e se o fato é materialmente típico.

Os estudos sobre a aplicabilidade do Princípio da Insignificância residem nesta vertente da tipicidade Conglobante, também conhecida como Tipicidade Material.

1.2.1 Antinormatividade

O tipo penal é determinado através de política criminal, ou seja, o legislador, em um dado momento histórico, escolhe eleger um bem jurídico como suscetível de proteção do Estado. Desse modo, gera-se a norma penal, elucidada através do tipo penal incriminador.

Deste modo, podemos definir que a conduta humana a qual contrarie alguma norma penal, é definida como antinormativa, pois vai contra dispositivo legal.

1.2.2 Tipicidade conglobante

Nesta categoria, o operador do Direito deve analisar minuciosamente se o elemento pode ser excluído do ramo de Direito Penal, através da aplicação dos princípios informadores do Direito Penal Mínimo.

Portanto, é preciso observar alguns aspectos, dentre os quais: se há ofensividade (Princípio da Ofensividade ou Lesividade); se a sociedade como um todo pode se adequar a tal conduta (Princípio da Adequação Social); se possui um desvalor normativo, ou seja, é insignificante (Princípio da Insignificância); se o Direito Penal precisa se ocupar do assunto não bastando outros ramos do Direito para solucionar a questão no caso em concreto (Princípio da Intervenção Mínima); se o bem jurídico que fora afetado está inserido no rol de proteção na qual a norma penal se dispõe a proteger (Princípio da Fragmentariedade).

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA CONCOMITÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Os princípios no Direito Penal devem ser vistos como norteadores para aplicação da lei em casos concretos, pois são referenciais para o ordenamento jurídico, podendo estar presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma

explícita, ou implícita, na doutrina e em respectivas jurisprudências.

Dentre os princípios que guiam a aplicação do Direito Penal, é pelo Princípio da Intervenção Mínima, presente na doutrina e jurisprudências, que o Direito Penal demonstra sua ordenação para interferir minimamente em sociedade.

A intervenção do Direito Penal deve ser feita em fatos que alcancem certa relevância jurídica, somente quando outros ramos do Direito não consigam solucionar o problema exposto.

Assim apresenta Rogério Greco:

O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância. (GRECO, 2012, p.47).

Tal como explicado acima, o Direito Penal não deve estar destinado à proteção de todos os bens jurídicos pertinentes à sociedade, mas apenas a uma minoria que não é abrangida pelos outros ramos do Direito, tais como o Direito Administrativo, Tributário, Ambiental, e etc. Dessa forma, não intervirá de maneira desnecessária na vida das pessoas, pois estes outros ramos do Direito já mencionados forem capazes de solucionar os conflitos existentes.

É notório que há princípios segmentados da Intervenção Mínima, dentre os quais estão presentes e merecem notoriedade, a Fragmentariedade, a subsidiariedade ou necessidade e o princípio da Insignificância, ou também conhecido como Princípio da Bagatela, o qual será tema de estudos neste presente artigo.

Assim, como o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) expôs, o Supremo Tribunal Federal (STF) já afirmou que o Princípio da Insignificância ou Bagatela é consequência, segmentado da Intervenção Mínima, pelo que deve ser tratado em concomitância com este princípio e possui alguns vetores já garantidos pela própria jurisprudência da respeitável corte.

Observe:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. FURTO DE BOTIJÃO DE GÁS AVALIADO EM R\$ 60,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. RECIDIVA DO PACIENTE EM CRIMES PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação

com os postulados da fragmentariedade da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência total de periculosidade social da ação; ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica ocasionada. (JUSBRASIL, 2014).

É importante destacar o julgado acima pois ele demonstra a correlação existente entre o Princípio da Insignificância e os Princípios da Fragmentariedade e Intervenção Mínima. É através do Princípio da Insignificância que surge a ideia de não aplicação do Direito Penal quando a ofensa a um bem jurídico tutelado seja diminuta, possuindo pouca, ou até mesmo nenhuma lesividade.

Então é possível que o operador do direito se depare com uma situação concreta que seja inteiramente possível a aplicação do Direito Penal, mas não haja, uma razoabilidade para tal aplicação, sequer expressividade suficiente da lesão jurídica causada ao bem tutelado que seja passível de intervenção deste ramo do Direito.

Desta forma, para que o Princípio da Insignificância seja aplicado, o STF consolidou os seguintes vetores que devem ser verificados: mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica causada.

Não existe uma fórmula objetiva ou valor que sirva de parâmetro que quando atingidos venham de forma automática e simples, fazer incidir o Princípio da Insignificância, ou da Bagatela. Dessa mesma forma, tampouco existe uma fórmula para o reconhecimento do tal preceito esteja atrelado à mera discricionariedade do operador do Direito. O que deve haver é uma análise do caso em concreto paralelo aos vetores estabelecidos pela jurisprudência do STF.

2.1 Consequências jurídicas do reconhecimento do princípio da insignificância em crimes bagatelares

Para a averiguação da tipicidade de um delito não basta que a conduta se adeque simplesmente puramente ao tipo penal previsto em lei, que é a tipicidade formal. É preciso que seja levado em consideração, também, a relevância material da conduta. Essa relevância é conhecida como tipicidade material, a saber:

Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem aplicação do princípio da insignificância. Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem ao caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal. (GRECO, 2012, p.160).

Francisco Assis de Toledo (1994, p. 362) declara ainda que para a análise da tipicidade material é exigível uma conduta típica que, de maneira concreta, seja lesiva ao bem jurídico tutelado.

Como foi exposto na passagem acima citado, é através da tipicidade material que é possível analisar a relevância do bem jurídico para ser tratado pelo ramo do Direito Penal. Sem essa análise da tipicidade material, não há como estabelecer um sentido de verificação da suposta ofensa consumada frente ao bem jurídico.

Pelos preceitos de Damásio de Jesus (2013, p.360), é possível entender ainda que o fato típico é formado também pela conduta do agente, nexos causal, e pelo resultado. Assim, tais elementos são extremamente importantes para análise do aspecto material da tipicidade.

Por conseguinte, os delitos de bagatela são considerados insignificantes pois não possuem relevância jurídica suficiente para que sejam aplicados a ele o Direito Penal, que como já foi suscitado acima, deve intervir de maneira mínima. Assim, os delitos de bagatela são aqueles que o Princípio da Insignificância irá recair e atingir.

Portanto, havendo o reconhecimento da bagatela em um determinado caso concreto, não resta dúvida que a consequência jurídica da conduta, por ausência de uma relevância jurídica para a incidência do direito penal e a tipicidade conglobante, também conhecida como material, estas, discorridas no tópico anterior. Como ensina Cezar Roberto Bittencourt (2012, p.194) “[...] a insignificância da ofensa afasta a tipicidade [...]”

3 FUNÇÕES DA PERSECUÇÃO PENAL

Persecução Penal é um conjunto de duas fases que é uma soma de atividade investigatória com uma ação penal que é proposta pelo Ministério Público.

Investigação Penal, é nela que são colhidas provas, depoimentos e indícios relacionados a autoria de alguma infração penal, que servirá de base para uma ação penal futura ou à providências cautelares. Segundo o artigo 4º do Código de Processo Penal, a

Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais nos seus respectivos territórios, cabendo a eles a apuração das infrações penais e sua autoria. O objetivo do inquérito policial cumpre dois objetivos: dar elementos suficientes para a formação da *opinio delicti* do principal órgão de acusação, o Ministério Público, ou do querelante de que existem provas o suficiente do crime e de sua autoria, e comprovar que possui embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa.

Processo Penal, como o próprio nome define, é a parte processual, no qual é definido o tipo de ação e o rito a ser seguido.

4 POLÍCIA JUDICIÁRIA

A atuação da Polícia Judiciária está prevista em diversos dispositivos legais, mas uma de suas principais fontes é o Código de Processo Penal, predominando seu caráter repressivo, pois sua principal função é punir os infratores das leis penais. Como sugere sua nomenclatura, a polícia judiciária atua em auxílio à Justiça, apurando as infrações penais e suas respectivas autorias.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci destaca que:

O nome polícia judiciária tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva (típica da Polícia Militar para a garantia da segurança nas ruas), porém investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro (NUCCI, 2005, p.123).

Nos termos do artigo 144, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, às Polícias Cíveis, dirigidas por Delegados de polícia de carreira, incumbem, exceto a competência da União (esta, ressalvada pela Polícia Federal), as funções de polícia judiciária.

4.1 Natureza jurídica do delegado de polícia

Em conjunto com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entende-se que “[...] o delegado de polícia é, antes de tudo, um servidor público [...]” (LÉPORE; BRENE; 2013, p.15). Assim fazendo parte da Polícia Judiciária, a autoridade policial tem atribuição de chefiar uma delegacia de polícia, apurar infrações penais, e

também cumprir decisões vindas do Poder Judiciário.

A lei federal 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal, em seu artigo 2º descreve que: “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas do Estado” (BRASIL, 2013).

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, a Lei Federal nº 9.266/96 que “Reorganiza as classes da Carreira da Polícia Federal, fixa a remuneração dos cargos que a integram e dá outras providências”, em seu artigo 2º-A, leciona que:

Art. 2º-A. A Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, para o exercício de suas competências previstas no § 1º do art. 144 da Constituição Federal, fundada na hierarquia e disciplina, é integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça. Parágrafo único. Os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, são responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado (BRASIL, 1996).

Ainda que a lei mencionada trate exclusivamente do cargo de Delegado de Polícia Federal, é possível interpretar o mesmo raciocínio para os Delegados de Polícia Civil dos Estados, pois suas atribuições são semelhantes em ambos cargos, diferenciando apenas nos crimes investigados e em suas competências.

5 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Infelizmente ainda nos deparamos com pensamentos antigos que assimilam o Delegado como uma autoridade que “apenas faz R.O”, sendo esquecido que na verdade, integra as carreiras jurídicas do Estado, e que atua como o primeiro órgão receptor do caso em concreto e como primeiro garantidor da legalidade e da justiça. É o delegado que, desde o início das investigações deve se preocupar com a observância irrestrita de direitos e garantias do cidadão.

Portanto, não pode e não deve o Delegado de polícia se ater apenas à literalidade da lei, em sua tipicidade formal, e sim fazer um juízo de valor acerca dos fatos que são apresentados, observando não apenas indícios de materialidade e autoria, mas também, e

principalmente os elementos que constituem o crime, sejam eles: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

A autoridade policial poderá e deverá se guiar através de toda técnica jurídica disponível na doutrina, jurisprudência e interpretação do direito, e sobretudo, utilizar o bom senso e conhecimento que possui, para decidir pela liberdade ou prisão em flagrante de um indivíduo.

Pela lógica, se o fato é atípico para autoridade judiciária, também apresenta natureza igual para a autoridade policial. Neste segmento, defendendo o poder e o dever do delegado de polícia em aplicar o princípio da insignificância, Khaled Jr. e Rosa afirmam que:

Indo só os Delegados podem como devem analisar os casos de acordo com o princípio da insignificância. Merecem aplauso e incentivo os Delegados que agem dessa forma, pois estão cientes do papel que lhes cabe na investigação preliminar, atuando como filtros de contenção da irracionalidade potencial do sistema penal (JUSTIFICANDO, 2014).

Neste mesmo sentido, as palavras do Professor André Nicolitt que, com sabedoria, ensina que:

Com efeito, quando o Delegado de polícia se depara com um fato que, aprioristicamente é insignificante, verificado que a notícia de crime não procede (verificando a improcedência das informações - §3º do art. 5º, CPP) está autorizado a deixar de lavrar o auto de flagrante ou, simplesmente, deixar de instaurar o inquérito. Isto ocorre porque a função do Delegado de polícia é fazer o primeiro juízo (provisório) sobre a tipicidade. A função do Delegado de polícia não pode resumir-se a um juiz de tipicidade legal ou formal, tendo que ser alargada ao juízo de tipicidade material, e mesmo, conglobante. Entendimento diverso retira o significado e a importância que a Constituição deu à atividade de polícia judiciária, cujas atribuições foram definidas por ela, que exigiu, inclusive, a estruturação em carreira do cargo de Delegado de polícia (NICOLITTI, 2010, p.130).

Para concluir a mesma linha de pensamento, o entendimento do Doutrinador Cleber Masson:

Com o devido respeito, ousamos em discordar desta linha de pensamento, por uma simples razão: o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para autoridade judiciária, também apresenta natureza igual para a autoridade policial. Não se pode conceber, exemplificativamente, a obrigatoriedade da prisão em flagrante no tocante à conduta e subtrair um único pãozinho, avaliado em poucos centavos, do balcão de uma padaria, sob pena de banalização do Direito Penal e do esquecimento de outros relevantes

princípios, tais como o da Intervenção Mínima, da Subsidiariedade, da Proporcionalidade e da Lesividade (MASSON, 2015, p.83).

É de suma importância ressaltar e refletir que, o Delegado de polícia, que antes de exercer o cargo, é um operador do direito, possui independência jurídica para entender, ou não, se o fato que foi imputado é caso de lavratura de auto de prisão em flagrante, privando o suposto autor do fato, antes de qualquer prova mais robusta, e até mesmo da defesa do acusado, que muitas vezes por medo acaba negando a falar ou se justificar em sede policial. De acordo com a nossa Constituição Federal, a liberdade é regra, sendo a prisão exceção, o que destaca ainda mais a importância do referido cargo, da necessidade de ser Bacharel em Direito e possuir independência jurídica para decidir de acordo com suas convicções jurídicas, ressaltando mais uma vez que o mesmo é o primeiro garantidor da correta aplicação da lei e manutenção da liberdade de todos cidadãos.

O Direito não é uma ciência exata, a lei penal tem a possibilidade e oportunidade de ser interpretada por operadores de direito conscientes das desigualdades sociais, como também das diversidades culturais, financeiras e educacionais que estão fortemente presentes na população de nosso País.

6 BENEFÍCIOS QUE O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO AINDA EM FASE POLICIAL TRARÁ AO JUDICIÁRIO

Com o princípio sendo aplicado pelo delegado de polícia, seriam poupados anos de trabalho no âmbito policial, pois seriam descartadas as investigações, e no Judiciário não ocuparia o Ministério Público com questões que poderiam ser resolvidas em fase pré-processual, não necessitando de arquivá-las, posterior a isso, o setor de Distribuição de cada comarca, pois assim que os inquéritos são arquivados, são enviados a este setor para que sejam distribuídas para uma das varas criminais de sua respectiva comarca, um trabalho que muitas vezes pode ser considerado supérfluo, visto que demanda de uma grande mão de obra.

7 JURISPRUDÊNCIAS

Há farta jurisprudência acerca da aplicação do princípio da insignificância, logo abaixo serão destacadas decisões colacionadas:

1. AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Extinção do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e conseqüente inexistência de justa causa. 2. AÇÃO PENAL. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em habeas corpus. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada. (JUSBRASIL, 2007).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. BAIXO VALOR. RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À VÍTIMA. AGRAVO PROVIDO. 1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A conduta de furtar cremes de pentear - equivalente a 4,5% do salário mínimo vigente à época dos fatos, e restituídos ao estabelecimento comercial -, é desprovida de relevância penal, mormente por se tratar de réu tecnicamente primário, não obstante a existência de outra ação penal por furto tentado. 3. Agravo regimental provido para reconhecer a atipicidade material da conduta. (JUSBRASIL, 2018).

Princípio da insignificância – Furto- Pequeno valor da coisa furtada – atipicidade do fato ante ausência da lesividade ou danosidade social – A lei penal jamais deve ser invocada para atuar em casos menores, de pouca ou escassa gravidade. E o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz doo que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal” (JUSBRASIL, 2017).

Por fim, para demonstrar com a aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de polícia poderia contribuir para a celeridade processual e também para economia de custos, fixa destacar a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Rafael Gonçalves de Paula, nos autos do processo nº123/04 da 3º Vara Criminal da Comarca de Palmas – TO:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Gandhi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados e dos políticos do mensalão deste governo, que sonham milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional)...Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário apesar da promessa deste presidente que muito fala, nada sabe e pouco faz. Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização europeia... Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra -e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha os motivos (JURISCIÊNCIA, 2008).

Como é notável, a aplicação do princípio da insignificância é de extrema importância nos crimes em que a ofensividade da conduta do agente foi mínima, não houve periculosidade social da ação, o grau de reprovabilidade do delito penal do diminuto, e a lesão do bem jurídico provocada foi inexpressiva.

CONCLUSÃO

Diante do artigo exposto, podemos concluir que a lei penal é para ser cumprida, mas acima de tudo, interpretada. O Direito Penal sempre foi um instrumento de poder para finalidade de controle social, para fins de dominação, e não correção. A lei penal é um mecanismo de autoridade ociosa para os crimes de bagatela.

Nos termos do artigo 17, CPP, não é de competência da autoridade policial arquivar autos de inquérito policial, este ato é processado mediante pedido do Ministério Público e decisão do Juiz. Em conjunto com esse pensamento, como foi discorrido em um dos tópicos abordados no presente artigo, o Delegado poderá arquivar a *notitia criminis* se não houver justa causa para a instauração do inquérito.

Na mesma concepção, Fernando Capez enfatiza a impossibilidade do arquivamento do inquérito policial pelo Delegado, porém, afirma que faltando a justa causa, a autoridade policial pode deixar de instaurar o inquérito. Sendo assim, a autoridade policial pode deixar de instaurar inquérito mediante decisão minuciosamente fundamentada, o que não pode fazer é, após a instauração resolver de ofício arquivar o feito.

Especificamente, a respeito da recusa de requerimento de instauração de inquérito policial na chamada *delatio criminis* (art. 5º, II, segunda parte, CPP) pode haver indeferimento pela autoridade policial cabendo recurso dessa decisão nos termos do artigo 5º, § 2º, CPP, o que, mais uma vez, demonstra claramente que o Delegado de Polícia pode deixar de instaurar Inquérito em determinados casos.

É de suma importância salientar que, para configuração do crime previsto no artigo 319 do Código Penal, são indispensáveis que os atos praticados sejam contra disposição expressa em lei, e inexistente norma que obrigue o Delegado de polícia a lavrar flagrante toda pessoa apresentada como autor de ilícito penal, levando em consideração seu poder discricionário, não há de se discutir prevaricação. Os Delegados de polícia fazem jus ao juízo de valoração e discricionariedade, podendo decidir a respeito da lavratura do flagrante, por não lesar significativamente os bens jurídicos tutelados em questão, não ter ocorrido nenhuma periculosidade social, é reduzidíssimo o grau de reprovabilidade do comportamento do autor e a ofensa da conduta foi mínima.

O fundamento legal para a utilização do Princípio da Insignificância como forma de deixar de lavrar o flagrante diante da ausência de tipicidade material, também conhecida como tipicidade conglobante, de um fato que está disposto no Código Penal, “suspostamente” criminoso, se respalda no artigo 304, §1º, do Código de Processo Penal por interpretação a contrário sensu do dispositivo.

Por conseguinte, a utilização desse princípio pela autoridade policial não mostra que o Estado, representado pela Polícia, irá desvalorizar os crimes insignificantes, mas é de interesse do Estado preservar a liberdade, dignidade e a vida das pessoas, assim evitando abusos, excessos, injustiças e lesões irreparáveis. Também é importante destacar que desta forma, iria possibilitar maior eficiência do Processo Penal em se ocupar com assuntos que realmente valham a pena, e de maior interesse social e relevância patrimonial, desobstruindo as vias judiciárias com prisões injustas, aquelas que afetaram

bens jurídicos insignificantes, valorando também o Princípio da Celeridade Processual e ajudando a preservar a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ADEPOLRJ. **SÚMULA Nº 6. SEMINÁRIO INTEGRADO: Polícia judiciária da União.** Disponível em http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079>. Acesso em: 15 maio. 2019.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Código de Processo Penal Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1.

BRASIL, Planalto. **LEI Nº 12.830, DE 20 DE JUNHO DE 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, Planalto. **LEI 9.266, DE 15 DE MARÇO DE 1996.** Dispõe sobre reorganização das classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências.1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9266.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **DECRETO LEI 3.689 DE 03 DE DEZEMBRO DE 1941.** Código de Processo Penal, São Paulo, SP; Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição (1988). República Federativa do Brasil.** São Paulo, SP: Saraiva, 2019.

BRENE, Cleyson; LÉPORE, Paulo. **Manual do Delegado de Polícia Civil Teoria e Prática.** Salvador, BA: Juspodivm, 2013.

CABRAL, B. F.; SOUZA, R. P. M. D. **Manual Prático de Polícia Judiciária.** 2 ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral** – 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.

HOFFMANN, Henrique, Fontes, et al. **Temas avançados de Polícia Judiciária**. 3 ed. Salvador, BA: Ed. JusPodivm, 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito penal parte geral**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JURISCIÊNCIA. **A decisão do Juiz Rafael Gonçalves de Paula**. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/pecas/a-decisao-do-juiz-rafael-goncalves-de-paula/85/>>. Acesso em: 25 maio 2019.

JUSBRASIL. **O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI - Mariana Teixeira**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1567141/o-principio-da-insignificancia-seu-conceito-e-aplicacao-no-seculo-xxi-mariana-teixeira>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

JUSBRASIL. **Recurso especial. Furto simples. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reiteração delitiva. Reincidência. Recurso provido**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631920102/recurso-especial-resp-1755848-sc-2018-0183617-5?ref=serp>>. Acesso em: 21 maio. 2019.

JUSBRASIL. **Penal. Processual penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto simples. Princípio da insignificância. Possibilidade. Baixo valor. Réu tecnicamente primário. Inexistência de prejuízo à vítima. Agravo provido**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617605151/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1266780-rs-2018-0066212-7?ref=serp>>. Acesso em: 21 maio. 2019.

JUSBRASIL. **AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729075/habeas-corporus-hc-88393-rj>>. Acesso em: 21 maio. 2019.

JUSBRASIL. **Habeas corpus. Writ substitutivo. Desvirtuamento. Furto de botijão de gás avaliado em R\$ 60,00. Princípio da insignificância**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/82106217/stj-11-12-2014-pg-1294>>. Acesso em: 21 maio. 2019.

KHALED JR., Salah H.: ROSA, Alexandre Morais da. “**Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial**”. *Justificando*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/11/25/delegados-relevantes-e-lesoes-insignificantes-legitimidade-reconhecimento-da-falta-de-tipicidade-material-pela-autoridade-policia/>>. Acesso em: 07 maio. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NICOLITTI, André. **O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância, in Temas para uma perspectiva crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juriz, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática Forense Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Paulo Cesar Cordeiro da. **A (im) possibilidade da aplicação do princípio da insignificância por delegados de polícia nos casos de prisão em flagrante**: Paulo Cesar Cordeiro da Silva. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/39110/a-im-possibilidadeda-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-por-delegados-de-policia-nos-casos-de-prisaoem-flagrante-delito>. Acesso em: 15 abril 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

**MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: EFETIVIDADE DAS DECISÕES
JUDICIAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE**

Glaucia de Assis Marcello¹

RESUMO

O presente artigo consiste em uma pesquisa sobre a efetividade das decisões judiciais que deferem tutela de urgência em matéria de saúde. Será descrito como os requerimentos relacionados ao fornecimento de medicamentos chegam ao Poder Judiciário e apresentada uma medida executiva atípica que está sendo utilizada em duas Varas Cíveis da Comarca de Nova Iguaçu, visando trazer maior segurança e celeridade. Medida esta que foi introduzida pelo artigo 139, IV do Código de Processo Civil e já encontram apoio na Doutrina e Jurisprudência.

Palavras-chave: Medicamentos. Tutela. Efetividade. Medidas executivas.

RESUMEN

El presente artículo consiste en una investigación sobre la efectividad de las decisiones judiciales que detienen tutela de urgencia en materia de salud. Se describirá cómo los requerimientos relacionados al suministro de medicamentos llegan al Poder Judicial y se presenta una medida ejecutiva atípica que está siendo utilizada en dos Varas Civiles de la Comarca de Nova Iguaçu, con el objetivo de traer mayor seguridad y celeridad. Medida esta que fue introducida por el artículo 139, IV del Código de Proceso Civil y ya encuentran apoyo en la Doctrina y Jurisprudencia.

Palabras clave: Medicamentos. Tutela. Efectividad. Medidas ejecutivas.

INTRODUÇÃO

Segundo os dados do Ministério da Saúde (MS), no Brasil, mais de 87 milhões de pessoas são acompanhadas pelas Equipes de Saúde da Família (ESF), cerca de 110 milhões são atendidas por Agentes Comunitário de Saúde (ACS), ambos pertencentes ao Sistema Único de Saúde (SUS). Grande parte dessas pessoas necessita de medicamento ou tratamentos contínuos e muitas são aquelas que têm o SUS como sua única forma de acesso a saúde.

¹ Graduanda do 10º período de Direito. Agradecimentos a Deus, aos meus pais e esposo pelo apoio e paciência. Aos professores, em especial os orientadores, por todo conhecimento passado. Ao Juiz de Direito Gustavo Quintanilha e ao Defensor Público, Walter Lisboa pelo incentivo e enriquecimento do tema. Entrega dos originais em 17/06/2019.

O SUS tem seu modelo de saúde estruturado e organizado entre três níveis de saúde: atenção básica, especializada ou hospitalar. A cada quatro anos o Ministério da Saúde elabora o Programa Nacional de Saúde (PNS) sendo o instrumento que norteia a atuação do Governo Federal para o quadriênio, e tem como principal objetivo contribuir para o aperfeiçoamento do Sistema com vistas a ampliar o acesso oportuno da população, com garantia de integralidade às ações e serviços de saúde. A partir daí, anualmente o MS elabora o Programa Anual da Saúde (PAS) que tem por objetivo operacionalizar as intenções do PNS.

Dentro desse programa são estabelecidas intenções de melhorias nos serviços de disponibilização de medicamentos e acesso a tratamento de saúde. Os tratamentos que exigem procedimentos hospitalares, internação e cirurgia, cabem ao Município prover, salvo quando a hipótese enseje a obtenção de vaga na rede estadual ou federal. A lista de medicamentos é disponibilizada no portal do governo federal através da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Cabe ao Estado fornecer os que constam da Relação Estadual de Medicamentos Essenciais - RESME e ao Município fornecer os que constam da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais - REMUME. Cumpre ainda às instituições públicas de saúde ambulatorial e hospitalar observar os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDT, adotados pelo Sistema Único de Saúde.

Tudo seria muito bom se a disponibilização de medicamentos e o serviço de tratamento pelo SUS fossem efetivos e eficazes, mas infelizmente a realidade é bem diferente, a começar pela oferta e demanda. Atualmente o país tem a sua população habitacional que passa dos 200 milhões e um sistema de saúde público financiado indiretamente por meio da carga tributária. Aproximadamente 75% de brasileiros utilizam exclusivamente o setor público de saúde e os outros 25% que podem utilizá-lo mesmo tendo contratado os serviços do setor privado. Antes de 1988 o sistema público de saúde atendia a quem contribuía para a Previdência Social, mas a Constituição de 1988 trouxe à saúde o caráter universal, integral e equitativo sobrecarregando por demais o acesso satisfatório aos serviços do SUS. Apesar da existência de planos de saúde, o SUS realiza 75% dos procedimentos de alta complexidade no País. Esse e outros fatores podem influenciar na complexidade gerencial do sistema, como a dimensão continental do país; diversidade cultural, demográfica, econômica e epidemiológica.

Em meio a toda essa dificuldade e complexidade de gestão eficaz e plena é que todos os dias cresce o número de pessoas que recorrem à justiça para de alguma forma

terem acesso à saúde que é um direito fundamental garantido pela Constituição. Esse crescimento, conjuntamente à complexidade dos processos de fornecimento de medicamento (obrigação de fazer) tem dificultado a celeridade processual e a efetividade das decisões judiciais.

1 DIREITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO IGUALITÁRIO À SAÚDE

Cabe ao Estado proteger e promover o bem-estar das pessoas, devendo fiscalizar e melhorar cada vez mais as políticas públicas voltadas para saúde, prestando à sociedade, serviços públicos eficientes no que concerne ao seu direito fundamental da saúde, já que o artigo 6º da Constituição Federal estabelece que este é um dos direitos sociais.

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. (BRASIL, 1988)

A Constituição também ressalta em seu artigo 196 que:

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. (BRASIL, 1988)

Assim, obviamente deve-se observar a justa prioridade de utilização de medicamentos do RENAME e tratamentos dos PCDT, bem como a necessária preferência por medicamentos aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Porém, pode ser deferida tutela judicial para qualquer medicamento ou tratamento imprescindível e comprovadamente eficaz, desde que não seja experimental.

2 DISPONIBILIDADE DO MEDICAMENTO OU TRATAMENTO PELO SUS

Para ter acesso aos medicamentos, o usuário precisa, primeiramente, ser atendido por algum médico credenciado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), fazer todos os procedimentos, exames, e esclarecer a doença e o tratamento. Com a receita, que contenha o nome do princípio ativo/denominação genérica (não pode ser o nome comercial do medicamento), o paciente deverá conferir se o medicamento solicitado consta na relação de medicamentos disponibilizados pelo SUS (RENAME) e verificar a qual Componente da Assistência Farmacêutica ele pertence.

Os medicamentos do SUS estão divididos por blocos de financiamento da assistência farmacêutica, sendo de responsabilidade municipal (componente básico),

estadual (componente especial e especializado) ou federal (componente Estratégico – programas de saúde do MS). Sabendo a qual Componente da Assistência Farmacêutica o medicamento faz parte, o usuário poderá consultar na Secretaria Estadual de Saúde ou na Farmácia Pública do município os procedimentos para abrir processos de solicitação de medicamentos, documentos e exames necessários e onde retirar estes medicamentos.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 Aspectos gerais

Primariamente ocorre quando uma paciente precisa de medicamento ou tratamento específico, não disponibilizado pelo SUS, mas considerado o mais adequado para sua situação. A solução é dar entrada com um pedido perante o Poder Judiciário, com o seguinte entendimento: se a Constituição diz que é dever do Estado promover o acesso à saúde e que o direito é igualitário, não pode um cidadão ser privado de um tratamento adequado por razões financeiras.

Por outro lado, infelizmente, muitos ainda são os processos distribuídos devido à falha no fornecimento dos medicamentos e tratamentos listados, não só por conta da dificuldade de gerenciar, mas também pela negligência dos gestores públicos.

3.2 Dificuldades de enfrentar a doença conjuntamente com um processo judicial

Aguardar a um resultado de processo judicial não é fácil, mas aguardar uma resposta enquanto luta contra uma doença é pior ainda. Pois envolvem questões burocráticas e a incerteza sobre o resultado da ação. Não há como mensurar a dor e a dificuldade de um cadeirante, um paciente com câncer terminal ou até mesmo doença infectocontagiosa. Uma ação judicial pode demorar muito tempo e é desgastante para uma pessoa fragilizada. Alguns pacientes acabam morrendo esperando por uma decisão da Justiça. Diabéticos que dependem de insulina diariamente são irreversivelmente prejudicados pela demora do trâmite processual, correndo grave risco de morte. Tratamentos tornam-se ineficazes pelo intervalo de tempo entre a obtenção de uma e outra medicação.

4 TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 modificou o sistema de tutela judicial, fundamentado no princípio da inafastabilidade da jurisdição disposto no artigo 5º, inciso XXXV 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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988)

A tutela antecipada e a tutela cautelar passaram a respeitar o mesmo regime legal, diferente do que acontecia no Código de 1973. Assim, a tutela provisória ficou dividida em tutela de urgência (composta por antecipada e cautelar) e tutela de evidência. Ambas podendo ser requeridas antes ou no curso do processo. “Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.” (BRASIL, 2015)

A tutela de urgência é concedida quando são demonstrados elementos que indiquem a probabilidade do direito, assim como o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional. Já a tutela de evidência dispensa a demonstração do perigo da demora, nos seguintes casos:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (BRASIL, 2015)

A tutela de urgência é dividida em cautelar e antecipada, com ambas podendo ser concedidas em caráter antecedente ou incidental. A tutela de evidência só ocorre em caráter incidental (no curso de um processo que já esteja em andamento), porque, pela sua própria natureza, a pretensão está relacionada com a antecipação da sentença.

O processo cautelar autônomo, previsto no Código de 1973, não encontra previsão na nova lei processual que trouxe a tutela de urgência de natureza cautelar.

Possui a finalidade de proteger bens, pessoas ou provas, sem resolver o mérito da questão. Exemplo é o pedido de indisponibilidade de patrimônio que o réu está dilapidando, com o objetivo de garantir o processo de cobrança da dívida.

A tutela de urgência antecipada assegura direito material de forma efetiva. O autor deve demonstrar para o juiz que, além da urgência, o direito material estará em risco se a medida não for concedida. A tutela antecipada já satisfaz e garante o direito material. Através dela, o autor obtém antecipadamente os direitos que seriam alcançados somente após o trânsito em julgado da sentença. O que acontece posteriormente é apenas uma confirmação. Exemplo é a necessidade de urgente internação ou a concessão de medicamentos.

5 DESCUMPRIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA EM MATÉRIA DE SAÚDE

O Código de Processo Civil de 2015 mudou significativamente a forma de se pensar o processo, em especial no que diz respeito à efetividade das decisões. Considerando que muitas das formalidades processuais dificultam o andamento processual, em vez de assegurar o devido processo legal.

Conforme enunciam Minami e Talamini,

A decisão antecipatória ou final impositiva de dever de fazer ou não fazer veicula verdadeira ordem para o demandado. Há direta determinação de que o réu cumpra o fazer ou não fazer, objeto do dever tido como plausível ou já reconhecido em cognição exauriente como devido. (MINAMI; TALAMINI, 2018, p.29)

Porém, dizer que a jurisdição tem por objetivo apenas “declarar” os valores constitucionais normatizados é limitado frente a complexidade da função jurisdicional. Além de ter como base as normas constitucionais, cabe ao juiz, antes de tudo, dar tutela concreta ao direito material. Isso pode ser caracterizado como simples declaração. A função do juiz não é apenas a de editar a norma jurídica, mas sim a de tutelar concretamente o direito material, se necessário através dos meios de execução.

Assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional é ter o direito ao meio executivo adequado, e exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades do caso concreto.

Já no sistema instituído pelo art. 497, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. O art. 499 consagra em termos cogentes tal diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional (“somente será convertida... por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico”). E, para tanto, o provimento concessivo da tutela, mais do que diretamente autorizar o emprego de meios substitutivos da conduta do réu (eficácia executiva lato sensu), há de ter força suficiente para mandar que ele mesmo adote o comportamento devido. (MINAMI; TALAMINI, 2018, p. 30)

6 MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Com a ideia de efetividade do processo, visando garantir a satisfação da pretensão defendida, o Código de Processo Civil de 2015 prevê a utilização, pelo magistrado, de medidas executivas atípicas. Ou seja, é poder-dever do juiz determinar medidas executivas que garantam o cumprimento efetivo da decisão judicial.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. (BRASIL, 2015)

A enumeração de medidas disposta no § 1º do art. 536 do Código de Processo Civil não é exaustiva. Como pode-se perceber outras medidas não expressas no código podem ser utilizadas no cumprimento de sentença, logo consideradas atípicas.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (BRASIL, 2015)

Todavia a interpretação dos artigos 139, IV e 536 § 1º do Código de Processo Civil deve ser norteada pelos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, a segurança jurídica, liberdade, integridade física e moral e eficiência. Uma forma de atender aos limites é justamente autorizando essa medida de forma subsidiária, apenas em hipóteses excepcionais, ou seja, quando esgotadas todas as outras tentativas tradicionais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. ADOÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS FUNDADAS NO ART. 139, IV, DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DAQUELAS EM RELAÇÃO A ESTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As medidas executivas fundadas no art. 139, IV, do CPC/2015, em razão de sua atipicidade, devem ser adotadas excepcionalmente, de forma subsidiária àquelas típicas já previstas no ordenamento jurídico. É dizer, só devem ser utilizadas após esgotados todos os meios tradicionais de execução, de forma subsidiária. (TJ-SP - Agravo de Instrumento: AI 20175118420178260000 SP 2017511-84.2017.8.26.0000. Órgão Julgador 31ª Câmara de Direito Privado. Publicação 11/04/2017. Julgamento 11 de Abril de 2017. Relator Adilson de Araujo) (BRASIL, 2017)

Para Arruda Alvim, a medida executiva “Trata-se de verdadeira cláusula geral executiva, que possibilita decisões de caráter mandamental voltadas a melhor solução do litígio, diante das peculiaridades de cada caso.” (ALVIM, 2017, p. 1587)

Ficam afastadas, medidas proibidas pelo ordenamento jurídico, como por exemplo a prisão civil que não do devedor de alimento. Além disso, há exigência das providências adotadas guardarem relação de utilidade adequação e proporcionalidade com a finalidade. Porém, se impostas com objetivo de coerção, para Minami e Talamini a medida deve impor um sacrifício maior que aquele existente em caso de cumprimento.

É da essência do instrumento coercitivo certa desproporção entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. (MINAMI; TALAMINI, 2018, p.31)

O deferimento de tutela antecipada pressupõe urgência, e a execução por quantia certa normalmente não guarda relação com a urgência. Assim, é permitida a adoção de quaisquer medidas necessárias à produção do resultado prático equivalente, autorizando a obtenção do numerário para custear tais medidas. Em casos gravíssimos será possível o bloqueio de valores em contas em nome do demandado, a apreensão de receitas dentre outros.

A decisão que impõe a obrigação de fazer ou não fazer contém eficácia executiva, ou seja, autoriza a tomada de providências destinadas à garantia de resultado prático equivalente independentemente da participação do réu, incluindo a realização ou o desfazimento terceiro. A exemplo disso temos o lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros, a intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa, e a compra de medicamentos em farmácias particulares com o dinheiro sequestrado ou penhorado do Estado. Porém, apenas a autorização para que se desenvolva

a atividade não basta, pois o terceiro a nada está obrigado. A realização da tarefa será feita devido a pagamento com o qual arcará o réu.

7. CASOS CONCRETOS

Através de consulta pública, foram analisados os processos de número 0021977-36.2017.8.19.0038 e 0093704-21.2018.8.19.0038, respectivamente, da 7ª Vara Cível e 4ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu.

Os processos citados cuidam-se de ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência para entrega de insumos necessários a tratamentos de doenças dos autores. Ações propostas em face do Estado do Rio de Janeiro e do Município de Nova Iguaçu.

O primeiro caso, trata-se de idosa com obesidade grau 3 e diabetes tipo 2 descompensado. Representada por seu esposo e cadastrada no SUS. Com laudo médico nos autos, o medicamento requerido, “Insulina Liraglutida (Victoza)”, não integra lista oficial de medicamentos fornecidos pelo SUS. Informa ainda o representante legal, na petição inicial, que já houve resposta da Secretaria de Saúde no sentido da impossibilidade do fornecimento pela via administrativa, o que, conjuntamente ao direito de acesso igualitário à saúde, fundamenta o pedido de tutela de urgência.

O segundo caso, trata-se de gêmeos, atualmente com 01 ano de idade, com alergia à proteína do leite de vaca, soja e derivados. Representados por sua genitora e cadastrados no SUS. Com laudo médico nos autos, o medicamento requerido, “Pregomin Pepti”, não integra lista oficial de medicamentos fornecidos pelo SUS. Informa ainda a representante legal, na petição inicial, que já houve resposta da Secretaria de Saúde no sentido da impossibilidade do fornecimento pela via administrativa, o que, conjuntamente ao direito de acesso igualitário à saúde, fundamenta o pedido de tutela de urgência.

Além do artigo 196 da Constituição Federal, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal considera o direito à saúde como consequência constitucional indissociável do direito à vida.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e

implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (BRASIL, 2006)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no Enunciado nº 04 do Aviso nº 94 de 04/10/2010 trouxe como jurisprudência predominante a obrigação dos entes públicos fornecerem medicamentos não padronizados.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Luiz Zveiter, e a Diretora-Geral do Centro de Estudos e Debates, Desembargadora Leila Mariano, comunicam aos senhores Magistrados, Membros do Ministério Público, Defensoria Pública e Procuradoria do Estado, Advogados e demais interessados, que foram aprovados em Encontros de Desembargadores, com competência em matéria cível, realizados nos dias 31 de agosto de 2009, 21 de setembro de 2009, 09 de novembro de 2009, 10 de dezembro de 2009 e 30 de setembro de 2010, na sala de sessões do Tribunal Pleno, os seguintes enunciados, que passam a constituir jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre as respectivas matérias, inclusive para os fins do art. 557, do CPC:

4. A obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela ANVISA e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível. Precedentes:

ApCv 2009.001.17631, TJERJ, 4ª C. Cível, julgada em 07/07/2009.
ApCv 2009.001.03077, TJERJ, 2ª C. Cível, julgada em 10/02/2009.
(Enunciado nº 04 do Aviso nº 94 de 04/10/2010 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) (BRASIL, 2010)

Interessante ainda julgado do Superior Tribunal de Justiça, divulgado no informativo nº 433:

MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO. SUS. Cuida-se de saber se pessoa portadora de doença crônica tem direito líquido e certo a obter do Estado, gratuitamente, medicamentos de alto custo, quando não atende requisitos previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde. No caso, o paciente impetrou, na origem, mandado de segurança com pedido de liminar, objetivando o fornecimento de medicamentos (Interferon Peguilado e Ribavirina) para o tratamento da doença hepatite crônica do tipo C da qual é portador, sendo denegada a segurança, entre outros motivos, por ser portador do vírus com genótipo 3a, quando a Portaria n. 863/2002 do Ministério da Saúde restringe o fornecimento do medicamento apenas a portadores de vírus com genótipo 1, gerando o presente recurso interposto pelo Parquet estadual. É cediço que o mandado de segurança, representando instrumento processual de tutela de direito subjetivo público constitucional, goza de eminência ímpar, em que é possível a cognição profunda no mandamus. In casu, foi demonstrado o direito líquido e certo na via mandamental, pois o impetrante comprovou que sofre da enfermidade apontada mediante laudos e exames médicos realizados tanto em laboratório central do Estado como em laboratórios particulares. Também é consabido que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da CF/1988). Porém, conforme destacou o Min. Relator, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais para os setoriais, merecendo destaque a proteção à dignidade humana, valor influente sobre todas as demais questões. Assim, o Estado deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Dessarte, entendeu o Min. Relator que, nas situações limítrofes em que há risco para a saúde humana e uma alegada ineficiência do medicamento, como na hipótese, a resposta judicial não pode deixar a vida humana ao desabrigo, deve propender para a valorização da dignidade da vida humana. Muito embora sejam genótipos diferentes de hepatite e haja dúvida quanto sua eficácia, a solução deve ser pró-cidadão, há de superar quaisquer barreiras legais. No mesmo sentido, o parecer ministerial ressaltou que, embora a Portaria n. 863/2002 do Ministério da Saúde trace critérios objetivos para o fornecimento gratuito de medicamentos, não pode ela se sobrepor ao direito constitucional à saúde, sendo suficientes a comprovação de hipossuficiência e os laudos médicos indicando a urgência do tratamento. Já o Min. Hamilton Carvalhido observou que a ação do Judiciário mostra-se como um componente do Estado democrático de direito, não podendo ficar inerte diante de fatos de interesse geral, principalmente daqueles que tocam aos direitos fundamentais. Com essas considerações, entre outras, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso para conceder a segurança. Precedente citado do STF: AgRg na STA 175-

CE, DJe 30/4/2010. RMS 24.197-PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 4/5/2010. (BRASIL, 2010)

Com o exposto, vemos assegurado o direito subjetivo à prestação de saúde, em casos além das previsões da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Entendeu o Ministério Público, após análise dos documentos acostados aos autos, comprovada a imprescindível necessidade dos insumos pleiteados, opinando pelo deferimento total da liminar no primeiro caso e parcial (quantidade inferior à pleiteada) no segundo caso. Em decisão, os juízes deferiram as tutelas de urgências pleiteadas, acolhendo parecer do Ministério Público. Intimados os réus não cumpriram a tutela deferida.

Após o período de cumprimento voluntário, foi requerida a execução através de uma medida executiva atípica satisfativa indireta, com base no artigo 139, IV do Código de Processo Civil. Foi realizado bloqueio nas contas dos réus, porém não mais como antes, através do arresto e posterior expedição de mandado de pagamento para o autor comprar o medicamento e prestar contas. Foi realizado bloqueio online e transferência dos valores para conta-corrente da farmácia particular que apresentou o menor orçamento para os insumos necessários. Através de ofício, esta foi informada da transferência e intimada a entregar os medicamentos na Central de Cumprimento de Mandados da Comarca. Em cumprimento ao Mandado de Entrega expedido, o Oficial de Justiça entregou os medicamentos ao representante legal da parte autora.

Quanto ao bloqueio não há preferência direta por um dos réus, já que a preocupação aqui é tornar exequível a decisão. E quanto as vantagens da utilização desta medida podemos destacar que não há circulação de dinheiro em espécie o que diminui o risco de furto, roubo ou extravio. Além disso, temos a certeza de que a verba pública foi destinada à compra de medicamentos, evitando a fraude e a utilização das quantias para outras finalidades como a comprar comida. Ainda que de boa-fé, essa situação caracteriza desvio de verba pública para uma destinação não autorizada e, portanto, ilegal. Podemos acrescentar a certeza de que foram adquiridos exatamente os medicamentos deferidos em Juízo, e nas mesmas quantidades, assunto este que tem sido objeto do diligente trabalho do Ministério Público.

Outra vantagem é a redução da atuação externa dos Oficiais de Justiça que não precisam sair da Central em diligências de sequestro de valores, mas apenas receber os

medicamentos e entregá-los a parte, ali mesmo na Central, com as devidas conferências e certidões. A prestação de contas feita pelas partes, etapa bastante complexa para as partes e Defensoria e trabalhosa para o Ministério Público, para as Procuradorias e para o Juízo, é suprimida. Além disso, as farmácias são mais solventes que as partes, sendo muito mais fácil recuperar a verba pública por simples bloqueio eletrônico, em caso de não entrega de algum medicamento o que é significativamente vantajoso para a proteção ao patrimônio público.

Algumas necessidades também devem ser observadas, como concordância da farmácia em receber por transferência bancária de processo judicial e entregar, em seguida, o medicamento na Central de Mandados do Fórum. Porém para a iniciativa privada, considerando o número de demandas judiciais, essa concordância tem sido alvo de interesse. Inclusive representante de farmácias já compareceram às serventias para esclarecer suas dúvidas quanto a este procedimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os dispositivos constitucionais e legais, a análise dos casos concretos a doutrina e a jurisprudência é possível afirmar que o dever estatal de dar efetividade ao direito fundamental à saúde, confere o poder-dever ao Poder Judiciário da utilização de medidas atípicas no cumprimento de suas decisões. Através dessas medidas, o Estado consegue atender melhor às necessidades do jurisdicionado no caso concreto. Podemos perceber ainda que existe limitação a este poder-dever, na medida em que a realização da obrigação por terceiro não pode ser imposta e não é possível utilizar medidas proibidas pelo ordenamento jurídico.

No que diz respeito às ações de obrigação de fazer propostas em face do Poder Público com requerimento de fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde, atualmente, o entendimento é pelo tratamento mais adequado e eficaz que infrinja menor sofrimento, ainda que não encontre previsão na relação de medicamentos do Sistema Único de Saúde, desde que aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Assim, visando a efetividade das decisões judiciais que deferem tutela de urgência em matéria de saúde, em vários casos, tem sido feita e execução através de uma medida executiva atípica satisfativa indireta, com base no artigo 139, IV do Código de Processo Civil, na qual o Estado utiliza-se do particular (farmácias) para fazer aquilo que o réu deveria ter feito, ou seja, a licitação, a compra e a entrega do medicamento.

Conforme visto, na Comarca de Nova Iguaçu, os Juízes da 7ª e 4ª. Vara Cíveis já adotam com êxito o presente procedimento.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Diretrizes Estratégicas**. Distrito Federal, 2018. Disponível em < <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/pacsauade/diretrizes.php> > Acesso em 04 abril. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa Anual de Saúde**. Distrito Federal, 2018. Disponível em < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/programacao_anual_saude_PAS_2018.pdf > Acesso em 04 abril. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais**. Distrito Federal, 2018. Disponível em < <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/dezembro/17/170407M2018final.pdf> > Acesso em 04 abril, 2019.

BRASIL. Planalto. **Código de Processo Civil**. Distrito Federal, 16 março 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal, 05 outubro 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 433: Medicamento. Fornecimento. SUS**. Distrito Federal, maio de 2010. Disponível em < http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0433.rtf > Acesso em: 05 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 393.175-AgR/RS**. Distrito Federal, 12 de dezembro de 2006. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582> > Acesso em: 10 jun. 2019.

MINAMI, Marcos Youji e TALAMINI, Eduardo. **Grandes temas do Novo CPC – Medidas Executivas Atípicas**. São Paulo: Juspodivm, 2018, v.11.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **Aviso nº 94/2010**. Rio de Janeiro, 04 de maio de 2010. Disponível em <

http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=145596&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0 > Acesso em: 05 maio. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **Processo 0021977-36.2017.8.19.0038**. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2017.038.021710-2> > Acesso em: 05 maio. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **Processo 0093704-21.2018.8.19.0038**. Rio de Janeiro, 08 de outubro de 2018. Disponível em < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2018.038.093201-2> > Acesso em: 05 maio. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento 20175118420178260000**. São Paulo, 11 de abril de 2017. Disponível em < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449283537/agravo-de-instrumento-ai-20175118420178260000-sp-2017511-8420178260000/inteiro-teor-449283557> > Acesso em: 10 jun. 2019.

**A PROTEÇÃO CONCEDIDA À MULHER PELO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Larissa de Jesus Santos

RESUMO

O foco principal do presente artigo é apresentar as leis criadas pelo direito penal brasileiro que possuem como objetivo principal ampliar o espectro de proteção à mulher, a fim de dar efetividade ao princípio da igualdade preconizado pela Constituição Federal de 1988. No primeiro capítulo abordamos o tratamento constitucional do tema, bem como a evolução histórica da proteção à mulher pelo Direito Penal. No capítulo seguinte analisamos as inovações introduzidas no ordenamento jurídico-penal através da lei denominada de “Maria da Penha”, bem como o instituto das medidas protetivas. Ainda no segundo capítulo o presente artigo traz a alteração realizada na lei Maria da Penha. No terceiro capítulo analisamos a lei que introduziu a figura do feminicídio, bem como abordamos a tipificação da importunação sexual, figura esta que traduz um grande avanço acerca do reconhecimento da proteção mulher no País no tocante a proteção de sua dignidade sexual. Igualmente, foram pesquisadas as leis previstas no ordenamento jurídico brasileiro que tipificam o descumprimento das medidas protetivas previstas na lei Maria da Penha. Encerrando o artigo foram apresentadas as considerações finais.

Palavras-chave: Direitos da mulher. Igualdade. Proteção. Direito Penal.

ABSTRACT

The main focus of this article is to present the laws created by Brazilian criminal law whose main objective is to broaden the protection of women in order to give effect to the principle of equality advocated by the Federal Constitution of 1988. In the first chapter we address the treatment the historical evolution of the protection of women by criminal law. In the next chapter we analyze the innovations introduced in the criminal-legal system through the law called "Maria da Penha", as well as the institute of protective measures. Still in the second chapter the present article brings the amendment made in the Maria da Penha law. In the third chapter we analyze the law that introduced the figure of femicide, as well as the typification of sexual harassment, a figure that represents a great advance in the recognition of the protection of women in the country with regard to the protection of their sexual dignity. Likewise, the laws established in the Brazilian legal system that criminalize the non-compliance with the protective measures provided for in the Maria da Penha law were investigated. At the end of the article, the final considerations were presented.

Keywords: Women's rights. Equality. Protection. Criminal Law.

INTRODUÇÃO

Antes de se adentrar ao tema propriamente dito, é necessário destacar que a violência contra a mulher, bem como o preconceito, discriminação e menosprezo em razão de seu gênero sempre esteve presente na sociedade brasileira, desde a época da colonização, quando o estupro de mulheres, era um dos tipos de crime de guerra utilizados como demarcação de terra. Historicamente as mulheres eram vistas como objetos e propriedade privada de homens, e por décadas não receberam tratamento de forma igualitária.

Importante afirmar, que inobstante a promulgação da carta magna, bem como após o Brasil ser signatário em convenções e tratados internacionais, garantindo o compromisso de adotar medidas e dispositivos para que a violência contra a mulher fosse erradicada do país, o estado com principal agente garantidor de proteção aos direitos humanos somente no ano de 2006 criou a lei 11.340/06, onde a principal propósito foi demonstrar que violência doméstica e familiar contra a mulher configura violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e também viola os direitos humanos.

Insta dizer, que a referida lei trouxe grande inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que não visa apenas punir a violência doméstica ou familiar contra a mulher, uma vez que traz também aspectos conceituais e educativos, prosseguindo conforme o direito atual, que compreende a complexidade das questões em torno do grande problema de violência doméstica e familiar.

O artigo científico em voga tem como finalidade apresentar as normas que o direito penal brasileiro criou ao longo dos anos para a proteção das mulheres, que sempre foram vistas como um ser fragilizado perante a sociedade, mesmo após a previsão inserida no artigo 5º, I, da constituição federal de 1988, que versa que homens e mulheres possuem os mesmos direitos e obrigações. Nota-se, assim, que cada vez mais o legislador está se preocupando em criar leis que visam à proteção da mulher, conforme a criação da lei Maria da penha, a lei do crime de feminicídio, bem como as demais leis que serão abordadas no presente artigo.

O referido tema, acerca da evolução proteção penal concedida à mulher pelo direito penal brasileiro voltou a ser amplamente discutida no ano de 2018, com o surgimento da lei nº 11.641/18, a qual incrimina o descumprimento das medidas

protetivas de urgência contempladas na lei Maria da Penha e também a criação da lei nº Lei nº 13.718, que tipificou o crime de importunação sexual, por serem na grande maioria dos casos mulheres as vítimas destes comportamentos.

A justificativa para a realização deste trabalho foi que historicamente as mulheres ocuparam um papel de submissão ao homem, obtendo a formalização do direito de igualdade desde a promulgação da Carta Política. No entanto, mesmo após este marco legal até o presente momento observa-se diferença no tratamento entre homens e mulheres sob os mais variados prismas. Entretanto, ainda que gradativamente, a mulher vem ocupando espaço e efetivando seus direitos perante a sociedade.

O Estado valendo-se do Direito Penal como derradeira forma de controle social, segue ampliando os instrumentos punitivos direcionados àqueles que perseveram em não aceitar ou transgredir os direitos da mulher, com a criação de aperfeiçoamento de normas para este fim.

1 A PROTEÇÃO CONCEDIDA À MULHER PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A Constituição Federal, promulgada em 1988, foi um marco para a luta que visava proteger os direitos da mulher, filiando-se ao entendimento que incumbe aos estados democráticos de direito a responsabilidade de erradicar todas as formas de discriminação e violência contra a mulher.

Um estado democrático de direito, possui como objetivo principal proporcionar o bem-estar de todas as pessoas independentemente de seu gênero, não podendo quedar-se alheio à interpretação histórica e social de discriminação e violência sofrida por mulheres ao longo dos anos no Brasil.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que traz em seu artigo 5º, inciso I, que formaliza o princípio da isonomia em nosso ordenamento jurídico, alcançando obviamente a igualdade de gênero, visto que conforme versa o dispositivo supracitado, todos são iguais perante a lei e devem ser tratados de forma isonômica pelo estado, bem como pela sociedade, sem distinção de gênero, possuindo homens e mulheres os mesmos direitos e obrigações.

Destaca-se que, logo após da promulgação da carta magna, o Brasil foi signatário da Convenção Americana (ratificada em 25 de setembro de 1992) e também fora signatário da Convenção de Belém do Pará (ratificada em 27 de novembro de 2005), assumindo o compromisso de adotar dispositivos que assegurassem o cumprimento dos direitos humanos, igualmente punir e erradicar a violência contra a mulher.

No entanto, mesmo após a formalização pelo texto constitucional que todos devem ser tratados de forma isonômica, bem como após o Brasil ser signatário em tratados internacionais que visam à proteção da mulher, as mesmas continuaram recebendo tratamento desigual perante a sociedade, sendo vítimas de preconceito, discriminação, violência de gênero, e principalmente violência doméstica, física e psicológica e também sendo vítimas de homicídios em razão de seu gênero.

Diante da não aplicação do princípio da isonomia em relação às mulheres, mesmo após a promulgação da constituição de 1988, que trouxe tal proteção constitucional, igualmente diante do aumento significativo de crimes cometidos contra a mulher em razão de seu gênero e perante a reivindicação da sociedade, mais especificadamente das mulheres, o legislador criou normas específicas de proteção ao gênero feminino.

Como a criação da lei nº 11.340, denominada como lei Maria da Penha, que entrou em vigor no ano de 2006 e criminalizou a violência doméstica cometida contra a mulher no âmbito doméstico, familiar ou em relação íntima de afeto. Inegavelmente trata-se de um marco em relação ao reconhecimento dos direitos de proteção a mulher, tendo em vista que anteriormente a vigência da respectiva lei não havia no ordenamento jurídico brasileiro uma norma que tipificasse de forma correta tal violência que pode ser física, psicológica, sexual, moral ou patrimonial.

Igualmente, depois de alguns anos da vigência da referida lei, houve também a tipificação do crime de homicídio contra a mulher em âmbito doméstico, domiciliar, ou em razão de menosprezo ou discriminação em razão de seu gênero. O crime nominado como feminicídio, criado pelo direito penal brasileiro como uma qualificadora do crime de homicídio, através da lei nº 13.04/15, incluindo o inciso VI, no §2º, bem como o § 2º-A, ao artigo 121 do código penal brasileiro.

Cada vez mais, o legislador está buscando criar normas que visam à proteção da mulher e também normas que possuem o objetivo de coibir e erradicar a violência contra a mesma, de modo que esta possa ter a proteção do estado, seja para a prevenção de

violência, ou até mesmo quando já for vítima de violência doméstica ou familiar, vítima de algum crime que viole sua dignidade ou liberdade sexual, ou até mesmo em casos mais graves quando for vítima de homicídio por discriminação ou menosprezo a seu gênero, ou quando o homicídio é decorrente de violência doméstica ou familiar.

1.1 A evolução histórica da proteção às mulheres no Brasil

É de conhecimento geral que ao longo da história da humanidade, as civilizações e a sociedade impuseram uma posição de inferioridade às mulheres, que por muitos anos tiveram seus direitos oprimidos por leis discriminatórias e individualistas que serviram para amplificar o preconceito e a discriminação em razão de seu gênero.

Outro fator existente é que as sociedades estabelecem um patamar de submissão e inferioridade às mulheres, não somente no âmbito doméstico e familiar, bem como no mercado de trabalho, onde mesmo ocupando o mesmo cargo ou função de um homem, possui remuneração inferior ao mesmo. A opressão também ocorreu no cenário político, que por muitos anos a atuação de pessoas do gênero feminino foi limitada ou proibida.

Com a evolução da sociedade moderna houve também evolução dos direitos e garantias dos cidadãos, em especial das mulheres, que sempre foram vítimas de preconceito e violência de gênero.

Houve o objetivo de compensar desigualdades históricas entre os gêneros, de modo que o gênero feminino, que era socialmente vulnerável fosse incluído nos espaços sociais, ocorrendo, portanto, a isonomia constitucional entre homens e mulheres previstas no artigo 5º da constituição federal de 1988, visto que a igualdade entre os gêneros não é utilizada apenas para o combate à discriminação, bem como para a adoção de políticas compensatórias capazes de desacelerar a desigualdade de gênero.

Estas ações afirmativas podem ser conceituadas como o conjunto de ações, programas e políticas especiais e temporárias que buscam reduzir ou minimizar os efeitos intoleráveis da discriminação em razão de gênero, raça, sexo, religião, deficiência física, ou outro fator de desigualdade. Buscam incluir setores marginalizados num patamar satisfatório de oportunidades sociais valendo-se de mecanismos compensatórios. Esses programas de ação afirmativa não se colocam em rota de colisão com o princípio da igualdade, potencializando, pelo contrário, expectativas compensatórias e de inserção social de parcelas historicamente marginalizadas. Destinam-se, pois, a equacionar distorções arraigadas ou mirar-lhes as consequências antissociais. A justificativa racional, neste caso, parte do correto diagnóstico de

tendências sociais refratárias à inclusão social (nos setores da educação, trabalho, acesso aos bens culturais, etc), como também a vulnerabilidade do mecanismo escolhido para substituir ou contrabalançar as referidas tendências, ainda que tomado como parte de políticas públicas mais amplas. (LIMA, 2014, p.982)

Igualmente, o artigo 226, §8º da constituição federal de 1988, antes mesmo da criação da lei nº 11.340/06, já resguardava a assistência à família e a cada um de seus integrantes, criando medidas para coibir a violência no âmbito familiar.

No entanto, apesar do disposto na carta magna e em diversos tratados internacionais firmados pelo Brasil, os direitos fundamentais da mulher, bem como sua proteção no âmbito familiar somente ocorreram no ano de 2006, após a vigência

da lei Maria da Penha, que trata exclusivamente sobre a violência doméstica realizada contra a mulher no âmbito familiar.

Destaca-se que após a vigência da lei supracitada, houve um grande incentivo ao estado, que através do poder legislativo passou a criar outras leis que garantem a proteção à vida, a integridade física e psicológica da mulher, bem como a sua dignidade e liberdade sexual. A violência contra a mulher configura grave violação dos direitos humanos, o que levou ao legislador a criar leis específicas de proteção às mulheres vítimas de violência física, violência doméstica, sexual ou psicológica, bem como criar uma qualificadora quando o crime de homicídio é praticado contra a mulher em razão de seu gênero.

O plenário da câmara dos deputados aprovou no dia 27 de março de 2019, o projeto de lei Nº 510/19, do deputado Luiz Lima (PSL-RJ), a matéria será enviada ao senado, o texto aprovado determina que o juiz possa assegurar a mulher vítima de violência doméstica, familiar ou em relação íntima de afeto, prevista na lei nº 11.340/06, prioridade na tramitação no caso de divórcio ou dissolução de união estável.

O prazo para solicitar a prioridade na tramitação será de 48 horas, após o recebimento do pedido de medidas protetivas de urgência, outra previsão trazia pelo projeto de lei é a opção da mulher de propor a ação de divórcio ou de dissolução de união estável no próprio juizado específico de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nos casos em que a violência doméstica ocorrer após o ajuizamento do processo de divórcio ou dissolução de união estável, a prioridade será concedida a mulher no juízo onde estiver tramitando a ação.

1.2 A proteção a dignidade sexual e a liberdade sexual da mulher

A lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tipificou comportamentos contra a dignidade e liberdade sexual, modificando de forma significativa o entendimento sobre este tema, vez que o tratamento anterior dado pelo Código Penal aos crimes sexuais visava em primeiro plano proteger os costumes da sociedade e não a dignidade da pessoa ofendida, ainda quando se tratasse de estupro ou comportamento de censurabilidade semelhante.

Quando a referida lei entrou em vigor, os crimes cometidos contra liberdade sexual ainda eram de ação privada como regra, impedindo a atuação do Ministério Público no que toca ao ajuizamento da ação penal para punição do agressor. É bem verdade que existiam exceções a tal regra, quando a vítima fosse menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável por exemplo.

Com o advento da lei número 12.015, a ação penal passou a ser pública condicionada, autorizando a dedução da pretensão punitiva em Juízo pelo Ministério Público, desde que houvesse prévia representação da vítima como regra. Ainda assim, havendo necessidade de representação do ofendido, na grande maioria dos casos, as mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual como estupro ou assédio sexual, não procuravam os órgãos de persecução penal para ofertar a necessária representação por vergonha e medo de ir até uma delegacia de polícia e comunicar às autoridades competentes sobre o ocorrido, resultando na impunidade do ofensor.

Ocorre que no ano de 2018, a lei nº 13.718/18, trouxe nova redação ao artigo 225 do código penal, passando a considerar infrações de ação penal pública incondicionada os crimes contra a dignidade e liberdade sexual, autorizando, assim, a atuação oficiosa do Ministério Público para punição do ofensor, independentemente de prévia iniciativa da pessoa ofendida. Repita-se que anteriormente a vigência da referida lei conforme citado acima, o tipo de ação penal utilizada era ação penal pública condicionada à representação, havendo necessidade de representação do ofendido.

A alteração no artigo 225 do código penal através da lei nº 13.718/18, trouxe um grande benefício para a sociedade brasileira, em especial as mulheres que segundo estudos do (Ipea), instituto de pesquisa econômica, cerca de 135 mulheres são diariamente vítimas violência sexual no Brasil, os índices são alarmantes e na maioria das vezes as

mulheres não comunicam as autoridades competentes por vergonha ou medo, deixando, portanto, seu ofensor impune.

Contudo, espera-se que após a vigência da referida lei as mulheres brasileiras poderão ter seus ofensores punidos independentemente de sua representação, tendo em vista que o delito passou a ser perseguível em juízo através ação penal pública incondicionada, sendo, portanto, dispensável a representação da vítima.

2. A LEI MARIA DA PENHA E SUAS POSTERIORES ALTERAÇÕES

A lei nº 11.340/06 foi um marco para o reconhecimento dos direitos das mulheres, tendo em vista que visa coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como trouxe a previsão para a imposição de medidas protetivas de urgência, e impôs medidas civis e administrativas.

No entanto, mesmo após mais de dez anos em vigor a lei Maria da penha não punia de forma eficaz o autor do crime de violência doméstica ou familiar realizado contra a mulher, uma vez em que na grande maioria dos casos de violência doméstica eram aplicadas medidas protetivas pelas autoridades competentes, porém as mesmas não eram respeitadas pelos ofensores, que reiteradamente praticavam condutas contra a integridade física e psicológica de sua companheira.

Em um primeiro momento houve grande divergência acerca do descumprimento das medidas protetivas previstas na lei Nº 11.340/2006, tendo em vista que uma primeira corrente defendia que o descumprimento configurava o crime de desobediência, previsto no artigo 330 do código penal, e no âmbito do superior tribunal de justiça se entendia que tal descumprimento configurava desobediência a decisão judicial sobre a perda ou suspensão de direito.

Porém, a Corte pacificou o entendimento de que o descumprimento das medidas provisórias de urgência previstas na lei Nº11.340/06, era considerada uma conduta atípica, visto que a respectiva lei possuía previsão de imposição de medidas civis e administrativa, bem como previa a decretação de prisão preventiva, conforme o artigo 20 da referida lei, que reza sobre a decretação de prisão preventiva do agressor, que poderá ser decretada de ofício pelo juiz independentemente de flagrante, bem como poderão ser

concedidas de ofício, ou mediante provocação do Ministério Público, conforme previsto na respectiva lei.

A questão trazida no presente recurso limita-se a determinar se constitui o crime de desobediência o descumprimento injustificado de medida protetiva imposta judicialmente nos termos da lei 11.340/06⁷. Quanto ao tema, a posição doutrinária mais correta é aquela que afasta a tipicidade da conduta nos casos em que o descumprimento da ordem é punido com sanção específica de natureza civil ou administrativa. Neste sentido é a lição de ANDRÉ ESTEFAM (Direito Penal, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2011): Casos há em que a lei comina sanções específicas (civis ou 3 administrativas) ao ato do particular que desrespeita o comando emanado por funcionário público. Quando isso ocorrer, a caracterização do crime de desobediência ficará condicionada à existência de previsão expressa nesse sentido no preceito violado. É o que se dá, por exemplo, quando a testemunha desatende ao chamado judicial, pois o art. 458 do CPP dispõe que ela ficará sujeita ao pagamento de multa (sanção administrativa), sem prejuízo da ação penal pela desobediência. Se esta ressalva não existir, o inadimplemento do comando emitido não configurará o delito em questão. Assim, por exemplo, se um motorista deixa de cumprir a ordem de um guarda de trânsito, no sentido de retirar um veículo de determinado local, não pratica delito contra a Administração Pública, justamente porque a lei de trânsito prescreve sanções na órbita administrativa (como multa de trânsito e o guinchamento do veículo, nada dispondo sobre o crime de desobediência). (MIGALHAS,2019)

Ressalta-se que, diante da grande reincidência do descumprimento das medidas protetivas de urgência e também no aumento alarmante do crime de feminicídio, que em alguns casos pode ocorrer devido ao descumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas pela autoridade competente, o poder legislativo criou a lei nº 13.641/18, que fora publicada no dia 03 de abril de 2018, alterando a lei nº Lei 11.340/06, e tipificando como crime o descumprimento de decisão judicial que defere das medidas protetivas de urgência.

Após a alteração realizada na lei Maria da Penha, trazida pela lei nº 13.641/18, que tipificou como crime o descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22 da lei Maria da Penha, no ano de 2019 a lei nº 13.827/19, trouxe mais uma alteração a referida lei, visto que acrescentou o artigo 12-C, sendo possível após a vigência da lei nº 13.827/19 a imposição de medidas protetivas de urgência pelo delegado de polícia ou pelo policial.

A lei nº 13.827/19, ainda acrescentou o artigo 38-A, que traz a garantia que as medidas protetivas de urgência previstas na lei Maria da Penha, serão registradas em um

banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo fiscalizada à efetividade das medidas protetivas sendo possível o acesso à defensoria pública, aos órgãos de assistência social e de segurança pública, a ao ministério público.

2.1 A tipificação do descumprimento de medidas protetivas de urgência incluída pela lei nº 13.641/18

A lei nº13.641/18, publicada em 04 de abril de 2018, que tipificou como crime o descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na lei Nº11.340/06, lei Maria da penha, trouxe inovação no ordenamento jurídico, visto que, criminalizada tal conduta, que anteriormente da vigência da lei não era configurada como crime.

A justificativa da criação da referida lei fora que na grande maioria das vezes a mulher era vítima de violência doméstica, procurava delegacia de polícia para informar o descumprimento das medidas protetivas pelo agressor, porém a autoridade competente não possuía meios de punir o acusado, realizava apenas um registro não criminal, informando o juízo de tal descumprimento, após o encaminhamento ao poder judiciário, cabia ao magistrado substituir a medida protetiva de urgência e decretar a prisão preventiva do acusado.

O descumprimento de medida protetiva passou a ser considerada infração penal prevista na lei nº 11.340/06, sendo considerado um crime próprio, podendo ser utilizado contra o indivíduo que descumpra uma medida protetiva de urgência, prevista na Lei Maria da penha, lei que tipifica como crime a violência doméstica que pode ser praticada contra homem ou contra mulher, bem como pode ser decretada em relações homo afetiva, quando o sujeito passivo for mulher.

Com o advento da nova legislação o delegado de polícia, diante de uma situação de descumprimento da medida protetiva de urgência, deverá verificar se o acusado fora intimado da decisão judicial que decretou a medida protetiva, visto que a intimação do agressor é condição sine qua non para a prática do crime previsto na lei nº 13.641/18, pois ausente à intimação, não existirá dolo em descumprir a medida protetiva decretada, pois o acusado não possuía ciência da mesma.

Destaca-se que, para a configuração do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, previstas no artigo 24-A da lei N °11.340/06, se faz necessário que

o agente haja com dolo e seja intimado da decisão imposta contra ele, além disso, o descumprimento de medidas protetivas decretadas pela autoridade competente, poderá acarretar ao agente que descumpri, de forma cumulativa, a imposição de outras sanções, inclusive, a prisão preventiva.

O legislador permite que sejam aplicadas isoladamente apenas uma dentre as previstas em lei, ou de forma cumulativa o que geralmente ocorre. Forte no brocardo do rebus sic stantibus, alterando-se a situação de fato, pode o juiz, a qualquer tempo, conceder novas medidas ou alterar aquelas que, de início, haviam sido adotadas. (CUNHA; PINTO, 2018, p.165)

A criação da referida lei foi um marco em relação ao reconhecimento aos direitos da mulher brasileira, bem como demonstra que cada vez mais o direito penal brasileiro está disposto a resguardar os direitos da mulher e da vida, visto que através da referida lei serão consideravelmente reduzidos os casos de reincidência de agressões físicas e psicológicas, contra o gênero feminino, pois na grande maioria dos casos havia o descumprimento das medidas protetivas de urgência, uma vez que o agressor não era punido pelo estado, o que levava ao descumprimento das medidas protetivas de forma reiterada.

Por fim, é cristalino que a lei Nº 13.641/18, trouxe grande impacto jurídico ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como a mulher vítima de violência doméstica, que agora não ficarão mais sem tutela jurídica de emergência, em caso de descumprimento das medidas protetivas. Cabendo a mulher vítima da violência doméstica, o conforto de que o estado prontamente atendeu seus anseios, fazendo valer seus direitos.

2.2 A alteração realizada pela lei nº 13.827/19

A lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, tendo vigência de forma imediata, trouxe uma alteração de grande relevância a lei Maria Penha, pois acrescentou a respectiva lei os artigos 12-C e 38-A, e prestigia e traz mais segurança à mulher vítima de violência de gênero e doméstica.

O artigo 12-C, incisos II e III, acrescido à lei nº 11.340/06 autorizam a aplicação da medida protetiva de urgência de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, pela autoridade judicial e policial, quando a mulher estiver sendo vítima de violência doméstica ou familiar.

Em se tratando de delegado de polícia, para que tal autoridade policial possa conceder a medida protetiva é necessário que no município em que o delegado atue não seja sede de comarca, e no caso do policial que pode ser civil e militar, possa conceder a medida protetiva de urgência além do município não ser sede de comarca, é necessário que não haja nenhum delegado de polícia presente no momento da denúncia da vítima.

Importante destacar que quando a medida protetiva for concedida pela autoridade policial, em caso de municípios que não forem sede de comarcas, a referida autoridade terá o prazo de 24 horas para comunicar o juízo competente, que deverá decidir se irá manter ou retirar a medida protetiva, ora deferida.

A referida lei ainda acrescentou o artigo 38-A a lei n.º 11.340/06, que trouxe a previsão para o registro em bancos de dados referente às medidas protetivas de urgência deferidas, dados que serão fiscalizados e regulamentados pelo conselho nacional de justiça, garantindo acesso ao ministério público, à defensoria pública, aos órgãos de assistência social e segurança pública, para que haja fiscalização acerca do efetivo cumprimento das medidas protetivas.

A inovação trazida pela lei Nº 13.827/19, representa mais um avanço em relação à proteção a mulher e demonstra claramente que cada vez mais o direito penal brasileiro está buscando erradicar a violência doméstica, família ou em relação íntima de afeto cometido contra a mulher, visto que está disponibilizando novas formas de aplicação das medidas protetivas previstas na lei Maria Penha pela autoridade judicial e policial, o que certamente em longo prazo irá influenciar de forma positiva para a diminuição nos casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher que ainda nos dias de hoje possui números alarmantes.

3. O CRIME DE FEMINICÍDIO E A TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

A lei que criou a qualificadora para o crime de homicídio previsto no artigo 121 do código penal brasileiro, conjuntamente com a lei de importunação sexual demonstram uma grande evolução em relação à proteção a mulher, que sempre foi vítima de desigualdade, discriminação, violência doméstica, e até mesmo homicídio por menosprezo ou discriminação por pertencer ao gênero feminino, o que atualmente é

repudiado pela grande parte da sociedade brasileira a também punido pela legislação penal vigente no país.

3.1 Da tipificação do feminicídio

A lei Nº 13.104/15 trouxe uma inovação ao código penal brasileiro, bem como um grande avanço aos direitos as mulheres no Brasil, visto que criou uma qualificadora para o crime de homicídio, incluindo o inciso VI, ao parágrafo 2º do artigo 121 do código penal, tipificando como homicídio qualificado se for cometido contra a mulher em razão de seu gênero, no caso de violência doméstica, familiar, igualmente quando realizado com menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O crime denominado como feminicídio, é considerado crime doloso contra a vida, bem como se encontra no rol de crimes hediondos, sendo julgado pelo tribunal do júri.

A justificativa para a criação do crime de feminicídio, que é uma qualificadora do crime de homicídio, foi que nos últimos anos anteriores a criação da referida lei, 40% da morte de mulheres no país ocorreu em ambiente doméstico ou familiar, praticado por seu companheiro ou ex-companheiro, o que levou ao legislador a criar um novo tipo penal, visando diminuir os números de homicídios contra a mulher no país.

O Brasil ocupa o quinto lugar no ranking de países com a maior taxa de feminicídio do mundo, podemos destacar que o machismo historicamente sempre esteve presente na sociedade brasileira, e ainda nos dias de hoje muitos homens agridem suas companheiras ou chegam até a mata-las, na grande maioria das vezes por não aceitar o término do relacionamento amoroso ou quando de alguma forma se sentem contrariados, por possuírem o pensamento de que as mulheres devem ser subornadas aos homens.

A lei de feminicídio foi um importante instrumento para dar mais visibilidade a um problema social do nosso país, que é o assassinato de mulheres, desta forma, a lei Nº 13.014/15, dispõe ainda sobre os aumentos de pena 1/3 (um terço), até a metade se o crime for praticado, durante a gestação, visto que muitas mulheres são assassinadas por seus antigos ou atuais companheiros durante a gestação, podendo causar também a morte do feto, ou ainda se o crime for praticado nos três meses posteriores ao parto.

Igualmente, a pena será aumentada se a vítima for mulher menor de 14 anos ou maior de 60 anos, bem como se o homicídio for praticado na presença de seu descendente

ou ascendente, outra importe previsão, tendo em vista que em caso que quando o homicídio ocorre na presença de seus filhos, tal conduta poderá causar danos psicológicos irreparáveis aos mesmo que na grande maioria das vezes são menores de idade.

Destarte, podemos analisar que a tipificação do crime de feminicídio é um grande avanço acerca dos direitos das mulheres no Brasil, bem como demonstra que cada vez mais o ordenamento jurídico brasileiro está buscando a criação de leis que visam a proteção da mulher, bem como coibir e erradicar qualquer tipo de discriminação, violência, preconceito e tratamento de forma inferior que historicamente era imposto às mulheres.

3.2 Da tipificação do crime de importunação sexual

Muito se tem discutido recentemente acerca dos assédios sofridos por mulheres nos dias atuais, onde o ofensor que é do gênero masculino assedia a mulher como forma de satisfazer sua lascívia. As mulheres são a todo tempo vítimas de algum tipo de importunação relacionada à sua sexualidade, tais importunações vão desde toques sem consentimento até ejaculações.

As importunações cometidas contra a mulher ocorrem principalmente no âmbito de transportes público. Os resultados demonstram que os números de casos registrados, vem, crescendo anualmente no país, principalmente nos grandes centros urbanos.

Não havia no ornamento jurídico brasileiro um consenso em relação à tipificação destas condutas que vão desde toques sem consentimento até ejaculação, ações que ferem a dignidade sexual da mulher, objeto tutelado pelo direito penal brasileiro, porém entrou em vigor no mês de setembro de 2018 a lei Nº 13.718/18, que incluiu o artigo 215-A no código penal brasileiro, tipificando como crime praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso como objetivo de satisfazer a própria lascívia ou de outrem, bem como prevê pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos de prisão, se o ato não constitui crime mais grave, “Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave” (BRASIL,1940).

Verifica-se que tal conduta tem sido recorrente, afetando grande parte das mulheres nos centros urbanos, estatísticas comprovam que aproximadamente um quarto das mulheres já sofreram alguma forma de importunação de natureza sexual, esse número

vem crescendo gradativamente o que é preocupante, tais importunações vão desde toques sem consentimento a ejaculações.

Ocorre que a lei Nº 13.718/18, foi aprovada por unanimidade no senado federal, no mês de agosto de 2018, quando a lei Maria da Penha completou 12 anos, norma que fortaleceu o combate a violência contra a mulher no Brasil.

A lei Nº 13.718/18 incluiu no Decreto lei Nº 2.848/40, no rol de crimes contra a dignidade sexual o artigo 215-A, o qual tipifica como crime de importunação sexual praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro, pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. Revogando o dispositivo do Decreto Lei Nº 3.688/41, que tipificava as condutas de assédios praticados sem o consentimento da vítima como contravenção penal, que possuía como sanção multa em pecúnia.

São notórios os benefícios que a citada lei trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro e para a sociedade, uma vez que a tipificação do crime de importunação sexual é um grande avanço aos direitos das mulheres que cada vez mais vem tendo seu reconhecimento pela sociedade, bem como ter seu direito à liberdade e a dignidade sexual, respeitados pela sociedade e resguardados pelo estado.

As recentes notícias divulgadas envolvendo assédios cometidos contra as mulheres no âmbito do transporte público ganharam destaque na mídia e nas redes sociais. O caso que teve grande notoriedade e reprovação social ocorreu no estado de São Paulo, quando um homem ejaculou no braço de uma mulher, dentro de um ônibus, foi detido e logo em seguida solto, por ter sido considerada a ação cometida por ele uma mera contravenção penal, que tinha como sanção apenas multa em pecúnia, e no dia seguinte, o mesmo agressor cometeu a mesma ação, nas mesmas circunstâncias, tendo sido o acusado preso e liberado mais uma vez logo após pagar multa.

Tais condutas que vão desde toques sem consentimento até ejaculações, afeta grande parte das mulheres em centros urbanos, que necessitam utilizar transportes públicos, como trens, metrô, ônibus etc., para trabalhar, estudar ou se locomover de um local para o outro.

A criação desta lei, é uma grande conquista para a sociedade brasileira, mais especificadamente para as mulheres que são o grupo que mais sofre importunação sexual, seja no âmbito de transportes coletivos ou em outros lugares, mulheres essas que a partir

do momento que a lei Nº 13.718/18, entrou em vigor terão seus ofensores punidos de forma correta pelo estado.

3.3 Da dificuldade de caracterização do estupro nos atos praticados no interior dos transportes coletivos

Foi observada pelos operadores do direito a lacuna na legislação para o correto enquadramento dos crimes que atentam contra a dignidade sexual especificadamente de mulheres que sofrem os mais diversos tipos de abusos no interior dos transportes coletivos. Tais situações tiveram grande repercussão na mídia e nas redes sociais, nos últimos anos, e a sociedade desejava à tipificação dessa conduta atentatória a dignidade sexual como crime.

Os assédios, toques e até ejaculações ocorridas na grande maioria das vezes ocorridas em transportes coletivos não poderiam ser enquadradas como crime de estupro, uma vez que para a caracterização do respectivo crime é necessário que haja violência ou grave ameaça, conforme previsto no artigo 213 do código penal brasileiro: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos” (BRASIL,2015).

O grande aumento nos números desses casos trouxe grandes questionamentos ao mundo jurídico, tendo em vista que cada vez mais havia o aumento significativo no número de casos em todas as regiões do país, e não existia no ordenamento jurídico brasileiro uma tipificação correta para os assédios cometidos contra as mulheres e que ferem a sua dignidade sexual.

Todavia, anteriormente a criação da lei Nº 13.718/18, havia uma grande divergência acerca da tipificação correta para o crime de importunação sexual, porém a conduta de praticar contra outrem ato libidinoso contra a sua vontade para satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro, não poderia ser caracterizado como crime de estupro, visto que nesta conduta praticada pelo agente não havia violência ou grave ameaça.

A lei 13.718/18 tem como objetivo tipificar de forma correta o crime cometido na maioria das vezes contra a dignidade sexual de mulheres e punir de forma adequada o autor do crime, trazendo assim mais segurança às mulheres que necessitam utilizar

diariamente transportes coletivos, bem como são frequentadoras de locais com grande aglomeração de pessoas, onde há o maior número de casos de crime de importunação sexual.

Deste modo a referida lei trouxe a certeza de que as mulheres terão seus ofensores serão punidos de forma correta pelo estado, tendo em vista que o crime de importunação sexual, tem como sanção a pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão. Igualmente, cabe destacar que é extremamente utilização de cartazes informando que toques, assédios e ejaculações sem consentimento da vítima são considerados crime, bem como para que mulheres que não possuem conhecimento que tais condutas são atualmente tipificadas como crime de importunação sexual.

Conforme tipificado no código penal, para que seja caracterizado o crime de estupro é necessário que haja emprego de violência ou grave ameaça por parte do ofensor contra a vítima, o que não ocorreu nos crimes cometidos no interior de transportes coletivos, sendo o crime de importunação sexual a tipificação correta para tal delito.

Tendo em vista que durante a execução do crime de estupro o agente se utiliza de violência, isto é, de força física capaz de impedir a reação da vítima, praticando assim conjunção carnal ou ato libidinoso sem o consentimento da vítima.

O fato de um agente ejacular no braço de uma mulher sem o seu consentimento no interior de um transporte coletivo, por mais atentatório a dignidade sexual e possuir um alto grau de reprovabilidade pela sociedade não pode ser tipificado como crime de estupro, por não ser a tipificação correta para o crime, se tornando o crime de importunação sexual a tipificação adequada para os assédios cometidos contra mulheres.

CONCLUSÃO

O tema delineado ao longo do artigo científico, trata-se de um assunto que tem grande relevância no mundo jurídico, visto que as mulheres historicamente no Brasil foram tratadas de forma desigual, bem como sempre foram tratadas com inferioridade, perante a sociedade que impôs as mesmas uma posição de submissão aos homens.

Em virtude dos fatos mencionados no presente artigo, podemos constatar acerca da evolução dos direitos das mulheres no Brasil, e também a necessidade da criação de

leis específicas para a proteção da mulher devido a sua vulnerabilidade, de modo que esta fosse tratada de forma igualitária.

Portanto, o foco principal do presente artigo científico fora as leis e normas criadas pelo direito penal brasileiro, que visam coibir e erradicar a violência de gênero e discriminação contra a mulher, utilizando como objeto de estudo as leis que trouxeram o reconhecimento dos direitos a proteção da mulher, como a lei Maria da penha, a lei que tipificou como crime o feminicídio, a tipificação do crime de importunação sexual, bem como os demais diplomas legais que foram criadas ao longo dos anos, que possuem um grande papel social, visto que são as mulheres que na grande maioria dos casos são vítimas de violência de gênero, violência doméstica, familiar, ou até mesmo são mortas por seus ex-companheiros, devido a sua vulnerabilidade.

Por derradeira análise, foi observado que gradativamente o legislador está criando normas que possuem a pretensão de proteção a mulher, tendo em vista que após a criação da lei Maria da penha, que foi marco acerca dos reconhecimentos da mulher, o direito penal brasileiro criou diversos diplomas legais que visam proteger a mulher de qualquer tipo de agressão cometido contra a mesma, bem como pode ser observado que cada vez mais as mulheres estão tendo seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro e sendo respeitada e tratada de forma igualitária pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara. **Projetos de Lei e Outras Proposições** / PL 510/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191308> > Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Planalto **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. > Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Planalto **LEI Nº 13.827, DE 13 DE MAIO DE 2019**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm Acesso em: 30 jun. 2019.

CONJUR. **Debate Crimes de liberdade sexual**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-15/mp-debate-crimes-liberdade-sexual-representacao-efendi-do>.> Acesso em: 15 maio. 2019.

CUNHA, Sanches Rogerio, PINTO, Batista Ronaldo. **Violência Doméstica, Lei Maria da Penha comentada por artigo**. 7. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2018.

JUSBRASIL, **Código Penal - Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10611747/artigo-215-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

LIMA, Braseiro Renato. **Legislação Criminal especial comentada**. 2ed. São Paulo: editora Jus Podivm, 2014.

MIGALHAS, **Impactos jurídicos e o novo crime de desobediência**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278510,91041-I MP actos +juri dicos+da+Lei+n+136412018+e+o+novo+crime+de+desobediencia>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

O GLOBO, **Atlas da violência**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-criancas-as-0-maiores-vitimas-de-estupro-no-pais-22747251>>. Acesso em: 16. maio. 2019.

O IMPEDIMENTO DE ACESSO DA PESSOA EM CADEIRA DE RODAS.

Uma análise empírica da eficácia da LIB no fórum Doutor Mário Guimarães (Nova Iguaçu/RJ)

Mara Betânia Santos Costa

RESUMO

Este trabalho elaborado através de pesquisa de campo tem como propósito, mostrar de forma simples e objetiva, a eficácia da LEI: 13146/2015 de acessibilidade no Fórum Doutor Mário Guimarães, no Município de Nova Iguaçu. RJ. O artigo abordará algumas importantes legislações vigentes, que tem como finalidade, assegurar os direitos cruciais da pessoa com deficiência em cadeira de rodas e seus percursos básicos e indispensáveis no Fórum em questão. De forma concisa, a pesquisa julgará as dificuldades que a pessoa em cadeira de roda enfrenta ao acessar a justiça. Intentando garantir os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, temos como base de critério, a NBR9050/2015, que padroniza a discussão da acessibilidade, deficiência física ou mobilidade reduzida. Tendo em vista o conceito da inclusão social no acesso a justiça, foram expostas as condições de acessibilidade essencialmente a pessoa em cadeira de rodas, em um órgão do poder judiciário no Município de Nova Iguaçu RJ, onde de forma simples, sem pareceres técnicos e sim objetivos, foi verificado a existência de barreiras arquitetônicas que impossibilita a pessoa em cadeira de rodas a circular de forma acessível. Na pesquisa de campo, foram expostas somente as desconformidades com as normas de acessibilidade, e apesar de não parecer, foram identificados alguns desequilíbrios com as normas de acessibilidade e a NBR9050/2015.

Palavras-chave: Acesso à justiça, deficiente físico, pessoa de cadeira de rodas, Fórum Doutor Mário Guimarães, Nova Iguaçu.

ABSTRACT

To show the effectiveness of the Statute of Persons with Disabilities (Law 13.146 / 2015, predominantly with regard to the architectural barriers of the regional forum in Nova Iguaçu, to enable wheelchair users to have access basic to justice that they are entitled to.

Keywords: Access to of justice, Wheelchair user

INTRODUÇÃO

A pesquisa de campo tem como objetivo questionar a acessibilidade no Fórum Doutor Mario Guimarães. É importante ressaltar que a análise é simples, pois visa mostrar as normas básicas sobre o desenho universal, ou seja, o mínimo estabelecido por leis, normas e decretos, para que haja efetividade da mesma.

O presente artigo visa abordar sobre as dificuldades que o deficiente físico cadeirante tem ao acesso a justiça no Fórum Doutor Mário Guimarães, e tem por objetivo analisar sobre a eficácia da lei, no amparo a essas pessoas que devido a falta de acessibilidade arquitetônica, acabam por passar constrangimentos.

No desenvolvimento desse tema, analisamos o cumprimento dos dispositivos desse estatuto tão recente, porém que se faz bastante necessário para a inclusão de todos ao acesso a justiça. A justificativa desse tema versa também sobre a dignidade da pessoa humana. É notório o impacto que a acessibilidade pode fazer na vida dessas pessoas e na sociedade como um todo, ainda mais quando se trata do acesso à Justiça. O ato de poder ir à Justiça e pleitear os seus direitos é um dos atos que fazem com que uma pessoa se sinta uma cidadã no mais pleno teor da palavra. Privar alguém de exercer esse ato é cometer um atentado contra a sua dignidade. Portanto, debater sobre esse tema é de suma importância para o desenvolvimento de uma sociedade mais saudável, justa e igualitária.

1. ACESSIBILIDADE

Em janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), também conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). A proposta da LBI foi exposta no Congresso Nacional, 15 anos atrás, pelo então deputado federal Paulo Paim (PT-RS). Ao chegar ao Senado, ele a reapresentou, dando origem a Lei 13.146/2015. A tramitação na Câmara possibilitou à relatora, deputada federal Mara Gabrilli (PSDB-SP), ajustar o texto original às demandas dos movimentos sociais e aos termos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008), que recomendava a eliminação de qualquer dispositivo que associasse deficiência com incapacidade.

A LBI foi um grande avanço. Agora, entramos em um período de ajustes. O ideal é criar uma cultura de inclusão e derrubar barreiras que

ainda existem. Ao se exercer os direitos previstos na lei, devem surgir casos de punição por discriminação e isso vai ter um efeito cultural e pedagógico positivo. (BASILE, consultor legislativo da área de Cidadania e Direitos Humanos do Senado)

Como citado a cima por Basile, entramos em uma fase onde há a necessidade de se colocar em prática de fato o que o Estatuto requer. Isso inclui, dentre inúmeros ajustes dentro da nossa sociedade, adaptar a Justiça e os órgãos do Judiciário, para que estes supram a demanda das pessoas com deficiências e no caso do nosso objeto de estudo, a dos cadeirantes:

Art. 53. A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social.

Art. 56. A construção, a reforma, a ampliação ou a mudança de uso de edificações abertas ao público, de uso público ou privadas de uso coletivo deverão ser executadas de modo a serem acessíveis.

Art. 57. As edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes devem garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, tendo como referência as normas de acessibilidade vigentes. (Lei no 13.146/2015)

Acessibilidade, já previsto no art. 3 inciso I do estatuto, trata-se do direito garantido da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida, de exercer de forma autônoma e eficaz seus direitos básicos fundamentais, seja em espaços públicos, transportes e outros.

A legislação brasileira garante a todas as pessoas o direito ao acesso a educação, ao lazer, saúde e a justiça. Essas áreas contribuem para a inserção social, desenvolvimento de uma vida saudável e inclusiva conforme dispõe o art. 5 da Constituição.

Dessa forma, o projeto sobre Acessibilidade Arquitetônica: Um Direito Das Pessoas com Deficiência corrobora com o mesmo entendimento, ela diz que:

As pessoas com deficiência física ou mobilidade reduzida para exercerem esses direitos e fortalecerem sua participação como cidadãos há necessidade de se atingir alguns objetivos, como o direito a acessibilidade em edificações de uso público. Assim, a conquista por espaços livres de barreiras arquitetônicas implica a possibilidade e a condição de alcance para que portadores de deficiência utilizem com segurança e autonomia as edificações, mobiliários, os equipamentos urbanos os transportes e meios de comunicação.

Acessibilidade visa a garantir espaços acessíveis a todas as pessoas independentes de suas condições, o acesso a lugares públicos e privados como garante a constituição brasileira no seu art. 5.

Este entendimento corrobora com o princípio da isonomia que nos traz a constituição federal, tendo em vista que tal princípio busca de forma eficaz e digna, a igualdade na sociedade para pessoas portadora de alguma deficiência. Desta forma o projeto de acessibilidade impõe as instituições responsáveis, a adaptar locais públicos e privados as necessidades da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida.

O objetivo central da acessibilidade é a efetiva inclusão social por meio de condições materiais que assegurem à autônoma, independente e igualitária participação das pessoas com deficiência no exercício da cidadania, como consequência da isonomia substancial e da solidariedade social. Almejada capacidade plena das pessoas com deficiência somente é alcançada com a efetiva acessibilidade, eis que essa é instrumental para o exercício da autonomia relacionada aos atos da vida civil! (ALMEIDA JUNIOR; COSTA; CAMPOS, 2019, p. 166)

Portanto, a acessibilidade é um componente principal para a elucidação da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida. No que tange a Lei 10098/2000 de acessibilidade art. 2, I,

I- acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida; (LEI 10098/2000)

Com os avanços científicos e tecnológicos, o Brasil vem se adaptando as condições de acessibilidade. Uma nova perspectiva foi evidenciada sobre o tema, como criação de normas, leis e decretos.

Com objetivo de aperfeiçoar e potencializar os termos de acessibilidade, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) criou a norma ABNT 9050. Em 2015 ocorreu a última revisão e regula até hoje como parâmetro técnico de acessibilidade.

A norma ABNT 9050 estipula de forma rica e clara, citações mínimas para projetos arquitetônicos e urbanísticos, e institui um padrão para cada respectivo acesso.

É essencial para sociedade se conscientizar de que não é preciso o deficiente físico se adaptar as nossas condições, e sim, nós, nos adaptarmos as condições dos deficientes físicos.

1.1 Dever do estado

É dever de o Estado garantir a isonomia entre os cidadãos. Assim como também o direito de ir e vir como nos garante a Constituição Brasileira. Para que seja atingida essa igualdade, é necessário que se trate os desiguais de maneira igual conforme as suas desigualdades. Ou seja, em algumas hipóteses se faz necessário o uso artifícios para equiparar pessoas que estão em condições desfavoráveis a outras. No caso em tela, as pessoas que precisam de cadeiras de rodas param se locomover, se encontram em uma situação que expira mais cuidados e atenções, do que pessoas que se locomovem sem qualquer tipo auxílio. Sendo assim, precisam que as barreiras arquitetônicas existentes sejam anuladas com reformas e adaptações.

Além da isonomia, outro direito fundamental que está intrinsecamente ligado à acessibilidade é o direito de “ir e vir”. Como uma pessoa pode exercer sua cidadania se não consegue circular pelas ruas, acessar edificações, usufruir de espaços ditos “públicos” e também os privados. Se deparar com uma edificação não acessível, o deficiente cadeirante sente-se constrangido, inferior e profundamente desrespeitado, afetando a sua moral, e ferindo a dignidade da pessoa humana, que por sua vez é um princípio que norteia a Constituição e deve ser respeitado para o bem dos cidadãos. Nos termos da lei 7853/89 art. 2

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.
v- na área das edificações:

a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte. (LEI 7853/89 art.2)

O presente projeto visa mostrar de forma específica, no que tange as barreiras arquitetônicas a frente do deficiente físico cadeirante especificamente. A convenção da ONU dos direitos da Pessoa com deficiência garante igualdade a todos.

O decreto 5296/2004 viabiliza nos seus artigos:

I - acessibilidade: condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de

comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

II - barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento, a circulação com segurança e a possibilidade de as pessoas se comunicarem ou terem acesso à informação, classificadas em:

b) barreiras nas edificações: as existentes no entorno e interior das edificações de uso público e coletivo e no entorno e nas áreas internas de uso comum nas edificações de uso privado multifamiliar; (Decreto: 5296/2004)

O deficiente físico quando enfrenta dificuldades de se locomover e usufruir do ambiente, fica nítido que o local está em desconformidade e inadequado para utilização, intentando que a tribulação não é a dificuldade do deficiente e sim a barreira imposta pelo local.

A NBR 9050 suscita em suas normas que o ambiente deve ter espaço suficiente para que o deficiente físico cadeirante explore com facilidade, através de manobras e circulação, e questões em que se exijam maior alcance manual e visual.

Sendo assim, é implícito se adequar aos critérios dotados pela NBR 9050/2015, para que os deficientes físicos possam se locomover e usufruir de locais acessíveis.

A responsabilidade é nítida e envolve a União, Estados, Municípios e os poderes. É direito garantido a todos componentes da sociedade. Caso os responsáveis para aquisição desses direitos básicos vierem descumprir suas competências, o Ministério Público e a defensoria pública devem ser acionados. Sendo assim, para que haja plena efetivação desses direitos, toda violação aos direitos do deficiente deve ser denunciada.

2. ESPAÇO FÍSICO NO FÓRUM DOUTOR MÁRIO GUIMARÃES

Na pesquisa de campo foi possível observar alguns aspectos passíveis de melhorias e adaptações referentes às barreiras arquitetônicas que o cadeirante enfrenta ao tentar ter acesso ao Fórum. Uma possibilidade de otimizar tal acesso é dando mais atenção às calçadas e rampas em torno no Fórum.

Apesar da existência de rampas de acesso e de elevadores, é notório que a locomoção das pessoas em cadeiras de rodas ainda necessita de cuidados no edifício.

Só existe uma rampa de acesso para deficientes físicos cadeirantes, que se dá pela entrada no prédio principal. O prédio da Defensoria e o prédio da Vara infanto-juvenil não estão em conformidade com as normas de acessibilidade como pode ser observado na figura 1 e 2,

tendo em vista que não existe nenhuma rampa de acesso em ambos os prédios, somente escadas. A LEI federal 10098/2000 prevê em seu art. 11 inciso III: “pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade de que trata esta Lei” (lei federal 10098/2000)

Tanto nas aéreas internas e externas foram encontradas irregularidades. A desconformidade com os temas acessíveis se dá desde a chegada, a entrada e a saída do deficiente físico em questão. O local dispõe parcialmente de acessibilidade, porém, vale lembrar que a necessidade vai além de cumprir o mínimo de cotas para cada área, pois estamos falando de pessoas, além de seus direitos de ir e vir, independentemente de suas dificuldades e deficiências, são pessoas, e devem ser tratadas de forma igual pela sociedade e principalmente pelas instituições públicas e privadas, ou seja, a ela deve ser garantida a mesma liberdade de entrar e sair, de fazer uso de sanitários públicos e privados, de estacionar em lugares com segurança, de utilizar bebedouros etc. São preceitos básicos, mas extremamente necessários que fazem parte do nosso cotidiano, a todo tempo e a toda hora.

O conteúdo analisado é sobre o acesso básico, ou seja, são pareceres simples que qualquer cidadão que não tenha conhecimento técnico e mais profundo sobre acessibilidade, consegue identificar.

2.1 ÁREA EXTERNA DO FÓRUM DOUTOR MÁRIO GUIMARÃES

Figura 1: Prédio da DEFENSORIA sem rampa de acesso.



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

Figura 2: Prédio da Vara INFANTOJUVENIL em total desconformidade com as normas de acessibilidade, sem rampa de acesso. Data: 03/06/2019



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

O Prédio da Defensoria não tem nenhum acesso para o deficiente físico cadeirante.

Podemos ver que além de não existir rampas acessíveis como determinado na LEI 13146/2015. O local em frente está em péssimas condições. Pedras e cones no meio do caminho dificultando até mesmo a área de estacionamento. Apesar de parecer, a área não está interditada.

A norma ABNT NBR 9050/2015 estipula parâmetros específicos para rampas de acessibilidade, porém não há como analisar tal desconformidade, pois como se pode observar nas figuras 1 e 2, não existem rampas.

Figura 3: Área de estacionamento do Fórum Doutor Mário Guimarães.



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

Com relação as vagas, o estacionamento do Fórum está em conformidade, porém como nota-se na figura 3, as vagas estão situadas de forma que em ambos os lados, o cadeirante terá dificuldade para desembarque. Observa-se na figura acima que ao lado direito, é a área de circulação dos carros, e ao lado esquerdo, há um meio-fio que dificulta a descida do cadeirante, intentando que o mesmo requer mais cuidados no seu desembarque e para isso necessita de segurança. Na questão exposta, pude perceber que, os funcionários do fórum, se disponibilizam a ajudar a todos os deficientes físicos ou com mobilidade reduzida a acessar o local, entretanto, o projeto de acessibilidade busca promover a independência dos mesmos.

Vale ressaltar que o projeto acessibilidade tem como objetivo promover a independência do deficiente físico, de tal forma que o mesmo não precise de ajuda, e sim autonomia para ir e vir.

Figura 4: Área de estacionamento do Fórum Doutor Mário Guimarães.



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

Outra vaga que expira cuidados, visto que de um lado temos uma vaga para idosos, e do outro lado, novamente área de circulação, que inclusive, é a única de passagem. O cadeirante estacionando de frente terá dificuldades de sair se estiver outro carro ao lado na vaga de idoso, e estacionando de ré, fica exposto a área de passagem dos carros na hora de desembarque.

2.2 Área interna do fórum Doutor Mário Guimarães

Figura 5: Balcão de atendimento dos Juizados especiais.



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

Conforme dispõe a ABNT NBR9050/2015 “Devem ser asseguradas altura livre sob o tampo de no mínimo 0,73 m e profundidade livre mínima de 0,30 m, de modo que a P.C.R. tenha a possibilidade de avançar sob o balcão”.

A respeito dos balcões, o fórum Doutor Mário Guimarães está parcialmente em conformidade com a lei de acessibilidade mais uma vez, tendo em vista em outras dependências os balcões encontram-se acessíveis, entretanto, considerando a imagem acima é possível notar a impossibilidade de acesso a pessoa em cadeira de rodas nesse balcão se se encontra no prédio dos Juizados Especiais.

Figura 6: Bebedouros não acessíveis.



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

No que tange a bebedouros acessíveis, o Fórum Doutor Mário Guimarães se encontra em total desconformidade com a lei de acessibilidade. Considerando a Norma 9050/2015 no que diz: “Deve-se instalar bebedouros com no mínimo duas alturas diferentes de bica, sendo uma de 0,90 m e outra entre 1,00 m e 1,10 m em relação ao piso acabado.” Sendo assim, nenhuma das dependências do Fórum Doutor Mário Guimarães, se encontra nos conformes.

Figura 7: Banheiro do Prédio principal do Fórum Doutor Mário Guimarães



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

Figura 8: Banheiro acessível do prédio dos Juizados Especiais.



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

Figura 9: Barra de apoio em desconformidade.



Fonte: Arquivo pessoal. Data: 03/06/2019

Apesar da existência de alguns requisitos do desenho universal presentes nas figuras 7 e 8, há detalhes importantes para utilização desses sanitários. Na figura 7 podemos notar um tipo de piso não antiderrapante e essa irregularidade pode ser prejudicial para o deficiente. A Norma 9050/2015 dispõe que: “Os pisos dos sanitários ou boxes sanitários devem observar as seguintes características: a) ser antiderrapantes.” O piso antiderrapante pode evitar acidentes e se faz bastante necessário não só para o deficiente, mas também para o idoso.

Outra peculiaridade que parece ser simples, mas de grande importância, é a barra de apoio que fica situado ao lado da bacia sanitária nas figuras 7 e 9. A barra de apoio é extremamente importante para o deficiente cadeirante em sua utilização, atentando ao fato de que ela serve como apoio para que o cadeirante a segure no processo do uso do sanitário. A Norma ABNT 9050/2015 prevê em seus requisitos:

Junto à bacia sanitária, quando houver parede lateral, devem ser instaladas barras para apoio e transferência. Uma barra reta horizontal com comprimento mínimo de 0,80 m, posicionada horizontalmente, a 0,75 m de altura do piso acabado (medidos pelos eixos de fixação) a uma distância de 0,40 m entre o eixo da bacia e a face da barra e deve estar posicionada a uma distância de 0,50 m da borda frontal da bacia. Também deve ser instalada uma barra reta com comprimento mínimo de 0,70 m, posicionada verticalmente, a 0,10 m acima da barra horizontal e 0,30 m da borda frontal da bacia sanitária (NORMA ABNT 9050/2015)

No caso em tela, os banheiros das figuras 7 e 9 não possuem as barras de apoio vertical como impõe a norma.

Outro ponto que passa despercebido, mas que também é considerável e passível de melhoria é a desconformidade com a norma 9050/2015 da página 91, onde se é exigido uma altura mínima entre o piso e a bacia, como notado na figura 7. A abertura frontal do sanitário na figura 9 também não corresponde aos parâmetros da norma 9050/2015.

As bacias e assentos sanitários acessíveis não podem ter abertura frontal e devem estar a uma altura entre 0,43 m e 0,45 m do piso acabado, medidas a partir da borda superior sem o assento. Com o assento, esta altura deve ser de no máximo 0,46 m para as bacias de adulto. (NORMA ABNT 9050/2015).

Apesar de parecer que as áreas em questão estão nos conformes, existem alguns pontos cruciais que dificultam ainda mais a vivência do cadeirante nesse ambiente.

3. O QUE FAZER QUANDO OS DIREITOS DOS DEFICIENTES FÍSICOS SÃO VIOLADOS?

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência 13.146/16 Art. 7 dispõe que: “É dever de todos comunicar á autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência.”

Assim, podemos buscar que é dever de todos procurar e denunciar aos órgãos instituídos, qualquer ato de preconceito, maus tratos, violência e discriminação contra a pessoa com deficiência para a concretização desses direitos garantidos.

O Ministério Público é um órgão principal no que tange aos direitos de interesses individuais e coletivos. Dentre esses direitos, estão os direitos da pessoa com deficiência. “O ministério Publico, enquanto instituição permanente é essencial a função jurisdicional do estado” (lei federal 13146/16 art.7)

Mediante a uma denúncia anônima pela ouvidoria do Ministério Público ou mediante a uma representação de qualquer pessoa referente à falta de acessibilidade em prédios públicos e privados, cabe ao Ministério Publico através da Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e a Pessoa com Deficiência de Nova Iguaçu, acatar a denúncia e comprovar a desconformidade enviando uma polícia específica ao local para apurar tais irregularidades. Havendo

desconformidades com as normas da lei de acessibilidade, o Ministério Público enviará um comunicado ao local denunciado, mediante a um Termo de Ajuste de Conduta (TAC), com objetivo de cobrar as adaptações.

Caso o comunicado não seja respondido, o Ministério Público os convocará para uma reunião sob o mesmo pretexto. Não havendo cumprimento das partes, o Ministério Público ajuizará uma ação judicial com objetivo de sanar essas desconformidades. Lembrando que tal procedimento, só atende quando a desconformidade for de direito coletivo.

No caso de existir uma violação individual, onde uma única pessoa tenha sofrido preconceito, discriminação ou tenha tido seu direito ameaçado ou negado, a autoridade competente é a Defensoria pública que tem legitimidade para propor ação civil pública, podendo pleitear a tutela de direitos individuais e coletivos das pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

A base da norma tem a finalidade de fornecer acessibilidade adaptada a todos, independentes de deficiências físicas. Os ambientes devem ser irrestritos de modo que todas as pessoas deficientes possam desempenhar seus afazeres de forma igual às outras pessoas que não possuem deficiências.

A presente pesquisa buscou analisar os parâmetros de acessibilidade fornecidos aos deficientes físicos de cadeira de rodas, nas dependências internas e externas do Fórum Doutor Mário Guimarães no Município de Nova Iguaçu.

A condição investigada no fórum destaca varias irregularidades. Mediante uma análise básica, foram identificadas diversas desconformidades com acessibilidade, como a presença de barreiras arquitetônicas e impedimentos de locomoção por falta de adaptação entre outras dificuldades.

Na figura técnica e normativa, propõe-se o uso dos requisitos de acessibilidade de edificações aos deficientes físicos cadeirantes.

De acordo com as informações recolhidas nas áreas, destaca-se que pessoas em cadeira de rodas não tem total independência para acessar a todo espaço do fórum e acabam se contendo de seu direito de ir e vir.

Portanto, é de suma importância a implantação dos parâmetros da norma de acessibilidade no Fórum Doutor Mário Guimarães mediante reformas. Atentando que, o fórum

é um órgão jurisdicional e deveria garantir os princípios básicos em sociedade. As pessoas vão até o local para fazer valer seus direitos. Faz-se necessário incentivar a otimização do acesso dos cadeirantes ao Fórum, para que estes não se sintam desmotivados ou inibidos quando precisarem colocar o seu direito de acessar à Justiça, sendo como partes, testemunhas, advogados ou juízes. Como também orientar de forma clara os procedimentos legais a serem realizados quando houver violações de acessibilidade.

REFERÊNCIAS

ACESSIBILIDADE NA PRÁTICA, Tipos de barreiras, 2012, www.acessibilidadenapratica.com.br, acesso em 23/05/2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência a edificações, espaço, mobiliário e equipamentos urbanos: NBR9050/2015. Terceira edição: 11/09/2015. Válida a partir de: 11/10/2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DECRETO Nº 5.296 DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004- Regulamenta as Leis Nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm Acesso em: 16 mai. 2019

FRANCO SIMONE, Lei Brasileira de Inclusão entra em vigor e beneficia 45 milhões de pessoas, 2016, www12.senado.leg.br, acesso em 15/05/2017;

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Assistência Jurídica Pública: direitos humanos e políticas sociais**. 2. Ed. Curitiba : Juruá, 2010

LEI DE Nº 10.098, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm. Acesso em; 16 mai. 2019

LEI DE Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 16 mai. 2019

LEI DE Nº 7.853 DE 24 DE OUTUBRO DE 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa

Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm. Acesso em: 16 mai. 2019

MARTINS, Guilherme Magalhães. HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Comentários a LEI 13.146/2015

**O ATIVISMO DO STF X A FUNÇÃO DA SUPREMA CORTE: ANÁLISE CRÍTICA
DA INTERFERÊNCIA NA MATÉRIA PENAL**

Misraïne Marinho Floriano

RESUMO

Trata-se de um estudo acerca do caminho que o Supremo Tribunal Federal tem trilhado ao longo dos anos, como órgão praticante do Ativismo Judicial. Buscando fazer uma análise crítica a sua interferência na matéria penal, deixando claro o papel da população no que diz respeito aos poderes dados ao Judiciário e a Corte. A abordagem inicia-se com as considerações acerca da evolução histórica do papel do magistrado. Logo em seguida trata-se sobre a função para qual foi criado o STF, o seu âmbito de sua atuação e qual função tem desenvolvido atualmente. Como um terceiro tópico explana-se o caso da criminalização da homofobia por via Judicial e a abertura de inquérito no Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de investigar ameaças aos membros da Corte e seus familiares. O trabalho demonstra as particularidades e inflexibilidade de alguns dos princípios penais, como também a abrangência da Constituição Federal em vigor e os limites impostos pelos mesmos em relação à figura do legislador, do magistrado e da própria Suprema Corte.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Matéria penal. Direito.

ABSTRACT

It is a study of the path that the Federal Supreme Court has been going through over the years as a practicing body of Judicial Activism. Seeking to make a critical analysis of its interference in criminal matters, making clear the role of the population with regard to the powers given to the Judiciary and the Court. The approach begins with considerations about the historical evolution of the magistrate's role. Next, it is about the function for which the STF was created, its scope of action and what function it has currently developed in practice. As a third topic, we explain the case of homophobia's criminalization by judicial means and the opening of an investigation in the Federal Supreme Court, in order to investigate threats to members of the Court and their families. The work demonstrates the particularities and inflexibility of some of the penal principles, as well as the scope of the current Federal Constitution and the limits imposed by the same in relation to the figure of the legislator, the magistrates and the Supreme Court itself.

Keywords: Judicial Activism. Criminal matters. Right.

INTRODUÇÃO

A Constituição federal de 1988 deu a incumbência ao Supremo Tribunal Federal (STF), de ser guarda e defensor da Constituição. Podendo declarar a inconstitucionalidade de uma lei, caso seja inconstitucional, ou seja, caso esteja em desacordo com o texto constitucional. Atribuiu também a Suprema Corte a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, ou seja, o STF tem a palavra final nas questões que envolvam as normas constitucionais.

A mesma assumiu alguns compromissos com a sociedade, que, em tempos de crise, deixaram de ser priorizados, o que resultou em algumas lacunas normativas que se agravam com a omissão do Poder Legislativo. Poder este, que é composto por representantes do povo, o que chamamos de democraticamente eleitos, ou seja, que passaram por aprovação popular.

Com o passar de mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o adiamento dos direitos e garantias expressos na mesma, para um futuro incerto e indeterminado. Sem contar com a contribuição da inércia dos parlamentares brasileiros, em relação às questões de relevância social, política, entre outros atrelados aos direitos fundamentais expressos na Constituição vigente. A população começou a migrar os pedidos e as cobranças do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

Tais acontecimentos resultaram na Judicialização e conseqüentemente no desenvolvimento e aceitação do Ativismo Judicial. Onde encontremos o judiciário com inúmeras demandas referente a políticas públicas garantidas na Constituição, em contrapartida, não efetivamente cumpridas. É claro que o fenômeno de crescimento do Poder Judiciário iria atingir ao Supremo Tribunal Federal, o que tem resultado em um acúmulo de funções para a Corte e um crescimento exacerbado de processos desnecessários.

A título de curiosidade, as inúmeras demandas no STF interferem diretamente no tempo do processo, violando o princípio da celeridade processual. Em uma pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), em uma média geral são 330 dias, entre a entrada do processo e o trânsito em julgado do mesmo. O Direito penal encontra-se em terceiro lugar nos assuntos de maior duração no Supremo.

Com toda a falta de credibilidade do Poder legislativo, e olhando para sociedade como um mecanismo automático e diário de desenvolvimento de conflitos. O presente trabalho, faz uma análise de forma crítica ao ativismo do STF quanto a sua interferência na matéria penal. Tendo em vista que, o Direito penal exerce uma função imprescindível para o desenvolvimento de uma sociedade pacífica, e é utilizado pelo Estado como um instrumento, para proteção da própria sociedade e dos bens jurídicos mais importantes ao seio social.

Para isso, o primeiro tópico trata da evolução histórica de credibilidade do Poder Judiciário. Aborda-se em um primeiro momento, sobre surgimento do Ativismo Judicial de forma geral, como um fenômeno mundial e o excessos do Supremo Tribunal Federal brasileiro no uso do mesmo.

O segundo tópico, busca analisar alguns dos princípios penais e suas regras, tendo como base o princípio da legalidade, princípio da proporcionalidade, princípio da intervenção mínima e o princípio da fragmentariedade. Tendo em vista que, as leis do ordenamento jurídico em questão, têm como fonte originária a Constituição Federal.

No terceiro e último tópico, após superados as questões anteriores sobre o Ativismo Judicial no STF, sobre a inflexibilidade dos princípios penais e a importância da figura do legislador para o Direito Penal. Neste tópico, será feita a análise de dois casos que versam sobre Direito Penal, que tramitam no Supremo Tribunal Federal. O primeiro é sobre a criminalização da homofobia via judicial e o segundo caso é sobre a abertura de inquérito no STF.

Por fim, será realizada uma análise minuciosa, onde buscará demonstrar se há excessos na atuação ativista do STF em relação à matéria penal e se tais situações são permitidas pela Constituição Federal e pelos princípios e regras penais.

1 DO ATIVISMO DO STF E SEUS EXCESSOS

1.1 SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

No início do século XIX, o povo clamava por uma solução, que impusesse limites ao poder concentrado dos governantes soberanos. Neste cenário surge a lei, com uma grande relevância jurídica, impondo obrigações aos cidadãos e limitando os seus direitos. Porém, a titularidade do poder era atribuída ao povo, delegando a seus representantes o exercício de confecção.

No caso concreto, a lei era aplicada sem criatividade ou interpretação. Os magistrados eram rotulados como boca-da-lei, aplicando exatamente o que estava descrito nos dispositivos legais, de forma fria. Aqui surge o positivismo, onde o legislativo era grande em vista do judiciário, pois, tal fenômeno era puramente descritivo e livre de valor moral, político e até mesmo de justiça.

Quando a Segunda Guerra Mundial chegou ao fim, derrubou a ideia de que o legislativo grande era a melhor opção. Surgindo assim a era pós-positivista, deixando de lado o

positivismo jurídico em quanto método descritivo e a ideologia do direito livre de valor. De modo que, abriu portas para inovações nos poderes.

Na Europa, ocorreu o primeiro sistema pós-positivista, principalmente na Alemanha. Com base nos princípios alemães aplicaram o direito, fazendo com que o direito e a moral se aproximassem, surgindo o estado democrático de direito. Nos Estados Unidos da América, houve a liderança feminina, imigrantes, etc. Acontecimentos que marcaram a Suprema Corte, pois, envolviam direitos civis. Já no Brasil, após 1988 a doutrina da efetividade querendo que a Constituição seja para valer, bem como os direitos fundamentais, busca tal cumprimento no Poder Judiciário, inflado com o imenso poder em comparação ao legislativo.

Com chegada do grande fenômeno mundial chamado judicialização, que é caracterizada pelo grande número de processos que chegam ao poder judiciário, ocorreu crescimento do judiciário em favor da democracia. De acordo com Luís Roberto Barroso “*a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão jurídica estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais.*” (BARROSO apud CONJUR, 2008, p.01). Nota-se que saímos de uma aplicação pura da lei e de um legislativo forte, para um judiciário empoderado e cheio de funções.

Com a judicialização veio o ativismo judicial, que não se confundem, são distintos entre si, cada qual tem sua função e seu significado. O ativismo judicial é a ação ou atitude, que dá autonomia ao judiciário, para a interpretação da lei e interferência no espaço dos demais poderes. Ampliando o alcance e o sentido, deixando o magistrado livre para aplicar a lei no caso concreto de acordo com seu entendimento. O primeiro a utilizar o termo ativismo judicial, foi o historiador Arthur Schlesinger.

Conforme afirma Luís Roberto Barroso,

A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em um artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal, publicado em revista de circulação ampla. V.SCHLESINGER, Arthur M., Jr., The Supreme Court: 1947. Fortune, jan. 1947, p.208 apud KMIEC, Keenan D. The origin and currebt meanings of ‘judicial activism’ California Law Review, out.2004, n. 92, p. 1446. (BARROSO, 2012, p.8).

A jurisprudência progressista da Suprema Corte americana em relação aos direitos fundamentais e com a abolição da segregação racial, deu força e evidenciou o começo de novas atitudes do judiciário, marcando de forma positiva o começo do ativismo judicial.

O ativismo tornou-se de grande relevância no Brasil, a partir da Constituição abrangente de 1988, que trata de várias questões e garantindo inúmeros direitos. A não efetividade dos poderes políticos em garantir tais direitos, fez com que população migrasse para o poder judiciário, para buscar tais soluções e garantias. Com isso, o judiciário começou a receber e a julgar um grande número de demandas e os magistrados começaram a praticar o ativismo de forma contínua.

1.2 DO CONTROLE MISTO DE CONSTITUCIONALIDADE

Com a possibilidade de normas ou leis que ferissem a constituição, o Brasil adotou o controle misto de constitucionalidade, contento, portanto dois modelos de controle, difuso e concentrado. Que tem por objetivo expurgar a norma ou lei tida como inconstitucional do ordenamento jurídico.

Conforme a abordagem do Prof. Alexandre de Moraes,

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico e também, a rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. (MORAES, 2001, p.538)

O controle difuso é utilizado por qualquer juiz ou tribunal, o mesmo analisa se há incompatibilidades entre a norma e a Constituição Federal. A questão é levada por um cidadão interessado até o judiciário, por meio dos remédios constitucionais, para discutir se a referida norma fere a constituição. Os efeitos de tal decisão são “inter partes”, salvo se a discussão for levada ao STF, assim o efeito será “erga omnes”.

Já no controle concentrado os órgãos legitimados provocam diretamente o Poder Judiciário através do STF, com a mesma intenção de verificar se a norma em questão viola ou não a constituição, utilizando-se de ações constitucionais, aqui encontramos o efeito “erga omnes”.

1.3 STF, O ATIVISMO E SEUS EXCESSOS

Segundo a Constituição Federal de 1988 no art. 102, cap. *“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”*. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p. 40). Como guarda da Constituição, o STF tem como função julgar ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo Federal, ação de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, a arguição de descumprimento de preceito fundamental

decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado Estrangeiro. Exercendo desta forma o papel de legislador negativo.

Quando tratamos do STF e o exagero com relação ao ativismo, há de se vislumbrar duas críticas. A primeira no que tange a legitimidade democrática, o Supremo anda resolvendo questões políticas, quando o mesmo não tem legitimidade, por exemplo, para dizer ao Secretário de Saúde onde e como deve usar o dinheiro público. A segunda crítica está na Legitimidade técnica, onde encontramos o STF criando condições no caso das células-tronco, decidindo sobre algo que não corresponde a sua área de atuação, ou pior, sua área de estudo. Quais a justificativa para este posicionamento da Corte?

Após ser provocado sobre a questão do Ativismo, declara o Ministro Cezar Peluso (atualmente aposentado)

O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição analítica, bem diferente da americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: a Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado com tanta frequência. E, veja bem, uma vez acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da Corte chamam a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direitos dos homoafetivos. (PELUSO apud CONJUR, 2011, p.1)

Vivemos hoje em uma “*Supremocracia*”, palavra utilizada pelo professor Oscar Vilhena. Onde o Supremo Tribunal expande seus poderes e tem a última palavra em demandas que tradicionalmente não fariam parte de suas atribuições. Acumulando inúmeras funções, como de Corte constitucional, Foro Especializado e Tribunal de Recursos.

Como Corte Constitucional, decide questões sobre direitos fundamentais, do que é materialmente constitucional. Desempenha três importantes papéis: legislador negativo, onde trata da inconstitucionalidade da lei; legislador positivo, exerce o ativismo judicial e Constituinte Reformador, quando o seu julgamento não segue a proposta do legislador.

Como foro especializado, segundo o art.102, I, a e b, CF. Cabe ao STF processar e julgar, “*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*”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p. 40).

Como tribunal de recursos, julga recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

Ao olhar para o STF como Constituinte Reformador, encontramos o mesmo efetuando e apoiando a prisão em segunda instância, em flagrante violação a Constituição vigente, segundo art. 5º, LVII, CF “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.8). Além do mais, o artigo 283 do Código de Processo Penal, possui o seguinte teor:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941, p. 640)

Não restam dúvidas que o Supremo Tribunal Federal tem desempenha inúmeras funções, e ao logo dos anos vem desenvolvendo papeis que extrapolam sua competência como um órgão do Poder Judiciário. Não podemos esquecer que o STF é o órgão de cúpula do judiciário e como tal, tem sua função descrita no art. 102, CF/88. No que lhe concerne, o mesmo precisa se submeter aos limites advindos da Constituição.

2 DO DIREITO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS

Em uma sociedade propensa ao desenvolvimento de conflitos e inclinada ao desequilíbrio, faz-se necessária a criação de normas eficazes para organizar e penalizar condutas tidas como reprováveis. O Direito Penal, portanto, exerce uma função imprescindível para o desenvolvimento de uma sociedade pacífica, e é utilizado pelo Estado como um instrumento, para proteção da própria sociedade e dos bens jurídicos mais importantes ao seio social.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete:

A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, denominado direito positivo, que deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, prevê as consequências e sanções aos que violarem seus preceitos. À reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de Direito Penal. (MIRABETE, 2010, p. 1)

As leis do ordenamento jurídico em questão, têm como fonte originária a Constituição Federal, ou seja, para que as mesmas sejam validadas em seu processo de elaboração e aplicação, faz-se necessário, olhar para o texto constitucional com submissão. Com a lei penal não é diferente, o legislador precisa se submeter as regras e princípios constitucionais, uma vez que, o Direito Penal trata diretamente do poder punitivo do Estado sobre o cidadão.

A lei penal é uniforme em todo território brasileiro, ou seja, os Estados não podem ser contrários a mesma. De acordo com o art. 22, I, CF “*compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.*” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.15). Porém, quando se tratar de matéria específica os Estados terão competência legislativa. Segundo o art. 22, parágrafo único, CF “*Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo*”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.16).

É relevante ressaltar que ao legislador, são impostas algumas limitações, quando se trata de interferência nas liberdades individuais. Neste sentido os princípios penais são inflexíveis, imponderáveis e de suma importância no que tange a matéria penal. Funcionam como um freio ao poder punitivo do Estado, de acordo com o entendimento de Bitencourt, o Estado não pode invadir de forma arbitrária a esfera dos direitos fundamentais do cidadão.

Na lição do mesmo autor:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista. (BITENCOURT, 2009, p.10)

Nota-se até o presente momento, a importância da Constituição Federal e dos princípios, ora como fonte do Direito Penal, ora funcionando como baliza a este direito.

2.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Também conhecido como princípio da reserva legal, o princípio da legalidade é de grande relevância. Uma vez que, protege o cidadão do poder do Estado, limitando este a observância dos dispositivos descritos na Constituição, evitando excessos na criação e aplicação das leis.

O princípio da legalidade veda que uma conduta atípica, seja punível na esfera criminal, pois, não há tipicidade, ou seja, não há um tipo penal que a preveja. O art. 5º, XXXIX, CF “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.8)

Bitencourt, define o princípio da legalidade nos seguintes termos:

[...] pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2009, p. 11)

Por meio do raciocínio até aqui desenvolvido foi possível fixar que, no Direito Penal, condutas não previstas em lei não podem ser punidas. E que o princípio da legalidade ou da reserva legal é *clausula pétrea*, portanto, não admitem-se alterações no sentido restritivo, mitigativo, limitativo ou para excluir. De acordo com o art.60, §4º, CF.

Nota-se ainda que o princípio da legalidade está ligado diretamente ao princípio da anterioridade da lei penal. Para punir determinada conduta é necessário que esteja prevista anteriormente em lei. Sem lei anterior não há crime.

2.2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em um Estado Democrático de Direito, preza-se pela dignidade da pessoa humana e efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais se encontra a liberdade. Por esta razão, ao legislador é dada a orientação quanto a proporção em penalizar uma conduta, evitando exageros no punir. O mesmo precisa olhar para a gravidade do delito cometido e a pena a ser aplicada.

Nas palavras de Cesare Beccaria, em sua lição “Dos Delitos e das Penas”, assevera:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. (BECCARIA, 1997, p. 123)

É possível encontrar na Constituição Federal de 1988, dispositivos que discorram sobre tal princípio. Nucci, nesse sentido, disserta:

A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra implicitamente a proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento. Fixa o art. 5º, XLVI, as seguintes penas: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (NUCCI, 2011, p. 89)

Perfaz-se que, o princípio da proporcionalidade não se restringe apenas na atuação do poder legislativo, ou seja, no plano abstrato, onde o legislador confecciona a lei, mas também é utilizado pelo poder judiciário, ou seja, no plano concreto, onde o magistrado interpreta e aplica a lei. Ambos em seu âmbito de atuação precisam, analisar a gravidade da conduta e equilibrar com a pena. Ao elucidar sobre a questão, Bitencourt dispõe que *“pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – abstrato (legislador) e concreto (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada”*. (BITENCOURT, 2009, p. 27).

2.3 DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Aqui encontramos o Direito penal como *ultima ratio* (último recurso), ou seja, após se esgotarem todos os meios para sanar o dano ao bem jurídico afetado, o Estado de Direito utiliza-se do Direito Penal.

Neste sentido Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando

os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2009, p. 13)

Desta feita, o princípio da intervenção mínima, tem como alvo principal o legislador. É imprescindível que o mesmo, ao criar tipos penais, observe se já não há uma atuação eficaz dos demais ramos do Direito, para proteção do bem jurídico. De forma que o direito penal interfira de maneira moderada na sociedade. Caso os demais ramos do direito, extrapenais falhem na proteção que se espera ao bem jurídico, o Direito Penal toma para si o papel de último recurso, para sanar o conflito.

2.4 DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

Para o direito penal ser aplicado faz-se necessária uma lesão de maior gravidade ao bem jurídico, ou seja, para que ocorra determinada punição a conduta praticada pelo agente deve ser relevante.

Segundo Nucci:

Fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico. Fragmento é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. (NUCCI, 2011, p. 88)

Por todo o exposto até aqui, fica claro que apesar de o Direito Penal ser considerado o “braço armado do Estado”. O mesmo só intervém, quando há uma violação grave aos bens jurídicos mais valiosos à sociedade, não considerando ações ou condutas irrelevantes socialmente.

3 DA INTERFERÊNCIA DO STF NA MATÉRIA PENAL

O Direito Penal exerce a importante função de controle à sociedade, por isso, deve ser elaborado de acordo com a constituição e seus princípios. Uma vez que, a lei penal origina

crimes e comina penas, é preciso que a mesma se subordine ao processo legislativo, como descrito nos mandamentos constitucionais.

Segundo Luiz Regis Padro,

Não há crime nem pena sem lei em sentido estrito, elaborada na forma constitucionalmente prevista. O caráter absoluto de reserva legal impede a delegação por parte do poder legiferante de matéria de sua exclusiva competência, lastreado no Princípio da Divisão de Poderes. (PRADO, 2010, p. 141)

Verifica-se atualmente uma crise de legitimidade do poder legislativo e uma valorização exacerbada do judiciário. Tal cenário é visto por muitos operadores do Direito como algo preocupante e perigoso, partindo do pressuposto de que o poder legislativo é formado pelo voto da população. Por sua vez, o poder judiciário não é escolhido democraticamente pelo povo brasileiro, na verdade, participa de um processo seletivo. Roberto Gargarella, expõe sua crítica: *“O descrédito nas lideranças legislativa e executiva do país que em regra tem o expediente de tratar de temas que emergem como necessidades sociais à medida que a sociedade se relaciona?”* (GARGARELLA, 2003, p.28)

Em suma, não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal tem sido provocado para interferir em demandas que não fazem parte de suas atribuições, com a justificativa de omissão do legislativo. Especialmente em relação ao Direito Penal, as lacunas deixadas pelo legislador devem ser supridas pelo próprio legislador, em observância ao princípio da legalidade, sob pena de insegurança jurídica.

De acordo com Souza Junior:

O descrédito nas lideranças legislativa e executiva do país que em regra tem o expediente de tratar de temas que emergem como necessidades sociais à medida que a sociedade se relaciona, reforçam a recorrência ao Supremo Tribunal Federal para a resolução de casos que, constitucionalmente não seriam de sua alçada, mas que lhe recai a análise e concretização considerando sua função maior e final de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais. (SOUZA, 2004)

Mesmo havendo restrições na Carta Magna quanto a legitimidade em relação à matéria penal. No ano de 2019, o STF recebeu e protagonizou alguns temas que fogem à sua função, e que violam as diretrizes expressas na constituição e nos princípios. E todas essas interferências são justificadas em seu ativismo, na inércia dos poderes competentes e no clamor popular.

3.1 DA IMPOSSIBILIDADE DO STF CRIMINALIZAR CONDUTAS

No dia 13 de fevereiro de 2019, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento conjunto de duas ações. Que tem por objetivo criminalizar toda forma de homofobia e transfobia, com a justificativa de omissão por parte do Poder Legislativo e a proteção de um grupo minoritário. Usando como fundamentação o artigo 5º, segundo os incisos XLI e XLII da CF/88:

(...)XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.8)

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, atua como polo ativo o Partido Popular Socialista e como relator o ministro Celso de Melo. A mesma busca a declaração de omissão por parte do congresso nacional, por falta de elaboração de lei criminal que penalize ataques ofensivos e homicídios aguçados pela orientação sexual.

O Mandado de Injunção 4.733, tem como autora a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Sua finalidade é a analogia, a exequente requer que o STF enquadre a homofobia na Lei de Racismo (Lei 7.716/1989).

No que lhe concerne o Senado se manifestou através do Advogado Edvaldo Fernandes da Silva. Que alegou não existir omissão ou mora por parte do congresso nacional: *“Não se pode cogitar de mora deliberada quando no Parlamento a criminalização da homofobia é objeto de diversos e profícuos debates”*. (SILVA, 2019, p.2). Um de seus requerimentos foi a extinção do Mandado de injunção 4.733 nos termos do art. 6º da lei nº 13.300 de 2016.

Quatro de onze ministros votaram a favor. O ministro Edson Fachin considerou procedente o MI 4.733 e salientou: *“Não é constitucionalmente possível não punir ou deixar de punir. Neste caso, há falta de lei específica. Trata-se de cumprir a Constituição”*. (FACHIN apud CONJUR, 2019, p.1). Já o ministro Luís Roberto Barroso, deixou claro que a criminalização da homofobia não iria interferir na livre expressão religiosa, *“condenar relações homoafetivas com fundamento em sincera convicção religiosa não constitui crime. A posição ideal de um Estado democrático é permitir que cada pessoa viva a sua convicção pessoal”*. (BARROSO apud JORNAL DE BRASÍLIA, 2019 p.1). O julgamento foi suspenso e pautado para o dia 23 de maio de 2019.

A problemática está em torno da legitimidade legislativa na matéria penal e na questão da não observância dos princípios. O STF não pode criar leis, pois o princípio da reserva legal impõe limites para o exercício de tal função. E é de suma importância lembrar do *"IN MALAM PARTEM"*, que proíbe o uso da analogia para prejudicar o réu.

No dia 22 de maio o Senado Federal aprovou o texto que foi apresentado pelo senador Weverton do PDT- MA. O Projeto de Lei 272/2019, que visa incluir no rol elencado da Lei do Racismo a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal aprovação foi em caráter terminativo na CCJ.

O senador Fabiano Contarato, mostrou-se desconfortável com a questão do judiciário ter protagonizado os avanços nos direitos da população LGBTI:

São 40 anos de ativismo do movimento LGBTI, mas nenhuma lei foi aprovada que garantisse qualquer direito. Todos os direitos como a adoção, o uso do nome social e o casamento de pessoas do mesmo sexo foram alcançadas pela via do Judiciário. Deixa-me envergonhado que o Congresso Nacional se furte a enfrentar o tema. (CONTARATO apud UOL, 2019, p.1)

Tal lei tem por objetivo impedir a proibição de demonstração razoável de afeto em público, com exceção do espaço dos templos, pois, gozam de liberdade religiosa. Nota-se que o legislador ao construir o texto buscou o equilíbrio imposto pelos princípios penais. Nas palavras do senador Alessandro Vieira, *"o projeto foi concebido dentro de um equilíbrio, respeitando a liberdade religiosa e o espaço dos templos, mas modernizando nossa legislação e evitando que outros Poderes, no caso o Poder Judiciário, legisle no nosso lugar"* (VIEIRA apud DIARIO DE PERNAMBUCO, 2019, p.1)

Os avanços na via legislativa, não impediram a retomada do julgamento no dia 23 de maio, das duas ações no STF. Apesar do pedido de adiamento, feito pelo Senado, nove dos onze ministros votaram por prosseguir com o julgamento.

O ministro Alexandre de Moraes a favor da continuação afirmou:

Não é líquido e certo, por mais que o esforço tenha sido feito, que a Câmara aprovará ou não. Ou que a Câmara aprovará exatamente o mesmo projeto aprovado. E não é líquido e certo, até porque isso é uma prerrogativa do presidente da República, que haverá sanção integral. (MORAES apud UOL, 2019, p.1).

O ministro Marco Aurélio de Mello, por sua vez, votou contra a continuação do julgamento e argumentou sobre o respeito para com os demais poderes. Afirmou o ministro,

"Creio que é um pano de fundo muito sensível. O momento é de deferência para com os demais Poderes. Não me refiro apenas ao Legislativo, mas de deferência também para com o Poder Executivo". (MELLO apud UOL, 2019, p.1).

Em suma o presidente da Corte Dias Toffoli se posicionou pelo adiamento. Tendo em vista a diminuição das agressões contra o movimento, segundo ele essa melhora é fruto do início do julgamento. O mesmo declarou:

Eu penso que os brilhantes votos proferidos conduziram a sociedade a uma reflexão, que, tudo indica, já houve uma diminuição nas agressões [à comunidade LGBT]. E, além disso, o Congresso Nacional está se movimentando e deliberando sobre o caso. Por isso eu voto, vencido, que minha sugestão seria adiar o prosseguimento. (TOFFOLI apud UOL, 2019, p. 1)

Após a votação para o adiamento ou não do julgamento no STF, acresceram-se dois votos a favor da criminalização da homofobia, a ministra Rosa Weber e o ministro Luiz Fux, totalizando o número de seis votos. O julgamento foi novamente suspenso, com previsão de retorno no dia 13 de junho.

No dia 13 de junho de 2019, o STF decidiu por 8 votos a 3, enquadrar a homofobia e transfobia no artigo 20 da Lei. 7.716/1989. Na prática, isto significa que delegados e promotores poderão enquadrar a homofobia como racismo, que prevê pena de um a três anos de prisão para quem praticar, induzir, ou incitar a discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

De acordo com o voto da ministra Cármen Lúcia:

Numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é o diferente, o transexual é diferente. Diferente de quem traçou o modelo, porque tinha poder para ser o espelho e não o retrato. Preconceito tem a ver com poder e comando (...) Todo preconceito é violência, toda discriminação é causa de sofrimento. (LUCIA apud GLOBO, 2019, p.1).

O ministro Gilmar Mendes destacou a omissão do congresso e a afronta a dignidade da pessoa humana.

Considerando a seriedade das ofensas sistematicamente dirigidas às esferas jurídicas das minorias que pleiteiam manifestação dessa Corte, entendo que não há como afastar o cabimento da presente ação. [...] Resta claro que a mora legislativa discutida consubstancia inegável insuficiência na proteção constitucional que determina a criminalização da discriminação atentatória à dignidade humana. (MENDES apud GLOBO, 2019, p.1).

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski abriu a divergência, deixou claro que há preceito e violência constante aos membros do grupo LGBT. Citou ainda a necessidade de uma lei que criminalize a homofobia, mas rebateu a ideia de que o Supremo pudesse fazer.

O mesmo falou que a inclusão da homofobia no crime de racismo, é usurpar a competência do Congresso Nacional. *“Só o parlamento pode aprovar crimes e penas; só o parlamento pode legislar sobre conduta penal”* (LEWANDOWSKI apud JOTA 2019, p. 3).

Nas palavras do ministro, Lewandowski:

Punir criminalmente a homofobia e a transfobia é simbólico. É simbólico. E é, segundo penso, apenas o primeiro passo. Reconheço que a lei pode muito, mas não pode tudo. Estamos aqui a tratar a necessidade de mudanças culturais complexas que, acaso vinguem, serão incorporadas ao repertório jurídico e policial paulatinamente. Essa reflexão, porém, não diminui a importância de que esse primeiro passo seja dado. (LEWANDOWSKI apud JOTA 2019, p. 3).

Neste mesmo sentido disse o ministro Dias Toffoli, e lamentou a discursão sobre o tema. *“O bom seria que não houvesse a necessidade de enfrentar este tema, em pleno século 21 e no ano de 2019”* (TOFFOLI apud JOTA, 2019, p. 3).

Já o ministro Marcos Aurélio, não reconheceu a mora do Congresso em legislar, julgando totalmente improcedente os pedidos feitos no manto de injunção e na ação declaratória de omissão.

Não vivêssemos tempos tão estranhos, o pleito soaria extravagante, disse. “A estrita legalidade, no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição em matéria penal não viabiliza ao tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei maior, esvaziar o texto literal ao criar tipos penais”, afirmou Marco Aurélio. “Não há crime sem lei, e quando a Constituição se refere a lei, é a lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional. (AURÉLIO apud JOTA 2019, p. 3)

3.2 DA ABERTURA DE INQUÉRITO NO STF

Em março de 2019, o presidente da Suprema Corte, Ministro Dias Toffoli anunciou a abertura de um Inquérito criminal, com fins de investigar ofensa contra a honra e ameaças à Corte, seus ministros e familiares. Nomeou para a função de instrutor do feito o ministro Alexandre de Moraes.

Nas palavras do ministro Dias Toffoli, Portaria GP nº 69, 2019:

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão. Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução. (PORTARIA GP 69, 2019 apud. CONJUR, 2019, p. 1).

Foi utilizado como fundamentação, o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Que afirma: ‘*Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.*’ (RISTF apud. STF.JUS, 2012, p.37).

Para o Decano da Corte, ministro Celso de Mello:

“Ninguém tem o direito de atassalhar a honra alheia, nem de proferir doesto ou de vilipendiar o patrimônio moral de quem quer que seja! A liberdade de palavra, expressão relevante do direito à livre manifestação do pensamento, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações que, fundadas no texto da própria Constituição da República (art. 5º., V e X, c/c o art. 220, § 1º., “in fine”) e em cláusulas inscritas em estatutos internacionais a que o Brasil aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), deslegitimam o discurso insultuoso, moralmente ofensivo ou impregnado de ódio ! O abuso da liberdade de expressão constitui perversão moral e jurídica da própria ideia que, no regime democrático, consagra o direito do cidadão ao exercício das prerrogativas fundamentais de criticar, ainda que duramente, e de externar, mesmo que acerbamente e com contundência, suas convicções e sentimentos! Se é inegável que a liberdade constitui um valor essencial à condição humana, não é menos exato que não há virtude nem honra no comportamento daquele que, a pretexto de exercer a cidadania, degrada a prática da liberdade de expressão ao nível primário (e criminoso) do insulto, do abuso da palavra, da ofensa e dos agravos ao patrimônio moral de qualquer pessoa!” (Trecho do voto proferido no julgamento do Agr. Reg. no Inquérito 4435, Tribunal Pleno, sessão de 14/3/2019). (MELLO apud STF.JUS, 2019)

Tal postura tomada pelo presidente do STF foi recebida com muitas críticas e também divergência de entendimentos dentro da própria Corte. O ministro Marcos Aurélio Mello, criticou a decisão em uma entrevista para a GloboNews, o ministro afirmou.

O Poder Executivo não pode e nem o Poder Legislativo. O que ocorre quando nos vem um contexto que sinaliza prática criminosa, nós oficiamos o procurador-geral da República, nós oficiamos o Estado acusador. Nós somos Estado julgador e devemos manter a necessária equidistância quanto a alguma coisa que surja em termos de persecução criminal. (MELLO apud GLOBO, 2019)

Os membros do Conselho Superior do Ministério Público Federal, em um documento de manifestação requereu que, o inquérito seja designado ao Ministério Público Federal, para que de acordo com o ordenamento jurídico em vigor seja analisado. No mesmo documento, mostram-se extremamente preocupados com algumas questões.

Declararam a sua extrema preocupação quanto ao fato de que:

a) manifestações de membros do Ministério Público, membros do Congresso Nacional e cidadãos em geral, protegidas pela liberdade de expressão venham a ser investigadas como se constituíssem crime;

b) investigação de natureza criminal não observe as diretrizes constitucionais e legais, com participação indispensável do Ministério Público;

c) investigação contra membros do Ministério Público Federal possam ser feitas em desacordo com a Constituição Federal e a Lei Complementar nº75/93, e em Cortes sem atribuição para tanto e por todos os aspectos acima mencionados, espera-se que o referido procedimento instaurado seja enviado pelo Ministro Relator designado ao Ministério Público Federal, a fim de que, nos moldes do ordenamento jurídico em vigor, venha a ser analisada a ocorrência de justa causa para a instauração de persecução criminal. (CONSELHO SUPERIOR DO MPF apud CONJUR 2019 p.2)

O partido Rede Sustentável ajuizou a ADPF 572 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que tem por finalidade contestar a portaria GP 69, que gerou o inquérito 4.781. A ação questiona a ausência de delimitação objetiva e subjetiva e também tem um pedido de liminar urgente. O partido sustenta que, *“é preciso agir com rapidez, para impedir que se consume tamanha afronta à Constituição”*. (ADPF 572 apud CONJUR, 2019, p.4)

O advogado do partido argumentou na inicial:

Nota-se, assim, que o inquérito nº 4781, que tramita em sigilo absoluto, ficando indisponível qualquer informação sobre crimes e investigados, pode ser direcionado, inclusive, contra jornalistas, parlamentares, membros do governo, membros do Judiciário e Ministério Público, detentores de foro especial, além da Cidadania em geral. (ADPF 572 apud CONJUR, 2019 p. 3)

A prevalecer o objetivo por ele pretendido, a própria Suprema Corte estaria a editar, em pleno regime democrático, mecanismo de auspícios análogos ao do

famigerado AI-5, dispondo de ferramental para intimidar livremente, como juiz e parte a um só tempo, todo aquele que ousar questionar a adequação moral dos atos de seus membros. Aliás, estes eminentes julgadores não merecem escapar à censura da Opinião Pública, visto que optaram livremente por se investir na condição de agentes públicos. (ADPF 572 apud CONJUR, 2019 p. 4)

A procuradora-geral de República Raquel Dodge, pediu o arquivamento e a anulação de todos os atos da investigação. A mesma, usou como fundamentação o sistema penal acusatório. No documento apresentado argumentou Dodge:

Considerando os fundamentos constitucionais desta promoção de arquivamento, registro, como consequência, que nenhum elemento de convicção ou prova de natureza cautelar produzida será considerada pelo titular da ação penal ao formar sua *opinio delicti*. Também como consequência do arquivamento, todas as decisões proferidas estão automaticamente prejudicadas. (DODGE apud MPF, 2019, p. 7)

No sistema penal acusatório estabelecido na Constituição Federal de 1988, artigo 129, I, o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal, exerce funções penais indelegáveis, e esta exclusividade provoca efeitos diretos na forma e na condução da investigação criminal. (DODGE apud MPF, 2019, p.7)

A ADPF 572 tem como relator o ministro Edson Fachin, que levou até o plenário do tribunal o julgamento da liminar.

A instrução cabível para a apreciação da medida cautelar desta ADPF realizou-se. A presente matéria demanda julgamento colegiado por razões que lhe são inerentes, cabendo, pois, indicar à pauta de julgamento do Tribunal Pleno. Assim, peço dia para julgamento da medida cautelar desta ADPF. Comunique-se ao ministro relator do Inquérito n. 4.781 (FACHIN apud JOTA, 2019)

Para alguns operadores do Direito, a fundamentação usada para a abertura do inquérito não seria válida, pelo fato do RISTF, delimitar um local para que aconteça tal infração. Uma vez que o artigo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal diz, “*ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal(...)*”.

E a falta de um fato específico foi um dos motivos de divergência, o que levou a repercussão do caso. Frisou o professor Oscar Vilhena, diretor da FGV Direito SP: “*São muitos fatos que são colocados [no inquérito]. Não me parece que exista um fato específico que determine a prática de crime contra a honra*” (VILHENA, 2019 apud. JOTA).

CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto até aqui, encontra-se como objetivo do Direito Penal, o controle social sem exageros por parte do Estado em seu poder de punir. É nítido que, a Constituição de 1988 é ampla e visa garantir as liberdades individuais, e que para tal faz-se necessária a observância dos princípios penais.

Ademais, é preciso ressaltar que, atualmente lida-se com uma Suprema Corte popular, fruto de suas sessões transmitidas em tempo real para todo Brasil e também do investimento da mídia em decorrência do interesse da população nas decisões proferidas pela Corte e em cada rastro deixado pelos ministros. Tal fenômeno deveria elevar a responsabilidade de seus membros, por sua vez, tem servido para içar o Ativismo Judicial e como justificativa do uso do mesmo.

Segundo o artigo 5º, LXXVIII, CF “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45, 2014). Em uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas Rio (FGV), mostra o tempo entre a entrada do processo no Supremo e o trânsito em julgado. Neste caso, a data de protocolação até a data do registro final de andamento, e a média geral é de 330 dias, violando o princípio da celeridade processual. O Direito penal encontra-se em terceiro lugar nos assuntos de maior duração no Supremo.

A problemática encontra-se a falta de critério da Corte e seus ministros, cada qual tem sua forma de trabalhar o que contribui diretamente para tal morosidade, resultando em preclusão em alguns casos. Isto mostra que além do acúmulo de funções, o STF também tem acumulado processos e tem ferido um dos direitos fundamentais, o que é bastante preocupante.

Ao longo do desenvolvimento da pesquisa verifica-se que, o STF não é casa do povo, logo, não deveria ser considerado ou utilizado como voz popular. Pelo contrário, é necessária uma cobrança direta aos poderes políticos, exigido uma atuação efetiva dos mesmos. Por sua vez, os legitimados precisam ter maturidade jurídica, para suspender a condução a Suprema Corte de temas que não fazem parte de sua competência. É imprescindível o respeito a separação dos poderes, para que não sejamos vítimas de mais uma crise, no caso de uma possível falha da Corte.

Veja que a questão não está simplesmente no fato do STF legislar, está não é uma discussão se é certo ou errado. É fato irrefutável que o legislador não tem cumprido com o seu papel, neste contexto é necessário que outro cumpra. Porém, especialmente em relação à matéria penal os princípios são inflexíveis e imponderáveis, logo, segui-los não é uma opção.

O Direito Penal é criterioso e detalhista, deve ser utilizado como *ultima ratio*. A elaboração e aplicação de suas leis precisam seguir as regras, para que não ocorra a insegurança jurídica. Fica claro que a luz da Constituição e dos princípios, o STF não possui legitimidade para criminalizar condutas.

É nítido que o Senado se apressou-se em aprovar o Projeto de Lei 272/2019, por receio do STF criminalizar uma conduta, o que seria o ápice de ativismo da Corte. Tendo em vista o descrédito do poder legislativo, os seus representantes temem o aumento de poder e o protagonismo da Suprema Corte, perante os olhares da população.

Dizer que a homofobia qualifica-se como espécie do gênero racismo, é um tanto quando preocupante. Pois, a Constituição se refere ao racismo como uma questão de raça, para combate da discriminação contra a população negra no Brasil. Visto que, apesar do fim da escravidão o negro no Brasil, ainda enfrenta grandes problemas por causa do seu tom de pele.

No entanto, ao mudar o conceito de racismo, ampliando ele de forma além da questão racial. Deixa-se de vivenciar a dita “oportunidade histórica”, palavra utilizada pelo constituinte Carlos Alberto Caó. O sujeito concreto negro tratado na lei se perde, para pessoa com qualquer tom de pele que tenha sofrido discriminação.

Sobre a abertura de inquérito no STF. Uma das coisas que devem ser analisadas, é a interpretação do artigo do RISTF, uma vez que, para a ser utilizado como fundamento da abertura do inquérito. As ofensas contra a honra e ameaças à Corte, seus ministros e familiares deveriam ter sido proferidas na sede ou dependência do Tribunal. Nota-se que é inviável conferir interpretação extensiva do artigo.

É necessário sim, uma análise das ameaças feitas no ambiente virtual, pois, fogem da esfera da liberdade de expressão. Mas tais investigações devem ser feitas pelos órgãos competentes, para que não ocorra futuras divergências na própria corte que podem ser previstas e controladas.

É importante ressaltar que a medida correta, de acordo com sistema penal acusatório. Seria o artigo 40 do CPP, um dos argumentos utilizados pela Procuradora-geral da República, no pedido de arquivamento “*quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.*” (CÓDIGO DEPROCESSO PENAL, 1941). Onde o MP tem a função indelegável e exclusiva de titular nas ações penais.

Ao chegar questões que envolvam o Direito Penal no STF, seus ministros deveriam olhar para a Constituição, para ver se encontra alguma inconstitucionalidade. Em seguida, olhar para a lei penal, para ver se há lacuna. Caso encontre lacunas, deveria olhar para os princípios, para ver se tem competência para supri-las.

A matéria penal precisa ser respeitada e cumprida como tal. Pois, é o ramo do Direito que impõe limites ao poder legislativo e ao poder judiciário. Considerando a importância e rigidez do Direito Penal, o mesmo deveria funcionar também como um freio ao ativismo da Suprema Corte

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VADE MECUM. **Constituição Federal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VADE MECUM. **Código Penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VADE MECUM. **Código de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BAROSSO, Luís Roberto. **Após 4 votos por criminalização da homofobia, julgamento é suspenso no STF**. Jornal de Brasília. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/brasil/apos-4-votos-por-criminalizacao-da-homofobia-julgamento-e-suspenso-no-stf/>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Âmbito Jurídico. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2>. Acesso em: 12 de abril de 2019.

BAROSSO, Luís Roberto. **O ativismo judicial e as consequências do efeito backlash no direito brasileiro.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20647&revista_caderno=9>. Acesso em: 12 de maio de 2019.

CONTARATO, Fabiano. **Criminalização da LGBTfobia avança no Senado.** UOL. 2019. Disponível em: < <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2019/05/22/criminalizacao-da-lgbtfobia-avanca-no-senado.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 8 de maio de 2019.

CONJUR. **Ministério Público Federal** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/conselho-mpf.pdf>> Acesso em: 14 de junho de 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **A Constituição manda criminalizar a homofobia.** Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/constituicao-manda-criminalizar-homofobia-fachin>> Acesso em: 6 de maio de 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Fachin decide levar ao plenário pedido de liminar contra inquérito de ataques ao STF.** JOTA. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/fachin-decide-levar-ao-plenario-liminar-que-questiona-inquerito-de-ataques-ao-stf-14052019> Acesso em: 6 de junho de 2019.

GLOBO. **STF permite criminalização da homofobia e da transfobia.** Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-permite-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia.ghtml> > Acesso em: 14 de junho de 2019.

GLOBO. **Marco Aurélio critica abertura de inquérito para investigar mensagens falsas e ataques a ministros.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/andrea-sadi/post/2019/03/18/marco-aurelio-critica-abertura-de-inquerito-para-investigar-mensagens-falsas-e-ataques-a-ministros.ghtml>> Acesso em: 6 de junho de 2019.

JOTA. **STF reconhece omissão do Congresso e enquadra homotransfobia no crime de racismo.** Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/por-maioria-stf-enquadra-homofobia-transfobia-crime-racismo-13062019>> Acesso em: 14 de junho de 2019.

MELLO, Celso. **Despacho inicial.** STF. JUS. 2019. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf>> Acesso em: 10 de maio de 2019.

MELLO, Marco Aurélio. **Maioria do STF decide não adiar julgamento de criminalização de homofobia.** UOL. 2019. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/23/stf-vota-suspensao-do-julgamento-da-criminalizacao-da-homofobia.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 8 de maio de 2019.

M MORAES, Alexandre. **Maioria do STF decide não adiar julgamento de criminalização de homofobia.** UOL. 2019. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/23/stf-vota-suspensao-do-julgamento-da-criminalizacao-da-homofobia.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 8 de maio de 2019.

PELUSO, Cezar. **STF enfrenta polêmicas com independência, diz Peluso.** Consultor Jurídico. 2011. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua> > Acesso em: 8 de maio de 2019.

RISTF. **Da organização e competência.** STF.JUS. 2018 . Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acesso em: 8 de maio de 2019.

SILVA, EDVALDO FERNANDES. **Memorial.** Senado. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2019/02/13/manifestacao-da-advocacia-do-senado>> Acesso em: 8 de maio de 2019.

TOFFOLI, Dias. **Maioria do STF decide não adiar julgamento de criminalização de homofobia.** UOL. 2019. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/23/stf-vota-suspensao-do-julgamento-da-criminalizacao-da-homofobia.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 8 de maio de 2019.

TOFFOLI, Dias. **Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019.** Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>> Acesso em: 8 de maio de 2019.

VIEIRA, Alexandre. **Criminalização da LGBTfobia avança no Senado.** Diário de Pernambuco. 2019. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2019/05/22/interna_politica,788373/amp.html> Acesso em: 8 de maio de 2019.

VILHENA, Oscar. **Dodge pode determinar o arquivamento do inquérito iniciado pelo STF?** JOTA. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/inquerito-stf-dodge-17042019> Acesso em: > 6 de maio de 2019.

**A EFICÁCIA DA LEI 13.484/17 COMO MEIO DE INCLUSÃO DE PESSOAS
TRANSEXUAIS NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL**

Thais Azevedo Marins¹

RESUMO

O presente artigo dedica-se a esboçar uma análise da Lei 13.484/17 como meio para efetivação do direito ao trabalho digno das pessoas transexuais e verificar como ocorre o processo de inserção de pessoas transexuais no mercado de trabalho formal, cujo foco é a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o direito ao nome social. Entendemos que é necessário analisar os motivos pelos quais essas pessoas não estão conseguindo ser incluídas no mercado de trabalho formal, gerando desempregos e encadeando situações de rua e prostituição. Trata-se de um menosprezo do Estado em relação especialmente a esse grupo minoritário que não tem acesso, informação e capacitação para se inserir e posteriormente permanecer no mercado de trabalho, por falta de políticas públicas do Estado. O presente artigo mostrará grande relevância social tendo sido realizado através de um processo de coleta de dados para melhor exemplificar como essas pessoas transexuais estão desprotegidas e sem amparo jurídico.

Palavras-chave: Transexual. Trabalho. Dignidade. Lei 13.484/17

ABSTRACT

The purpose of this article is to sketch an analysis of how the process of insertion of transsexual person occurs in the formal labor market that focus is the dignity of the human being that is directly violated by the Brazilian state. We understand that it is necessary to analyze the reasons in which these people are not being able to be included in the formal labor market, generating unemployment and linking street situations and prostitution, it is a disdain of the State in relation to this minority group that does not have access, information and training to remain in the labor market. This article will show great social relevance. A data collection process was conducted to better exemplify how transsexual people are unprotected in various aspects and without legal support to effectively work.

Key words: Transsexual. Job. Dignity. Law 13.484/17

INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre um tema que é novo na sociedade e pouco discutido nos tribunais, nos centros acadêmicos e em sociedade de modo geral. Poucos doutrinadores discutem o assunto, entretanto é um tema que deve ser abordado de maneira urgente tendo em

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Iguçu. E-mail: thais_tatti@hotmail.com. Aluna orientada pelas professoras Tereza Papa e Anna Esser.

vista o apagamento que esse grupo tem sido tratado no Estado democrático brasileiro, e enquanto isso, a população transexual se encontra diante de um estado de total vulnerabilidade social, econômica, psíquica e financeira.

O enfoque do trabalho é a inserção das pessoas transexuais no mercado de trabalho formal através da recente lei 13.484/17, que facilitou a mudança do registro civil e do sexo nos documentos oficiais de pessoas transexuais com o objetivo de inserir socialmente essas pessoas, principalmente no mercado de trabalho. Acrescentamos nesta análise o provimento n.73/18 do CNJ que definiu que as alterações poderão ser feitas em qualquer cartório sem a necessidade de um advogado ou defensor público e sem a obrigatoriedade da cirurgia de redesignação genital/sexual ou transgenitalização² ou de decisão judicial. Para as pessoas transgêneros que não possuem condições financeiras, existe a possibilidade de gratuidade de serviço a partir da comprovação de baixa renda, após preenchido o requerimento de uma declaração diretamente no cartório.

Para entender o artigo, constata-se, então, que antes de vigorar a lei 13.484/17 e provimento n.73/18 do Conselho Nacional de Justiça essas pessoas não logravam êxito em serem contratadas em processo seletivo para trabalhar em diversas empresas, pois tinham seus documentos de identidade e carteira de trabalho desatualizados, ou seja, o nome que estava inserido na documentação não correspondia ao nome social³, ocasionando a ilegalidade do documento (em virtude da foto e o nome no documento apresentado ser de um homem e a pessoa que apresentava o documento ser uma mulher ou vice-versa) e gerando também constrangimento em situações que são requeridos os documentos oficiais tanto na entrevista de emprego, quanto nas relações com os colegas de trabalho e o empregador.

Faz-se necessário desconstruir o pensamento social, em razão do preconceito estrutural destinado para essas pessoas, viabilizando políticas públicas e sociais as quais terão o objetivo de promover a inserção desses grupos minoritários no meio social e eliminar a disseminação do ódio e finalmente dar dignidade para essas pessoas trabalharem com dignidade, com todos os seus direitos respeitos e protegidos.

² Procedimento cirúrgico por meio do qual se altera o órgão genital da pessoa para criar uma neovagina ou um neofalo. Preferível ao termo antiquado “mudança de sexo”. É importante, para quem se relaciona ou trata com pessoas transexuais, não enfatizar exageradamente o papel dessa cirurgia em sua vida ou no seu processo transexualizador, do qual ela é apenas uma etapa, que pode não ocorrer.

³O nome social corresponde ao nome pelo qual as pessoas transexuais, travestis ou qualquer outro gênero se identificam e preferem ser identificadas cotidianamente, em contraste com o nome oficialmente registrado, que não reflete sua identidade de gênero. A identidade do nome social é vinculada com a identidade civil original.

1. GÊNERO, PAPEL SEXUAL, IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL NO ÂMBITO JURÍDICO

Primeiramente, tendo em vista que buscamos compreender como as pessoas transexuais são inseridas no mercado de trabalho formal é necessário para esse entendimento esboçar o conceito da sexualidade humana que envolve quatro aspectos, que são eles o gênero, o papel, a identidade e a orientação sexual.

1.1 Gênero

O primeiro aspecto é o gênero. Podemos entender como gênero o sexo da pessoa. Assim, temos o sexo feminino e o masculino. As pessoas cisgênero são aquelas nas quais se identificam com o gênero que foi determinado no seu nascimento e as pessoas transgênero são aquelas nas quais não se identificam com o gênero, comportamento e papel imposto no seu nascimento, não se identificam com o seu corpo.

Encontram-se na natureza humana também as pessoas que apresentam características do sexo feminino e do sexo masculino ao mesmo tempo, essas pessoas são conhecidas como hermafroditas, quanto a estes, seu gênero costuma ser considerado de acordo com as características físicas predominantes – femininas ou masculinas. No entanto, em alguns países, são adotados como um terceiro sexo.

Segundo Judith Butler:

O fato de a realidade do gênero ser criada mediante performances sociais contínuas significa que as próprias noções de sexo essencial e de masculinidade e feminilidade verdadeiras ou permanentes também são constituídas, como parte da estratégia que oculta o caráter performativo do gênero e as possibilidades performativas de proliferação das configurações de gênero fora das estruturas restritivas da dominação masculina e da heterossexualidade compulsória. (BUTLER, 2010, p.201)

A autora complementa:

Em sua expressão mais complexa, [o travesti] é uma dupla inversão que diz que a “aparência é uma ilusão”. O travesti diz [...]: “minha aparência externa é feminina, mas minha essência interna [o corpo] é masculina”. Ao mesmo tempo, simboliza a inversão oposta: “minha aparência externa [meu corpo, meu gênero] é masculina, mas minha essência interna [meu eu] é feminina (BUTLER, 2010, p. 195-196).

Para falarmos de pessoas transexuais, também é necessário refletir sobre o que é ser homem e o que é ser mulher em uma sociedade baseada em heteronormatividade ou heterossexualidade compulsória⁴. Sabemos que o normal e socialmente aceitável deve condizer com uma postura heterossexual de acordo com os papéis sociais atribuídos aos gêneros e onde se pressupõe uma continuidade entre sexo, gênero e sexualidade.

1.2 Papel Sexual

O segundo aspecto é o papel sexual. Segundo Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p.24)

o papel sexual está diretamente ligado ao comportamento de gênero que a pessoa desempenha na sociedade, é de cunho social, não biológico, e não necessariamente se apresenta relacionado à orientação sexual, tal como a priori possa parecer.

Modo de agir em determinadas situações conforme o gênero atribuído, ensinado às pessoas desde o nascimento, é basicamente associado a construção de diferenças entre homens e mulheres.

1.3 Orientação sexual

O terceiro aspecto é a orientação sexual, classificada como a atração que uma pessoa sente por outros indivíduos, está ligada a questões sexuais e sentimentais. Ou seja, se o indivíduo sente atração por pessoas do sexo oposto, falamos que é heterossexual (ou heteroafetiva). Se sente atração por aqueles do mesmo sexo, sua orientação é homossexual (ou homoafetiva). Há também aqueles que se interessam por ambos: os bissexuais (ou biafetivos). Pessoas do gênero masculino com orientação homossexual geralmente são chamados de gays, e as do gênero feminino, lésbicas.

Existem também os assexuais, que seriam aqueles indivíduos que não sentem atração sexual por ninguém, os pansexuais que são pessoas cuja identificação com o outro independe de seu gênero, orientação, papel e identidade sexual, entre diversas outras orientações de gênero que surgem de acordo com o crescimento da sociedade contemporânea.

⁴ Crença na heterossexualidade como característica do ser humano “normal”. Desse modo, qualquer pessoa que saia desse padrão é considerada fora da norma, o que justificaria sua marginalização.

Importante ressaltarmos que sexo e sexualidade possuem significados diferentes que por muitas vezes, são utilizados como sinônimos, o que não é verdade, o sexo está diretamente ligado ao gênero da pessoa e a sexualidade diz respeito a orientação sexual da mesma.

De acordo com, Miriam Pillar Grossi, o sexo corresponde:

A Classificação biológica das pessoas como machos ou fêmeas, baseada em características orgânicas como cromossomos, níveis hormonais, órgãos reprodutivos e genitais. Ao contrário da crença popular, reiterada em diferentes discursos, a categoria sexo não se configura como uma dualidade simples e fixa entre indivíduos deste e daquele sexo (binarismo ou dimorfismo sexual), mas, isso sim, como um contínuo complexo de características sexuais.

Enquanto a sexualidade, corresponde:

A sexualidade envolve as práticas eróticas do ser humano, suas escolhas de relação afetiva e objetos de desejo. Do mesmo modo que gênero, a sexualidade é culturalmente estabelecida e tem distinções em diferentes grupos e culturas. O conceito de sexualidade, no ocidente, está intimamente ligado ao de gênero. Na hierarquia das sociedades ocidentais em geral, a heterossexualidade ocupa a posição superior e, logo, a homossexualidade é socialmente compreendida como inferior. Em outras palavras, na sociedade em que vivemos, considera-se normal ser heterossexual. Podemos falar então que a sexualidade é marcada por práticas heteronormativas. (GROSSI, 1998, p.50)

1.4 Identidade de Gênero

O último aspecto é a identidade de gênero, caracterizada como a *forma como o indivíduo se percebe em relação ao gênero que possui e das suas relações com os outros gêneros*.

Quando a pessoa de determinado gênero se sente mais como se fosse de outro, independentemente de sua orientação sexual (às vezes até mesmo de seu papel sexual), falamos que ela é transexual. Pontualmente falando, transexual seria aquele cuja identidade sexual não é a mesma que seu sexo biológico, sendo normalmente aquele que recorre a cirurgias de mudança de sexo ou não.

Exemplificando: uma mulher transexual que se relaciona com homem cisgênero é uma mulher heterossexual; e uma mulher cisgênero que se relaciona com um homem cisgênero também é uma mulher heterossexual. A proposta é explicar que a identidade de gênero não tem nada a ver com a orientação sexual, uma mulher cisgênero ou transgênero pode ser lésbica, bissexual, heterossexual entre outras denominações de sexualidade. Assim como um homem cisgênero ou transgênero pode ser gay, bissexual, heterossexuais entre outros.

Importante destacar que transexuais e travestis não são a mesma coisa. Os travestis possuem identidade de gênero mista, se sentem tanto homens quanto mulheres. Assim, costumam vestir-se e se comportar como se fossem do gênero oposto (papel sexual), equilibrando sua dupla identidade.

Judith Butler (2010) afirma que os corpos carregam um discurso, portanto, este interfere diretamente na admissão em uma entrevista de emprego, ou seja, o que é visto como adequado ou não na sexualidade são formas de normatividade, vinculadas à matriz heterossexual. que podem ou não fazer com que uma pessoa seja contratada em determinado trabalho.

Concluimos seguindo o seu conceito que o sujeito é aquele que presume ser a pressuposição no agenciamento e, ao mesmo tempo, permanece submetido a uma série de regras que o precedem, sendo assim, o mecanismo que regula o gênero é ele mesmo generificado, é o aparato pelo qual a produção e a normalização do masculino e do feminino se manifestam junto com as formas intersticiais, hormonais, cromossômicas, físicas e performativas que o gênero assume (BUTLER, 2010, p. 185-186).

A Transexualidade que engloba homens e mulheres ocorre quando há uma incoerência marcada entre o sexo biológico e a identidade de gênero. Neste caso, a pessoa pode buscar por mudanças corporais para que o físico coincida com o gênero que ela se identifica mentalmente.

Importante ressaltar que ao contrário que alguns pensam, o que determina a condição transexual é como as pessoas se identificam e não um procedimento cirúrgico. Segundo Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p.9), *“transexuais sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e se sentem, e querem corrigir isso adequando seu corpo ao seu estado psíquico”*.

A população transexual e travesti trava uma luta constante pelo reconhecimento da sua identidade de gênero e pelo direito de ser quem são, a despatologia⁵ foi uma grande vitória dessas pessoas, a luta é também em relação a efetividade das leis que amparem a inserção de toda essa comunidade nos ambientes de trabalho, nas universidades, e principalmente na luta contra a transfobia.

⁵ Conceito introduzido por uma campanha internacional pela exclusão da transexualidade, da travestilidade e das manifestações de gênero escapam à noção binária homem/mulher da Classificação Diagnóstica e Estatística de Doenças – CID, da Organização Mundial de Saúde, e do Manual Diagnóstico e Estatístico das Doenças Mentais – DSM, da Associação Psiquiátrica Americana. Em nível nacional, a campanha se estende à reformulação do processo transexualizador no Sistema Único de Saúde, tendo em vista a adoção de uma concepção de saúde que reconheça a pluralidade de identidades de gênero como uma manifestação natural dos seres humanos e que atenda as demandas das pessoas transexuais sem a necessidade de condicionar esse atendimento a um diagnóstico psiquiátrico e/ou psicológico.

A pessoa transexual e travesti diferencia-se dos padrões da dita normalidade que a sociedade elegeu, mas nem por isso essas pessoas devem ser consideradas anormais. Ao contrário, trata-se de um sujeito de direito e deveres como qualquer outra pessoa, tentando se inserir, de modo a poder desenvolver suas reais potencialidades, vez que apresenta um sexo psicológico diferente do sexo biológico. Sente-se como seu sexo psicológico, ojeriza sua genitália e a vontade de mudar seu sexo físico é inerente à sua pessoa.

A cirurgia de resignação genital/sexual ou transgenitalização é uma das soluções para minorar o sofrimento em que vive um transexual e este direito não pode ser negado pelo estado, a pessoa transexual que se submeteu a cirurgia tem o *direito ao esquecimento*⁶ de seu estado anterior, precisa poder assumir sua nova vida sem ser rotulado e discriminado. Eventual prejuízo a terceiro, deve ser alegado em processo próprio, sem que o transexual tenha que levar para o resto da vida a marca de seu passado que tanto o fez sofrer.

Todos os direitos inerentes ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como o de ter uma vida normal, integrada a sociedade, como direito a se casar, direitos relativos à filiação e principalmente o direito de ter um trabalho digno, precisam e devem ser garantidos. Todo ser humano tem de ter garantida sua liberdade de buscar a própria felicidade, sendo da forma como escolheu, exatamente como todos aqueles considerados normais querem e merecem ser felizes.

2. LEI 13.484/17 E A MUDANÇA DO NOME SOCIAL NA CARTEIRA DE TRABALHO

Após entendermos sobre os diversos aspectos da sexualidade na sociedade humana, é necessário pontuar sobre a noção de trabalho e seu desenvolvimento no Brasil.

De acordo o sociólogo Karl Marx, o conceito de trabalho é a “*atividade sobre a qual o ser humano emprega a sua força para produzir os meios para o seu sustento*”. Conforme a Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu artigo 6º, caput, que versa sobre os direitos sociais “*a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados*”, nota-se que para edificarmos a maior parte desses direitos sociais é necessário que o indivíduo esteja inserido em alguma atividade econômica, ocasionada pelo trabalho.

⁶ Direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.

2.1 O Direito Constitucional ao trabalho digno em detrimento da pessoa transexual

O trabalho é elemento capaz de integrar e dignificar o ser humano em sociedade, pois estabelece modos de viver, hábitos, deveres e direitos. No exercício do trabalho, o ser humano pode encontrar sentido para a vida e para a realização de suas aspirações.

As normas internacionais do trabalho estabelecidas pela OIT, reconhecedoras da promoção dos direitos fundamentais do trabalho, guardam pertinência com a Declaração dos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe em seu artigo 23 que “*todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego*”.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera trabalho digno aquele executado em condições de liberdade, equidade e dignidade. Para a OIT, o conceito de trabalho digno, resume as aspirações do ser humano no domínio profissional e abrange vários elementos: oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração equitativa; segurança no local de trabalho, proteção social para as famílias; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam as suas vidas; igualdade de oportunidades e de tratamento para todas as mulheres e homens. (OIT, 2010)

A inclusão social das pessoas transexuais no mercado de trabalho brasileiro é centro de debates tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a igualdade entre as pessoas e a proibição de discriminação entre os trabalhadores. Desta forma, seria necessário políticas públicas para proporcionar a inserção dessas pessoas em empresas privadas e sociedades de economia mista, fora a base para a qualificação necessária para a profissão que essas pessoas almejam, a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas transexuais, e conseqüentemente, a diretriz constitucional de inclusão social.

Tendo em vista que o documento de identidade e a carteira de trabalho são itens essenciais na contratação de qualquer empregado, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, dispõe em seu artigo 13º, caput:

A Carteira de Trabalho e Previdência Social é obrigatória para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em carácter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada.

Toda pessoa, independente da sua identidade de gênero e da sua orientação sexual, tem o direito e a garantia fundamental de ter os seus direitos respeitados e preservados, pelo Estado

Democrático de Direito, este princípio corresponde a Dignidade da Pessoa Humana, que versa sobre principalmente os direitos individuais e coletivos e os direitos sociais e está fundamentado na Constituição Federal de 1988, que dispõe em artigo 6º, inciso III:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.

A previsão do fundamento no primeiro artigo da Constituição, reforça a ideia de que a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais são a **base orientadora** das ações do Estado, da interpretação e da aplicação das leis, sendo assim é de extrema importância o amparo do Estado na inclusão social das pessoas transexuais e na facilitação e promoção na inserção no mercado de trabalho, em respeito a este princípio basilar da Carta Magna.

Dessa forma, podemos observar que na Declaração Universal dos Direitos Humanos, está fundamentado no primeiro artigo que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”*, mais uma vez, podemos observar que a dignidade da pessoa humana é essencial para todo e qualquer indivíduo, independente do gênero no qual ele se enquadra, os direitos devem ser respeitados pelo Estado Democrático de Direito e também por todas as pessoas que estão inseridas nesse Estado.

É notório que essas pessoas encontram dificuldade para conseguir um emprego porque o nome social não está inserido nessas documentações gerando assim situações vexatórias e o desemprego eminente.

Segundo Nelson Nery Junior (2017) dar tratamento isonômico às partes corresponde, *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”*, haja vista que a proteção deve ser maior para grupos historicamente e socialmente vulneráveis como mulheres, negros, e pessoas transexuais.

Necessário discorrer sobre o tratamento diferenciado dado à mulher empregada em determinados trabalhos específicos, este tratamento não ofende a Constituição, pelo contrário, coloca a mulher em condição de igualdade com o homem no mercado de trabalho.

Existe uma outra corrente de operadores do direito que defendem que a proteção especial dada à mulher legitima a visão estereotipada do “sexo frágil”. Segundo essa corrente, eles reafirmam o texto constitucional que diz que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações* (Art. 5º, I e 7º, XXX da Constituição Federal de 1988), por isso,

equivocadamente, há quem defenda que não há que se falar em algumas “concessões” específicas à mulher, sob pena de incorrer em ofensa ao princípio da igualdade.

Diante do exposto, em detrimento ao princípio da isonomia, compreende-se que há necessidade de executar as normas de proteção ao trabalho da mulher às pessoas transexuais. Nas quais, essas normas foram historicamente conquistadas, como forma de propiciar a sua inclusão e manutenção no mercado de trabalho, levando-se em consideração aspectos biológicos e sociais vivenciados até hoje.

Tendo em vista que a mulher transexual parece merecer o mesmo tratamento especial e proteção destinado as mulheres cisgênero, que está exposto desde a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, no Capítulo III, que versa sobre a *proteção ao trabalho da mulher*, com o fim específico de coibir discriminações, preconceitos, situações vexatórias, e corroborar com a inserção de todas as mulheres no mercado de trabalho levando em conta suas características sociais e biológicas.

O Código Civil de 2002, dispõe em seu artigo 16º, caput, que versa sobre os direitos da personalidade, *toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome*.

De acordo com Maria Helena Diniz (2012, pag. 227.):

O nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade: daí ser inalienável, imprescritível e protegido juridicamente.

Observamos que com a promulgação da lei 13.484/17 que dispõe sobre as alterações que poderão ser feitas sem a obrigatoriedade da comprovação da cirurgia de mudança de sexo ou de decisão judicial, o pedido poderá ser realizado por meio do ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN), essa troca ocorrerá nos cartórios de registro de nascimento ou em outro cartório com requerimento encaminhado ao cartório de origem, por via administrativa.

Para as pessoas transgêneros que não possuem condições financeiras, existe a possibilidade da gratuidade do serviço a partir da comprovação de baixa renda, após preenchido o requerimento de uma declaração diretamente no cartório, sem que haja a necessidade de recorrer a outro órgão público (defensoria pública).

Os documentos necessários para a obtenção desse direito, sendo eles:

- Certidão de nascimento,
- Certidão de casamento (caso possua)
- Registro de identidade civil nacional
- Passaporte

- CPF
- Título de eleitor
- Comprovante residencial
- Certidão do distribuidor civil do local de residência,
- Certidão de distribuidor criminal no local de residência,
- Certidão de execução criminal
- Certidão de tabelionatos de protesto de local de residência,
- Certidão da justiça eleitoral no local de residência
- Certidão de justiça no trabalho no local de residência
- Certidão da justiça militar

Para reforçar a lei, o CNJ regulamentou o provimento nº 73/2018 que afirma que não é mais necessária a apresentação de laudos e atestados de transexualidade para a retificação no registro civil, garantia assegurada novamente pelo CNJ. Contudo, a população transexual ainda enfrenta grandes dificuldades na retificação do registro civil em cartório, em detrimento da falta de aprovação nos cartórios, importante ressaltarmos que o direito ao nome social é amparado na legislação internacional de direitos humanos, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica, que impõe o respeito ao direito ao nome, no seu artigo 18º:

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário, ao reconhecimento da personalidade jurídica liberdade pessoal e a honra a dignidade.

Sabemos que na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 é assegurado o direito a alteração do nome e da identidade de gênero, existem decisões oriundas de partidos e políticos conservadores que insistem em rejeitar esse direito de todos os cidadãos. Imputando o princípio da imutabilidade relativa⁷ do nome que não chancela qualquer pretensão do transgênero à mudança. Mas o tradicional princípio da indisponibilidade do estado⁸ das pessoas não pode ser um obstáculo à mudança de sexo no registro civil. Não se trata de desestruturar o sistema, mas de adequar a complexidade da ordem jurídica à complexidade da ordem natural.

⁷ Este princípio versa sobre a capacidade que tem a pessoa que praticou certo ato, definido como crime, de entender o que está fazendo e de poder determinar se, de acordo com esse entendimento, será ou não legalmente punida relativamente.

⁸ Este princípio implícito. Trata-se das sujeições administrativas. As sujeições administrativas são limitações e restrições impostas à Administração com o intuito de evitar que ela atue de forma lesiva aos interesses públicos ou de modo ofensivo aos direitos fundamentais dos administrados.

Importante destacarmos que antes da Lei 13.484/17 já se promulgava a Lei n° 6.015, de 31 de Dezembro de 1973 dos Registros Públicos, que diz respeito ao nome que o prenome é definitivo, mas pode ser substituído. Igualmente é admitida sua alteração, a pedido do interessado, contanto que não prejudique o sobrenome da família.

É com base nessas garantias constitucionais que o transexual tem o direito de fazer a operação de mudança de sexo, bem como, após, deve ter seu registro alterado, para que possa viver de forma integrada e feliz.

O Estado democrático deve ter como princípio básico a tolerância, atentar para a multiplicidade de vontades e respeitar as diferenças. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade que englobam o direito à integridade física e moral, a intimidade, a privacidade e ao próprio corpo, incluindo o direito a orientação sexual, são consagrados pela Constituição Federal, atribuindo ao transexual o direito de viver como quer ser. O Estado deve assegurar o respeito aos seus direitos, bem como promover a felicidade de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3. COLETA DE DADOS

A escassez de dados quantitativos e qualitativos acerca de pessoas transexuais revela e reforça a situação de invisibilidade na qual essas pessoas estão inseridas em todo o país. Segundo o “Relatório de Violência Homofóbica e Transfóbica no Brasil: ano 2013”, produzido pela instituição Rio Sem Homofobia, as violações denunciadas, conforme a distribuição das vítimas por identidade sexual consta nos índices 11,9% de travestis e 5,9% de transexuais declarados. Se tratando dos casos de homicídio, em especial, as travestis ocupam 29,5% e os transexuais 1,2% dos casos.

A pesquisa realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), expressa preocupação com a difusão da violência na América contra pessoas LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex). Nesta pesquisa se verificou que o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo. Os direitos fundamentais dessas pessoas são violados cotidianamente, incluindo o de existir na sociedade de acordo com o gênero que se identificam.

Fazendo um recorte de gênero no Brasil, 90% da população transexual, principalmente as mulheres transexuais e travestis, recorrerem à prostituição (IBGE) podemos observar que esse grande número é em decorrência da impossibilidade que essas pessoas encontravam de

conseguir mudar os seus documentos. A exclusão é ocasionada muitas vezes pela idoneidade na documentação e falta de legislações específicas que garantem espaço no mercado, sendo um dos obstáculos para a entrada de pessoas transgêneros no ambiente de trabalho formal, restando para esse grupo como única opção de sobrevivência a prostituição de rua.

Tendo em vista que o enfoque deste trabalho é esboçar uma análise de como ocorre o processo de inserção de pessoas transexuais no mercado de trabalho formal, realizei uma pesquisa por meio de coleta de dados, e recolhi informações por meio de um formulário virtual com o objetivo de confirmar as proposições expostas nas partes iniciais deste trabalho. Importante ressaltar que uma parte significativa dessa pesquisa foi realizada em conjunto com o grupo de pesquisa *Exclusão e gênero nos Documentos Jurídicos*, vinculado ao CePeDir (Centro de Pesquisa em Direito) da Universidade Iguazu, sob supervisão da Professora Doutora Anna Esser, aqui coorientadora deste trabalho.

A metodologia para a elaboração do artigo consistiu em várias etapas. Na primeira etapa nos reunimos na Universidade Iguazu e em conjunto com a nossa orientadora, discutimos em diversas reuniões as ferramentas teóricas propostas em relação ao gênero, identidade de gênero, orientação sexual, e como essas relações são vistas no mercado de trabalho.

Por fim, foi elaborado um questionário para ser preenchido virtualmente, por mulheres travestis. Neste formulário foram abordados os questionamentos que foram produzidos durante os encontros do grupo de pesquisa, dentre eles: a forma de moradia, a dificuldade na mudança do nome social, a dificuldade de acesso a serviços básicos de educação e saúde, o grau de escolaridade, a ausência de um emprego formal de carteira assinada das mulheres travestis.

Foram preenchidos 30 formulários de forma virtual, por mulheres transexuais, homens transexuais, pessoas não binárias e mulheres travestis, que residem em diversas localidades do Brasil. Importante ressaltar que em detrimento do princípio da privacidade⁹ os nomes e informações pessoais das pessoas que se propuseram a participar dessa coleta de dados não serão divulgados. O formulário ficou disponível na internet para coleta de dados no período de dois meses.

A primeira pergunta do formulário é relacionada à dificuldade para a realização de mudança do nome social. Todas tiveram a iniciativa de regularizar a situação do nome após a

⁹ Está previsto em nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, dispondo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

promulgação Lei 13.484/17 e com o provimento n.73/18 do Conselho Nacional de Justiça, em detrimento da a isenção da taxa para as pessoas que se encontram em hipossuficiência econômica, 80% conseguiram realizar tranquilamente a troca do nome civil pelo nome social, apenas 20% passaram por situações vexatórias pelos funcionários do cartório e tiveram dificuldades na busca por maiores informações.

Importante considerar que é um avanço civilizatório no Brasil a mudança do nome por essas pessoas e por diversas outras que conseguiram realizar esse procedimento.

Seguimos com uma outra pergunta que é direcionada a “dificuldade de acesso a serviços básicos de educação e saúde por ausência de documento relativa a sua identidade de gênero” e concluímos que 70% dessas pessoas não conseguiram terminar o ensino médio, apenas 5% possuem curso técnico ou de idiomas, e 4% possuem curso superior (destacamos que a conclusão do curso superior foi antes de mudar de sexo), , 20% delas conseguiram terminar o ensino médio, 80% não completou, concluímos que a maioria delas não tiveram acesso à educação por questões relacionadas a renda e a exclusão do seio familiar ocasionada pelo preconceito pela identidade de gênero impossibilitando a formação escolar/acadêmica e impulsionando a prostituição como forma de sobrevivência.

Podemos observar que todas as pessoas que participaram dessa coleta de dados, apresentaram dificuldade em algum momento da sua vivência como pessoa transexual em ser contratado(a) em uma entrevista de emprego pela sua identidade de gênero, contudo, 80% dessas pessoas se encontram desempregada e/ou realizando atividades que estão à margem da sociedade, 90% não se sentem realizados com a atual atividade que exercem para o próprio sustento, 95% afirmaram que exercem uma atividade extra para suprir todos gastos relativos a alimentação, moradia, locomoção e etc.

O formulário está anexo ao final do trabalho para conhecimento de todos.

3.1 Transexualidade, trabalho informal e exclusão

Com base na Constituição Federal de 1998, o trabalho formal é considerado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é previsto como um direito fundamental, aplicável em todo e qualquer cidadão, além de ser enquadrado como vetor interpretativo da ordem econômica e social, responsável pelo funcionamento e crescimento do setor econômico de toda a nação.

De acordo com a coleta de dados advindas do preenchimento dos formulários, verificamos que as mulheres travestis estão introduzidas em categorias de trabalho que estão às margens da sociedade, observamos que essas mulheres não tem a devida percepção do quanto a atividade laborativa na qual elas estão inseridas não são atividades formais, ou seja, atividades que não são amparadas pela lei, achando assim, que esses trabalhos são “normais” no sentido de trabalho formal, mas que na verdade, são trabalhos nos quais em relação às suas condições de gênero, elas se encaixam e são aceitas.

Algumas das mulheres travestis que preencheram o formulário apresentaram trabalhos como “dançarina”, “modelo”, “trabalho em bares”, fora a maioria das mulheres que efetivamente trabalham no ramo da prostituição, o trabalho sexual é visto como forma de entretenimento.

Neste contexto, podemos observar que ocorre uma exclusão das mulheres travestis no mercado de trabalho formal, migrando assim, a maioria, para o trabalho sexual. A problemática desta análise é o fato que essas pessoas estão completamente desamparadas, pois o empregado só tem proteção social com o registro na carteira de trabalho, sem esse registro, a pessoa automaticamente não uma série de benefícios e direitos, como o seguro desemprego, auxílio doença, salário-família, salário-maternidade e aposentadoria e o FGTS(fundo de garantia do tempo de serviço), 13º salário, férias remuneradas, adicional noturno, licença maternidade ou paternidade, horas extras, entre outros.

3.2 O privilégio da aceitação familiar na carreira profissional de uma pessoa Transexual

Uma das entrevistadas que se destacou em nossa pesquisa foi o caso de uma mulher transexual que nos informou que é funcionária pública da União. Vale ressaltar que segundo o depoimento da mesma, toda a sua carreira profissional, desde a formação no ensino superior até a aprovação em concurso público foi com total apoio financeiro e moral dos pais.

Importante destacar que esse processo ocorreu antes de sua mudança de gênero, o que fez toda a diferença, afinal a entrevistada era um homem que se identificava como homem, sendo assim, o convívio com os professores, colegas de faculdade e colegas de profissão, ocorreu como uma pessoa cisgênero, ou seja, a entrevistada não sofreu nenhuma transfobia, afinal, só realizou a mudança de gênero, após anos inserida no emprego público.

Por fim, esse caso é específico, um recorte/privilégio desta mulher transexual que conseguiu sair da realidade da maioria das mulheres transexuais e travestis, que é o desemprego e a prostituição. Importante destacarmos também a importância da aceitação e do apoio econômico dos pais que proporcionaram a ela uma estrutura familiar que promoveu o acesso à educação e a aprovação no concurso público. Se todas as mulheres transexuais e travestis tivessem essa oportunidade, certamente a realidade das mesmas poderia ser bem diferente.

CONCLUSÃO

Com esses breves apontamentos, verificamos que a Lei 13.484/17 e o provimento n.73/18 se fazem essenciais para a inclusão das pessoas transexuais na sociedade civil. Pois através dela, recupera-se a dignidade, fazendo com que o indivíduo possa transitar de maneira lícita e cômoda no território nacional, facilitando assim, o ingresso no mercado de trabalho.

A facilitação da troca de nome e de sexo no registro civil é uma forma de dar, à um grupo normalmente excluído na sociedade, menores possibilidades de constrangimento em situações que são requeridos documentos oficiais.

Entendemos que a retificação do nome e sexo no registro civil visa adequar sua identificação de gênero à sua verdadeira identidade e influirá de forma mais contundente na efetivação da cidadania e dignidade desses grupos, evitando situações vexatórias e garantindo a integridade dos cidadãos. Faz-se necessário desconstruir o pensamento social em razão do preconceito estrutural destinado para essas pessoas, viabilizando políticas públicas e sociais as quais terão o objetivo de promover a inserção desses grupos minoritários no meio social e eliminar a disseminação do ódio e finalmente dar dignidade para essas pessoas trabalharem de maneira formal.

De acordo com o preenchimento dos formulários, podemos observar que 90% das pessoas transexuais que preencheram o formulário moram com amigos ou sozinhas, 10% residem com seus respectivos namorados ou cônjuges, 20% delas conseguiram terminar o ensino médio, 80% não completou, 96% não tem o nível superior. É importante destacar como esses fatores implicam para a ausência de um trabalho de carteira assinada, até porque a falta de uma estrutura familiar e de um ensino de qualidade fazem com na maioria dos casos exista um distanciamento do trabalho formal, ainda mais mulheres travestis que estão expostas a todo tipo de preconceito e discriminação.

Toda mudança em favor da justiça e da igualdade começa quando entendemos melhor quem são as outras pessoas, e o que elas vivem, superando mitos e medos. Sem respeito à identidade de cada um(a), não garantimos a cidadania das pessoas e, silenciosamente, calamos sonhos, esperanças, aumentamos os desafios que as pessoas têm de enfrentar na vida. Cada ser humano tem múltiplas formas de vivenciar sua identidade, e isso não muda para as pessoas transgênero: não são todas iguais. A identidade de gênero não esgota a subjetividade de uma pessoa, nem sua subjetividade se restringe ao fato de ser transexual o estado democrático de direito precisa intervir positivamente para finalmente proteger e promover o acesso dessas pessoas em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho (CLT) (1943)

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).

BRASIL. Lei 13.484/17, de 26 de Setembro de 2017. Retificação do registro civil e do sexo nos documentos oficiais de pessoas transexuais.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão de identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 29 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012

DUDH. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 1948

FOUCAULT, M. *A ordem do discurso: Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. São Paulo: Loyola, 2006.

GROSSI, M. P. *Identidade de Gênero e Sexualidade*. Coleção Antropologia em Primeira Mão. PPGAS/UFSC, 1998.

JESUS, Jaqueline Gomes. *Guia técnico sobre transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opiniões, volume 1: Orientações sobre identidade de Gênero Conceitos e Termos.. 2ª edição. Revista e Atualizada*. Brasília. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios na Constituição Federal atualizado até 23 de novembro de 2017*. 13ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OEA. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969

OIT. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. 20(2), p. 71-99, 1995

ANEXO



Estamos desenvolvendo uma pesquisa sobre as pessoas trans inseridas no mercado de trabalho.

Todas as informações serão tratadas com rigor e sigilo. Nomes e informações pessoais não serão divulgados.

Dados básicos

Nome Social:

Identidade de Gênero:

- | | |
|---------------------------------------|--------------------------------------|
| <input type="checkbox"/> Mulher Trans | <input type="checkbox"/> Travesti |
| <input type="checkbox"/> Mulher Cis | <input type="checkbox"/> Homem Trans |
| <input type="checkbox"/> Homem Cis | <input type="checkbox"/> Não binário |

Idade:.....

Estado Civil:.....

Tem filhos: Sim Não Número de filhos:.....

Enfrentou dificuldade para a realização da mudança do nome social?

Moradia

- Como mora?** Com os pais
Com x companheirx
Com amigos/parentes
Sozinho

Você teve alguma dificuldade de acesso a serviços básicos de educação e saúde por ausência de documento relativa a sua identidade de gênero?

Escolaridade

Primeiro Grau/ Ensino Fundamental: completo incompleto

Segundo Grau/ Ensino Médio: completo incompleto

Curso Superior: completo incompleto

Qual:.....

Concluiu algum curso técnico ou de idiomas? Qual?

Caso tenha o ensino médio/fundamental incompleto, por quais razões não conseguiu completar?

Situação Atual

Empregadx ()

Desempregadx ()

Caso esteja trabalhando, qual a profissão/atividade que está exercendo?

O seu respectivo trabalho é de carteira assinada?

Encontrou dificuldade para conseguir este emprego?

No momento, sente-se realizadx nessa profissão/ atividade?

De acordo com a sua vivência, já deixou de ser contratadx pelo fato de ser pessoa trans?

O seu respectivo salário é suficiente para suprir todos os seus gastos, ou realiza alguma atividade extra?

A REQUISIÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS PELO FISCO, A AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA E AS NOVAS TENDÊNCIAS DA LEI TRIBUTÁRIA

Rodrigo Lebeis Pires¹
Renato Ferreira²

RESUMO

O presente artigo aborda a tendência atual na administração tributária brasileira, direcionada aos procedimentos voltados à satisfação do crédito fiscal sem intervenção do poder judiciário. A discussão envolve a análise de dois dispositivos polêmicos, que outorgam ao fisco determinados atributos, capazes de flexibilizar a atuação do ente fazendário sem a exclusividade da via judicial. O primeiro estudo é concentrado nas questões envolvendo sigilo bancário e acesso do fisco a essas informações dos contribuintes. A segunda análise é direcionada a recente alteração legislativa, que criou a possibilidade de a autoridade fazendária realizar a averbação pré-executória da certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis. O artigo avança pela observação de exemplos internacionais, passando por estudos estatísticos que apontam o perfil da execução fiscal judicial no Brasil, bem como pelo perfil dos deveres da dívida ativa da União. Por fim, discute-se o aparente conflito entre os rumos da administração tributária e os direitos dos contribuintes, enfrentando-se neste debate a questão da eficiência administrativa e da necessidade de se promover reformas na legislação tributária.

Palavras-chave: Administração tributária. Execução fiscal administrativa. Afastamento de reserva de jurisdição.

ABSTRACT

The present article addresses the current trend in the Brazilian tax administration, directed to the procedures aimed at the satisfaction of the tax credit without intervention of the judiciary. The discussion involves the analysis of controversial devices, which grant to the treasury certain attributes, capable of making the performance of the estate more flexible without the exclusivity of the judicial route. The first study is focused on issues involving bank secrecy and taxpayer access to this taxpayer information. The second analysis is directed to a recent legislative amendment, which created the possibility for the executing authority to carry out the pre-executory registration of the certificate of active debt in the organs of registry of assets and rights subject to arrest or attachment, rendering them unavailable. The article is based on the observation of international examples, including statistical studies that indicate the profile of judicial tax execution in Brazil, as well as the profile of the duties of the active debt of the Union. Finally, the

¹ Graduando do 10º período do curso de Direito da Universidade Iguazu (UNIG). E-mail: rodrigolebeis79@gmail.com. Junho de 2019.

² Professor da Universidade Iguazu. Doutorando em Direito pela UFF.

apparent conflict between the directions of the administration taxpayers' rights and taxpayers' rights, in this debate the question of administrative efficiency and the need to promote reforms in tax legislation.

Keywords: Tax administration. Administrative tax enforcement. Removal from reservation of jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Observa-se atualmente no Brasil, em todas as esferas da administração fazendária, uma crescente tendência na adoção de procedimentos administrativos voltados à fiscalização e arrecadação tributária que, à primeira vista, outorgam diretamente ao fisco prerrogativas que se sobrepõem notadamente à esfera jurídica dos contribuintes.

Nesse contexto, a discussão em torno da mitigação do princípio da reserva de jurisdição nas atividades administrativas da fazenda pública se torna matéria relevante para o estudo do direito.

Isso porque, em uma análise preliminar, surge a ideia de que o Estado, determinado pelo voraz apetite arrecadatário, provocado por momento econômico de estagnação, está a incentivar propostas legislativas em desalinho com o mandamento constitucional.

A propósito disso, o presente artigo visa a análise específica de dois exemplos de atuação extrajudicial do ente fazendário. Um deles é a requisição extrajudicial do fornecimento de dados bancários para instrução de processos administrativos do Fisco.

De igual sorte, o debate aborda, também, a averbação pré-executória, que assegura à Fazenda Nacional, pela via administrativa, a possibilidade de averbar a certidão de dívida ativa dos contribuintes em débito nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.

Superados os estudos acerca dos institutos em questão, o artigo avança para análise de modelos de legislações tributárias internacionais, bem como para a observação de dados estatísticos relativos à situação dos processos de execução fiscal no país e do perfil dos devedores ativos da união. Após estas etapas torna -se possível o adequado desenvolvimento de um pensamento conclusivo e crítico acerca das questões aqui propostas

1 O SIGILO BANCÁRIO E ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO FISCO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, trata da inviolabilidade dos sigilos das comunicações e dos dados (BRASIL, 1988). A garantia à proteção do sigilo bancário encontra aplicação na inviolabilidade do sigilo de dados. É por meio de construção jurisprudencial que tal garantia vem sendo tratada como questão pertinente à vida privada dos indivíduos.

De igual modo, é notório que a referência constitucional não é absoluta. A relativização da garantia ocorre quando o interesse coletivo se opõe ao particular.

Para Gilmar Mendes (2017, p. 301), em:

[...] havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo.

Neste contexto, o debate inevitavelmente desemboca nas hipóteses e meios de relativização do sigilo de dados bancários. O cerne da questão envolve a necessidade de ordem judicial e a polêmica requisição administrativa de dados bancários pela fazenda pública.

A discussão acerca da mitigação da garantia de sigilo bancário em razão da atividade administrativa do ente fiscal se reporta, inicialmente, ao artigo 197, inciso II, do Código Tributário Nacional, que prevê que as instituições financeiras são obrigadas a prestar informações de bens e negócios de terceiros ao fisco (BRASIL, 1966).

O parágrafo único do referido artigo faz importante ressalva quando assevera que a obrigação não “abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão” (BRASIL, 1966).

À primeira vista, a leitura combinada do artigo 197, inciso II, com seu único parágrafo leva à ideia de que há uma incongruência no dispositivo (BRASIL, 1966). Estariam as instituições bancárias vinculadas por lei³ ao segredo profissional? Tal imposição alcançaria o fornecimento de informações à autoridade administrativa

³ A Lei no 4.595, de 31-12-64, que instituiu o Sistema Financeiro Nacional, recepcionada como lei complementar pela CF vigente (art. 192), disciplinou o sigilo bancário em seu art. 38. Tal dispositivo foi revogado com o advento da Lei Complementar 105/2001, que inseriu na redação de seu artigo 6º conteúdo semelhante ao que vinha expresso no parágrafo 5º do referido artigo 38 da lei bancária.

fazendária?

A resposta é encontrada no conteúdo da lei complementar 105/2001 (BRASIL, 2001) e de seus desdobramentos jurisprudenciais. A norma em questão trata justamente do sigilo das operações de instituições financeiras. Os artigos 5º e 6º do referido diploma cuidam de detalhar e garantir a troca de informações entre instituições financeiras e o fisco (BRASIL, 2001). Ambos os dispositivos foram regulamentados em âmbito federal, respectivamente, pelos Decretos nº 4489/2002 (BRASIL, 2002) e nº 3.724/2001 (BRASIL, 2001).

Ressalte-se que o artigo 6º impõe a necessidade da existência de procedimento administrativo fiscal em curso para que as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios possam examinar dados bancários (BRASIL, 2001).

Interessante observar que as possibilidades trazidas pela lei abarcam, além das autoridades tributárias da União, os agentes fiscais dos Estados; do Distrito Federal e dos Municípios.

De grande relevância é a constatação que também no âmbito destes outros entes existem recentíssimos decretos regulamentando o artigo 6º da lei complementar 105/2001, a exemplo do Decreto Municipal nº 16.616, de 10 de maio de 2017 (BELO HORIZONTE, 2017) e Decreto Municipal nº 57.659, de 12 de abril de 2017 (SÃO PAULO, 2017).

Ao se fazer uma análise crítica acerca da efetividade do acesso aos dados bancários pelas autoridades administrativas estaduais e municipais, a discussão, inevitavelmente, ganha ainda mais repercussão. Imaginar que em todas as unidades da federação, bem como em todas as suas respectivas municipalidades há a possibilidade, via administrativa, de o poder executivo ter acesso aos dados bancários dos contribuintes é no mínimo polêmico.

Apesar disso, após algumas mudanças no entendimento, em 2016, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da lei complementar 105/2001 (BRASIL, 2016).

1.1 A discussão no STF

O debate acerca da constitucionalidade dos dispositivos que garantem às

administrações fazendárias o acesso aos dados bancários dos sujeitos passivos da relação tributária foi marcado por três capítulos.

A primeira ocasião em que os dispositivos da Lei 105/2001 foram submetidos ao crivo da corte constitucional ocorreu no ano de 2003, por conta do ajuizamento da ação cautelar (AC) 33 (BRASIL, 2003).

O caso foi iniciado a partir de informação prestada pelo Banco Santander à empresa GVA Indústria e Comércio Ltda⁴. À época, a instituição financeira, apoiada no entendimento da lei complementar 105/2001, comunicou ao seu cliente que recebera determinação, em sede de processo administrativo fiscal da Delegacia da Receita Federal do Brasil, para o fornecimento detalhado de informações bancárias relativas ao período de 1998 a julho de 2001.

Após conclusão ao Ministro relator, a cautelar foi concedida e suspendeu os efeitos ao Recurso Extraordinário (RE 389808) interposto na Corte pela própria empresa, ensejando assim, na suspensão do fornecimento das informações à Receita e a utilização, também pela Receita, dos dados obtidos antes do julgamento do RE (BRASIL, 2004).

Seis anos mais tarde, em 24/11/2010, o plenário da corte cassou a liminar, firmando o entendimento de que o acesso aos dados bancários do indivíduo regularmente fiscalizado pela fazenda não configura exposição de sua vida privada (BRASIL, 2010).

Logo após, em 15/12/2010, houve o julgamento do recurso extraordinário nº 389808, que versava sobre os mesmos fatos. Em decisão dividida os ministros mudaram o entendimento da corte, gravando posição de que os dados bancários somente poderiam ser disponibilizados por determinação judicial, por se tratar de garantia constitucional à privacidade (BRASIL, 2010).

Finalmente, em 24/02/2016, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o mérito das ações diretas de inconstitucionalidade que questionavam os dispositivos da Lei complementar 105/2001 acerca da possibilidade de acesso a dados bancários sem necessidade de ordem judicial (BRASIL, 2016). As ações que vinham sendo interpostas desde 2001, ano da entrada em vigor da Lei.

O julgamento reuniu as ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Como requerentes, a Confederação Nacional do Comércio – CNC; a Confederação Nacional da Indústria –

⁴ Ver em: Notícias STF de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166787&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

CNI; o Partido Social Liberal – PSL e o Partido Trabalhista Brasileiro – PTB.

Desta vez, por maioria dos votos, a corte decidiu pela constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001. Na visão da maioria dos ministros, a regulamentação dos dispositivos questionados assegura que a administração tributária, ao requisitar informações sigilosas diretamente das instituições financeiras (para fins essenciais à instrução de processos administrativos em curso), não viola a garantia constitucional do sigilo de dados e direito à privacidade dos contribuintes.

A fundamentação de tal entendimento vai no sentido de que o fornecimento dos dados financeiros ao fisco, atendidos os parâmetros impostos nos decretos regulamentares pertinentes⁵, não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de dados sigilosos da instituição bancária para o órgão fazendário, que deverá zelar pela manutenção de tal sigilo. Tal posicionamento se materializa em trecho do voto do Ministro relator Dias Tóffoli:

Conforme apontei nos autos do RE nº 389.808/PR, [...] ao se dizer que há mera transferência de informações, não se está por desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco. Está-se, contudo, a dizer que essa utilização não desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária do contribuinte, e, dessa forma, não tem o condão de implicar violação de sua privacidade (BRASIL, 2016).

Outro aspecto interessante extraído do voto da relatoria diz respeito à utilização de posicionamentos semelhantes em outros países. Transcrevendo Carlos Alberto Habström o Ministro relator assenta em seu voto que “a previsão do art. 5º da LC 105/2001 não é uma inovação do Direito brasileiro, visto que normas semelhantes foram adotadas, por exemplo, nos Estados Unidos, na Argentina, na Itália, na Espanha e na Austrália” (BRASIL, 2016).

Como se observa, a declaração da constitucionalidade da utilização de dados bancários sigilosos pelo fisco, sem intervenção judicial, é tendência internacional. Tal mecanismo assenta a correlação entre direitos e garantias individuais e o dever fundamental de pagar tributos.

Nesta esteira, impõe-se observar outras normas que em comum à Lei Complementar 105/2001 trazem o espírito desta ponderação entre proteções constitucionais do indivíduo e a responsabilidade com o modelo de Estado voltado à

⁵ Ver em: Decreto 4489/2002 (Regulamenta o artigo 5º da LC 105/2001) e Decreto nº 3.724/2001 (Regulamenta o artigo 6º da LC/105/2001).

proteção do bem-estar social (BRASIL, 2001). Modelo este baseado na necessidade de arrecadação e obrigações tributárias a todos imposta. Sendo assim, passar-se-á ao estudo dedicado à análise do instituto da averbação pré-executória; outra norma que se enquadra neste contexto da mitigação da reserva jurisdicional.

2 AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA E INDISPONIBILIDADE DE BENS

A figura da averbação pré-executória surge no ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da promulgação da lei 13.606/2018 (BRASIL, 2018), que institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (BRASIL, 2018).

Cuida o referido diploma normativo da instituição de regras que visam à facilitação da satisfação de créditos tributários relativos a contribuições provenientes de atividades rurais, destinadas à União.

Dentre as várias alterações promovidas em diversas normas, o artigo 25 da lei de regularização tributária rural acrescenta as letras B; C; D e E no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002 (BRASIL, 2002), que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais (CADIM) (BRASIL, 2018).

O inciso II contido no parágrafo 3º do artigo 20-B nasceu cercado de polêmicas e intenso debate (BRASIL, 2018). Em verdade, instituiu no sistema jurídico brasileiro nova garantia para a satisfação do crédito tributário, consagrada pela possibilidade de a fazenda pública, diretamente, pela via administrativa, tornar indisponíveis os bens dos sujeitos passivos já inscritos em dívida ativa.

De imediato, acalorado debate se instaurou no meio jurídico. Além do ajuizamento de seis ações diretas de inconstitucionalidade, protocoladas entre janeiro e abril de 2018, um considerável número de artigos jurídicos a respeito do tema foi publicado. Por meio destes trabalhos é possível encontrar opiniões altamente qualificadas, tendentes tanto para o repúdio quanto para a anuência em relação à nova figura legislativa.

Antes de se discorrer acerca dos argumentos contrários e favoráveis, expostos nas publicações acima referidas, imperiosa a observação relativa às ações interpostas no STF.

2.1 A averbação pré-executória e a discussão no STF

Tão logo foi publicada a lei que criou a hipótese da averbação administrativa, o Partido Socialista Brasileiro ajuizou a ação de direta de inconstitucionalidade nº 5.881. Na inicial, o requerente faz uma interessante ponderação acerca do processo de elaboração da lei atacada.

Alega o partido político que a alteração legislativa resultou de projeto de lei apresentado em substituição a projeto de conversão de medida provisória. Neste movimento parlamentar o projeto de lei teria inserido matérias que não estavam previstas na referida medida provisória, cujo objeto é o Programa de regularização tributária rural. Tal fato teria comprometido o debate adequado acerca de iniciativa legislativa polêmica e questionável do ponto de vista constitucional.

Na ADI o autor segue aduzindo que há vício constitucional formal no dispositivo atacado, por violação do artigo 146, III da Constituição (BRASIL, 1988). De fato, a Lei nº 13.606/2018, que inseriu os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E à lei nº 10.522/2002 (BRASIL, 222) surgiu de procedimento legislativo destinado às normas ordinárias, de caráter geral (BRASIL, 2018).

O questionamento quanto ao vício constitucional formal se dá em razão do mandamento constitucional que reserva à Lei Complementar a competência para estabelecer normas em matéria tributária. Nesse sentido, manifestou-se a Procuradoria Geral da República, nos autos da referida ADI, pelo vício formal dos dispositivos atacados:

Considerar como procedimental norma sobre atributos do crédito tributário, submetendo-lhe à competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, seria admitir a atuação legislativa suplementar dos entes federados para dispor sobre tema que demanda tratamento nacional e uniforme, a fim de assegurar a racionalidade e a unicidade do sistema tributário (BRASIL, 2018).

No que se refere aos vícios constitucionais materiais, a ADI 5.881 basicamente aponta para a averbação pré-executória como um meio de sanção de natureza política, onde inexiste a figura do julgador imparcial, impondo -se ao contribuinte um procedimento unilateral que viola diversos princípios, como o devido processo legal, a proteção à propriedade privada e a reserva de jurisdição (BRASIL, 2018).

Até o momento o Supremo Tribunal Federal não iniciou o julgamento da ação. Os trâmites processuais, no entanto, estão adiantados. O ministro relator, Marco Aurélio Mello, disponibilizou, em novembro de 2018, o processo para inserção na pauta do

Plenário (BRASIL, 2018).

Ressalte-se que estão apensadas à ADI nº 5.881 outras cinco ações de igual natureza que versam sobre o mesmo tema. Tratam-se das ações diretas de inconstitucionalidade nº 5886; 5890; 5925; 5931 e 5932. De maneira uniforme a Procuradoria Geral da República já assentou em todas elas sua manifestação pela inconstitucionalidade formal e material da norma.

2.2 Críticas desfavoráveis no meio jurídico

No que tange as opiniões que entendem o dispositivo inconstitucional, todas apontam que são diversas as incompatibilidades com a norma superior. Destacam-se a violação ao direito à propriedade (artigo 5º, XXII, CRFB); a inobservância aos princípios da reserva de jurisdição, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa e (artigo 5º, XXXV; LIV e LV, CRFB) (BRASIL, 1988).

Entende-se que o direito à propriedade é violado pois o texto constitucional é extremamente zeloso ao tratar do tema, admitindo-se apenas em situações extremas a possibilidade de perdimento de bens imóveis. Além disso, lançam-se argumentos de que, apesar de a averbação administrativa não configurar a transferência do domínio, o atributo consagrado pelo artigo 1228 do Código Civil (que permite ao proprietário dispor de seu bem) é violado (BRASIL, 2002).

Na sequência das críticas postas, os preceitos constitucionais violados entrelaçam-se na narrativa preponderante da ausência do devido processo legal e ampla defesa. Isso porque, na visão dos opositores da nova regra, o próprio credor da dívida estaria a praticar os atos de sua execução, conduzindo o processo em benefício próprio. Para Roberto Duque Estrada, “a alteração legislativa que permite o bloqueio unilateral de bens pelo próprio ente credor e executor da dívida nada mais é que uma disfarçada sanção política” (CONJUR, 2018).

Outro desvio normativo apontado como afronta aos mandamentos constitucionais se refere ao fato de que a norma do artigo 20-B da Lei 10.522/2002 (BRASIL, 2002) revoga implicitamente a regra do artigo 185-A do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966). A leitura comparativa dos dispositivos leva, invariavelmente, a se pensar que os procedimentos de execução fiscal, na prática, seriam confusos.

O ponto central desta questão é a constatação de que uma norma que assegura um

ato preparatório de execução, formalizado diretamente pelo credor, afastaria dispositivo expresso do CTN que impõe a reserva jurisdicional. Além disso, a regra do Código dos tributos enumera o esgotamento de diversas diligências para, enfim, tornar os bens indisponíveis, ao passo que na averbação pré executória este caminho é mais direto.

2.3 Posições pró averbação pré-executória

Em sentido contrário à ideia de que a novidade legislativa afronta os princípios constitucionais comentados alhures, os defensores da nova garantia tributária voltam seus olhares e argumentos para as fraudes a execução e a segurança jurídica de terceiros de boa-fé. Os partidários da nova garantia entendem que ela traz efetividade ao artigo 185 do CTN, no tocante à presunção de fraude à execução nas alienações de bens dos devedores inscritos na dívida ativa (BRASIL, 1966).

Este raciocínio se desdobra e se reforça sob a justificativa de ampliação da segurança jurídica e proteção à boa-fé objetiva de terceiros que, eventualmente, estejam celebrando negócios com sujeito inscrito em dívida ativa. Para o Procurador da Fazenda Nacional, Matheus Carneiro Assunção, “trata-se, portanto, de ato extrajudicial com a finalidade de conferir maior publicidade à existência de débitos inscritos em dívida ativa...protegendo terceiros de boa-fé” (JOTA.INFO, 2018).

Esse entendimento é confirmado na redação do artigo 21 da Portaria expedida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN n. 33, de 08 de fevereiro de 2018 (BRASIL, 2018), que regulamenta a legislação que instituiu a averbação pré-executória.

Art. 21. A averbação pré-executória é o ato pelo qual se anota nos órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para o conhecimento de terceiros, a existência de débito inscrito em dívida ativa da União, visando prevenir a fraude à execução de que tratam os artigos 185 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional) e 792 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2018).

Ressalte -se por oportuno que aqueles que se coadunam com a nova regra necessitam recorrer intensamente à sua portaria regulamentar, até porque é prevista no artigo 20-E da Lei 10.522/2002 (BRASIL, 2002). É por meio da referida portaria que se apoiam para esclarecer a racionalidade e legalidade da inédita garantia tributária. Isso porque, a elaboração e posterior atualização da portaria PGFN nº 33 insere mecanismos que aproximam a norma da razoabilidade (BRASIL, 2018).

2.3.1 A Portaria PGFN n. 33 e seus esclarecimentos

Não se pretende neste ponto do presente artigo aprofundar a análise do regulamento dos dispositivos inseridos na lei 10.522/2002, eis que é amplo e aborda outras peculiaridades que não a averbação pré-executória, tratando-a como parte de um novo modelo de cobrança fiscal, inspirado em experiências internacionais positivas, que serão brevemente comentadas em tópico próprio (BRASIL, 2002).

Aqui, chama-se atenção para o artigo 5º da portaria, que estabelece exame da legalidade acerca da inscrição de débitos em dívida ativa da união, proibindo a referida inscrição para os débitos enumerados nos incisos. Débitos estes em dissonância com a construção jurisprudencial em vigor (BRASIL, 2018).

Outro artigo que merece destaque trata da notificação e cobrança extrajudicial. O artigo 6º da portaria nº 33 assegura que inscrito na dívida ativa o devedor terá até 05 dias da notificação para pagar o valor integral ou parcelar a dívida; e até 30 dias para ofertar antecipadamente garantia em execução fiscal ou apresentar Pedido de Revisão de Dívida Inscrita (PRDI) (BRASIL, 2018).

Somente após esgotadas estas possibilidades é que será possível, dentre outras medidas, a averbação dos bens. Os defensores da averbação administrativa se valem destes dispositivos para afirmar que apenas aqueles que não tiverem qualquer interesse em pagar seus débitos terão os bens postos em indisponibilidade.

Já os capítulos V e VI do regulamento, compreendidos entre os artigos 21 a 30, cuidam especificamente da averbação pré-executória e de sua impugnação. Aqui se destaca o disposto no §2º do artigo 24, que limita a aplicação da averbação pré-executória aos casos em que haja dívidas vultuosas, indícios de crimes contra a ordem tributária e fraude à execução (BRASIL, 2018).

O artigo 30, por sua vez, é de essencial observância pois informa a natureza transitória da averbação administrativa. Seu texto assegura que, finda a etapa de impugnação, a Procuradoria da Fazenda terá 30 dias para ajuizamento da ação de execução. A não distribuição da inicial de execução judicial da dívida ensejará o levantamento da averbação pré-executória (BRASIL, 2018).

Com a devida atenção em não sair da delimitação proposta do presente artigo, entendeu-se que as colocações acerca da portaria PGFN nº 33 são consideravelmente

pertinentes, pois o regulamento em tela tem alcance amplo e demonstra preocupação em associar racionalização e eficiência na cobrança dos créditos tributários com o sistema constitucional brasileiro, aproximando a legislação tributária de modelos modernos encontrados mundo afora. A respeito disso, enriquecedora é a análise comparada de legislações estrangeiras correspondentes ao tema.

3 A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Em artigo publicado no sítio da consultoria legislativa da câmara dos deputados, Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva (BRASIL, 2016) descreve algumas experiências internacionais, dentre as quais se destacam França, Alemanha, Estados Unidos e os vizinhos Chile e Argentina.

De acordo com o autor (BRASIL, 2016), a França adota um sistema de cobrança “inteiramente administrativo”, segundo o qual “a administração fiscal não é um credor ordinário, de modo que não precisa recorrer à jurisdição judiciária para cobrar seus débitos, pois o ato de imposição fiscal é auto executório”. O modelo tributário francês é baseado no recolhimento espontâneo e a sonegação é combatida com atuação firme do fisco. O resultado dessa forma de organização se configura em “uma alta taxa de recolhimento espontâneo de tributos com uma alta taxa de recuperabilidade de créditos mediante execução forçada”.

O estudo (BRASIL, 2016) também aponta que na Alemanha o procedimento também é preponderantemente administrativo, destacando-se a considerável margem discricionária atribuída à autoridade fiscal, que poderá, por exemplo, conceder parcelamentos (limitados ao período de um ano) e arquivar os procedimentos se considerar inócuas ou onerosas as diligências. Uma outra peculiaridade do sistema alemão é a possibilidade de “exigência de prestações de fazer ou não fazer (§ 328 a 335 do AO). Nessas hipóteses, a Administração pode aplicar multas, determinar a execução subsidiária da prestação por terceiro ou coagir diretamente o devedor”.

Conforme os dados expostos (BRASIL, 2016), nos Estados Unidos o modelo também é baseado na atuação administrativa. A exceção ocorre em situações onde há concurso de credores, hipótese em que o judiciário intervirá.

Semelhante ao modelo alemão, as autoridades fazendárias americanas também têm altíssimo poder discricionário em sua atuação, podendo os fiscais conceder

parcelamentos, descontos, realizar cobranças, penhoras e até levar bens a leilão.

Das particularidades do sistema norte americano alguns aspectos são bem interessantes, especialmente no que se refere à imensa discricionariedade dos agentes fiscais. Esse pressuposto cria condições favoráveis à cultura da “transação fiscal”. Lá existem hipóteses em que o agente pode conceder parcelamentos de acordo com a capacidade contributiva do devedor (installment *agréments*), ou até mesmo perdoar parte do débito quando se comprova a impossibilidade de honra – *lo (offer-in-compromise)*. Estes meios de cobrança, baseados na negociação do débito, têm apresentado resultados expressivos na arrecadação do fisco norte americano.

No Chile, segundo a fonte já citada (BRASIL, 2016), o sistema é classificado como “semijudicial”. “A cobrança é iniciada por notificação de um agente fiscal da Tesouraria-Geral da República, o qual dispõe de competência até para efetivar penhora em dinheiro ou bens”. O processo passa a ser judicial do momento em que o devedor impugna a cobrança. A partir daí um órgão similar a uma advocacia pública aprecia os autos e após seu juízo de admissibilidade remete, ou não, o processo da cobrança ao judiciário.

Vale ressaltar que também no sistema chileno as autoridades fazendárias possuem autonomia para abdicar de cobranças cujo montante não justifique o dispêndio de recursos para a execução da dívida. No vizinho sul americano é adotado um sistema de tratamento dos dados das cobranças, que permite classificar as dívidas de acordo com sua dimensão (pequeno, médio e grande valor), adotando-se para cada uma dessas classes um meio de cobrança diferente e adequado, que resulta em um montante de dívida ativa reduzido e alta taxa de recuperação de créditos não pagos.

Por fim, ainda de acordo com a publicação citada (BRASIL, 2016), a Argentina também adota um modelo de execução fiscal na via administrativa. Lá existem duas instâncias fiscais. Uma atua no procedimento de cobrança, tendo autonomia para produzir provas, investigar possíveis devedores e até mesmo efetuar penhora. A outra recebe da primeira a proposta de execução fiscal.

Interessante ressaltar que no sistema argentino as execuções fiscais somente serão judicializadas por iniciativa do devedor, caso considere a atuação do ente fiscal maculada pela lesão aos seus direitos. Na Argentina, as autoridades fazendárias não submetem as dívidas ativas à procedimento judicial de execução.

Após sucinta análise de alguns exemplos internacionais de sistemas de cobrança

de dívidas tributárias, necessário se faz comentar peculiaridades brasileiras, que refletem o modelo aqui adotado.

4 A INEFICIÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL NA RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Boa parte dos argumentos expostos pelos entusiastas de um sistema de cobrança tributária administrativa se apoia na ineficiência do modelo de execução fiscal judicial. Muito se questiona acerca dos custos das execuções e principalmente de seu desfecho exitoso

Tais afirmativas se apoiam em dados estatísticos extraídos do relatório Justiça em Números 2018 (ano-base 2017) do Conselho Nacional de Justiça. Merecem destaque as conclusões indicadoras de que “o Poder Judiciário contava com um acervo de 80,1 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2017, sendo que mais da metade desses processos (53%) se referia à fase de execução” (BRASIL, 2018).

Prosseguindo a análise acerca dos processos de execução o relatório assegura que “a maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 74% do estoque em execução” (BRASIL, 2018).

Diante de tais dados basta um cálculo simples para se concluir que é o próprio Estado brasileiro (considerando União, Estados e Municípios), via as execuções fiscais, o responsável por demandar o judiciário em cerca de 40% do total dos processos em curso. Como bem afirma Marcus Abraham “o maior cliente do Poder Judiciário, individualmente considerado, é o próprio Estado brasileiro” (JOTA.INFO, 2019).

Com relação à eficiência e ao êxito das execuções fiscais as taxas de congestionamento apontam para uma realidade assustadora na qual se afirma que as execuções fiscais correspondem a “39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas 8 foram baixados” (BRASIL, 2018).

Um outro dado interessante é extraído de nota técnica expedido pelo IPEA em 2011 (BRASIL, 2011). Por meio deste documento se obteve a média de duração de tramitação dos processos de execução promovidos pela PGFN. Na ocasião se concluiu que “a duração média de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e que apenas cerca

de 1/3 das execuções fiscais federais são bem-sucedidas, deixando a maior parte – 2/3 delas – sem pagamento” (BRASIL, 2011).

Inegável a ineficiência e desperdício de dinheiro público nas execuções fiscais. Atualmente, na maior parte dos casos, o Estado Brasileiro paga (e paga caro) para tentar executar judicialmente créditos irrecuperáveis.

Sem embargo, disso pouco vem sendo discutido no sentido de dar efetividade a alternativas legislativas que visam ampliar a discricionariedade da administração fazendária para melhor gerir o estoque da dívida ativa e judicializar apenas aquilo que tem potencial de recuperação.

A propósito de tal fato, novamente se faz menção às alterações na lei 10.522/2002 (BRASIL, 2002) e à portaria da Procuradoria Geral de Fazenda Nacional nº 33 (BRASIL, 2018). Como já foi comentado aqui, tais inovações legislativas não estão adstritas à averbação pré executória. Tratam elas, também, do ajuizamento seletivo e do controle de legalidade da inscrição de débitos em dívida ativa da União. Essa temática inevitavelmente se insere no estudo do perfil do estoque da dívida em favor dos entes Fazendários. Em razão disso, por ser enriquecedor para o desenvolvimento do presente artigo, o próximo tópico cuidará de modo sucinto, e a título de exemplo, do perfil da dívida ativa da União e questões correlatas como sonegação fiscal e suas implicações orçamentárias.

5 PERFIL DA DÍVIDA, QUEDA DE ARRECADAÇÃO E IMPLICAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

Ao se abordar questões relacionadas à arrecadação fiscal, bem como às mudanças relativas à atividade da administração fazendária na busca pela satisfação do crédito tributário, interessante traçar um perfil dos pagadores de impostos. Para isso, serão inseridos no presente tópico dados extraídos do relatório “PGFN em números - Dados 2018 – Edição 2019” (BRASIL, 2019).

O relatório contempla dados da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN pertinentes à dívida ativa da União e do FGTS. Dentre alguns números interessantes para a presente análise destacam -se aqueles correspondentes à gestão da dívida, que afirma ser o estoque dos créditos em favor da União de aproximadamente R\$ 2,2 trilhões de Reais. Para a procuradoria, 44,8% deste universo é classificado como irrecuperável. De

acordo com o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, José Levi Mello do Amaral Júnior⁶, este alto percentual se concentra nos créditos mais antigos, que muitas vezes são devidos por empresas em processo de recuperação judicial ou falência.

Quanto à natureza dos créditos, 71% são tributários não previdenciários; 22% tributários previdenciários; 6 % não tributários e 1 % se referem aos créditos oriundos do FGTS.

De fundamental importância para qualquer análise relacionada ao tema abordado é o resultado que classifica os devedores pelo montante das dívidas. O estudo classificou como “grandes devedores” aqueles com débitos consolidados acima de R\$ 15 milhões de reais, e “demais devedores” os que possuem débito consolidados abaixo desse valor (BRASIL, 2019).

Os grandes devedores da União representam 1 % dos 4,62 milhões de inscritos na sua dívida ativa. Entretanto, este reduzidíssimo número de inadimplentes (Cerca de 28 mil devedores) é responsável pela dívida de R\$ 1,37 trilhões de reais, correspondentes à 62% do total da Dívida Ativa da União.

Com relação a esta altíssima concentração de dívida em um número reduzido de devedores, o Procurador Geral da Fazenda fez uma classificação de grande relevância. Ponderou que existem devedores de grande monta que exercem ou exerceram atividades produtivas e se encontram em dificuldades ou submetidos a processos de falência. No entanto chamou atenção para a figura do devedor contumaz, apontando que existe um número ínfimo (algumas dezenas) de empresas neste grupo dos grandes devedores que de forma reiterada deixa de pagar tributos de valores substanciais.

Relativamente a isso, existe em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1646/2019 (BRASIL, 2019), que estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa. O texto do Projeto prevê, dentre outras, a adoção de medidas administrativas restritivas ao devedor contumaz, caracterizado como aquele inadimplente substancial e reiterado de tributos. Interessante observar que o PL utiliza o mesmo parâmetro da PGFN para definir os débitos substanciais, como aqueles a partir dos R\$ 15 milhões de reais.

⁶ Para ouvir a apresentação do relatório “PGFN em números, dados 2018 – edição 2019”, acessar: Procuradoria Geral da Fazenda Nacional divulga o “PGFN em Números 2019”. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/noticias/2019/03/procuradoria-geral-da-fazenda-nacional-divulga-o-201cpgfn-em-numeros-2019201d>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

De maneira ampla, observa-se da leitura do relatório da PGFN que começa a haver maior preocupação por parte do poder executivo em relação à governança do estoque da dívida que possui a seu favor. Nota-se que se está buscando o devido tratamento dos dados estatísticos a fim da adoção de estratégias mais produtivas e racionais, visando a recuperação de ativos financeiros e diminuição do déficit fiscal.

Tal preocupação por parte do executivo federal também ocorre nos âmbitos Municipal e Estadual. O rigor e limitações impostas pelas leis orçamentárias e de responsabilidade fiscal criam substancial dependência de arrecadação para que os gestores públicos possam implementar suas políticas.

Desse modo, em momentos nos quais a atividade econômica encontra-se estagnada e o déficit orçamentário aumenta, o rigor no combate à sonegação e a busca pela melhoria da eficiência de todos os processos arrecadatários passam a ser tratados com maior destaque.

Nessa lógica, a tendência de se ampliar os atributos da administração Fazendária passa a se intensificar. Ferramentas extrajudiciais como a transferência de dados bancários dos contribuintes por requisição direta do fisco e a indisponibilidade de bens dos inscritos em dívida ativa, a chamada averbação pré-executória, vêm paulatinamente sendo integralizadas à legislação tributária.

CONCLUSÃO

O presente artigo foi iniciado com o estudo de duas novas ferramentas extrajudiciais voltadas à atuação administrativa fazendária na busca pela satisfação do crédito tributário. São elas: a transferência do sigilo bancário dos contribuintes para o fisco e a averbação pré-executória.

Com relação ao fornecimento de dados bancários por requisição administrativa do ente fazendário, as conclusões se direcionam para a fundamentação adotada pelo STF que entendeu que a Lei complementar 105/2001 (bem como os respectivos decretos que a regulamentam) trata da transferência de dados bancários para o ente fiscal e não de quebra de sigilo de informações.

Alinha-se aqui à ideia de que o afastamento da atuação jurisdicional não afronta garantia constitucional à intimidade e à vida privada. Tal posicionamento se dá em razão de uma reflexão dedutiva simples, que consiste na ideia de que o ente fazendário, para

constituir o crédito tributário, conhece (ou deveria conhecer) as atividades e o patrimônio do contribuinte, tendo o dever de manter tais informações em sigilo. Em sendo assim, não é razoável que o próprio fisco possa, diretamente, conferir a exatidão destas atividades e patrimônio, garantindo que permaneçam em sigilo?

Tal possibilidade, conferida pela Lei complementar 105/2001, nada mais é do que efetivação do poder de requisição na atividade fiscalizatória, previsto no artigo 197 do CTN e no parágrafo 1º do artigo 145 da Constituição Federal.

Prosseguindo no estudo proposto, outro novo meio extrajudicial de cobrança do crédito tributário foi analisado isoladamente. A averbação pré-executória traz ao debate a violação de preceitos constitucionais como o direito à propriedade, princípios do contraditório e ampla defesa, devido processo legal e reserva de jurisdição. Isso tudo em face da possibilidade de a administração tributária averbar, sem processo judicial, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro, tornando os bens dos sujeitos passivos em débito com a Fazenda, indisponíveis.

Relativamente a este novo instituto, entende-se tratar de importante e louvável avanço, que previne não só a Fazenda, mas também o terceiro de boa-fé contra as investidas fraudulentas à execução fiscal. Entretanto, critica -se aqui o processo legislativo utilizado para trazer ao mundo jurídico inovações importantes que visam a modernização de toda a cadeia de cobrança do crédito tributário.

Tal crítica se dá não só em razão do alegado vício constitucional formal (que provavelmente será apontado pelo STF) por violação de preceito que reserva à lei complementar a exclusividade para matéria tributária. A maior crítica se dirige ao fato de que o processo legislativo que criou o instituto da averbação pré executória deveria ser uma proposta de lei que tivesse um status e alcance muito maiores. Tal afirmativa surge a partir de observação da portaria que regulamenta os artigos inseridos na lei 10.522/2002.

A portaria PGFN nº 33, traz em seu conteúdo redação inovadora, que, se ao invés de estar aposta em uma norma regulamentar, fosse uma lei complementar, seria uma possibilidade de reforma ampla de toda a legislação tributária, capaz de transformar a dinâmica de governança do crédito tributário.

Nesse contexto, o tema proposto traz à lume a concepção de uma nova visão apoiada nos exemplos internacionais, na análise do perfil do estoque da dívida ativa da União, bem como na comprovada ineficiência do modelo de execução fiscal adotado no país.

É notório que meios de fiscalização e cobrança de créditos fazendários como a requisição de dados bancários diretamente pelo fisco e a averbação da certidão de dívida ativa não são as únicas ferramentas extrajudiciais em uso atualmente. A substituição do processo judiciário pelo administrativo nas questões de interesse da Fazenda Pública, é tendência de transformação do modelo brasileiro.

A princípio, a explicação para isso parte da premissa de que o poder executivo (principalmente em momentos de estagnação econômica), pressionado pela rigidez que a lei orçamentária lhe impõe, estaria empenhado na implementação de tais mudanças, visando aumento a curto prazo na arrecadação. Este raciocínio se desdobra na ideia de que tais meios extrajudiciais, a serviço do fisco, teriam potencial danoso de se tornarem sanções políticas capazes de atingir um sem número de contribuintes cumpridores de seus deveres.

Entretanto, apesar de a urgência no aumento da arrecadação ser um fator relevante para o executivo incentivar propostas legislativas dessa natureza, no que concerne ao alcance dos atingidos por tais medidas a perspectiva é outra. As análises estatísticas apresentadas, bem como a leitura de legislações esparsas e projetos de lei similares, só vêm a reforçar isso.

Com relação aos dados estatísticos, duas são as principais constatações. Primeiro que as execuções fiscais no judiciário são onerosas e pouco eficazes, sobretudo as execuções de créditos mais antigos. Segundo, que a distribuição do estoque da dívida é altamente concentrada em um reduzido número de devedores de grandes valores, e que parte deste pequeno grupo são devedores contumazes que se beneficiam claramente de um sistema lento.

No que tange às novas produções legislativas que dão impulso à tendência de redução da intervenção judicial, constata-se que, em comum à todas, está o foco nos chamados devedores contumazes de quantias expressivas. Em todas elas, igualmente percebe-se um cuidado na formalização de processos administrativos alinhados aos princípios constitucionais, sobretudo à ampla defesa e devido processo legal.

Em harmonia com os entusiastas deste fenômeno que vêm sinalizando para uma transformação gradativa no modelo de cobrança fiscal, as inferências obtidas neste artigo sinalizam que tais mudanças são salutares para o sistema tributário brasileiro e, em consequência, para sociedade.

Primeiro porque espelhariam um salto importantíssimo de qualidade na gestão do

estoque da dívida, significando economia de recursos e eficiência na arrecadação. Segundo porque deixariam de impactar substancialmente o poder judiciário, tornando -o mais eficaz e apto a atender as demandas propostas pelos particulares.

No que diz respeito ao alinhamento com a ordem constitucional de um modelo de cobrança tributária inteiramente administrativo ou semijudicial, posiciona-se aqui no sentido de que no direito brasileiro o processo administrativo é pautado na legalidade e nas garantias do contraditório. Ademais, o controle do ato administrativo pelo poder judiciário é garantia consagrada da ampla defesa.

Imaginar um sistema em que o Estado pudesse chegar a executar administrativamente seus créditos, avançando sobre o patrimônio do contribuinte, à primeira vista soa como a maior das heresias à Constituição brasileira. No entanto, ao se debruçar no criterioso conteúdo das diversas normas que vêm integralizando a legislação tributária nessa direção, nota-se razoável o foco no devedor contumaz de grandes montas e no aumento da discricionariedade atinente à negociação de débitos dos demais contribuintes.

Importante ressaltar, por óbvio, que essa integralização por meio de uma série de leis esparsas e regulamentos diversos, gera confusão e conflitos entre normas, o que, invariavelmente, inviabiliza uma mudança no sistema brasileiro.

Por fim, propõe-se aqui o debate amplo e detalhado com a sociedade, incluindo-se como acessório da pauta das propostas de reforma tributária a discussão acerca de uma reforma ampla da legislação tributária, de modo a garantir um sistema fiscal padronizado e racional, orientado em um modelo de cobrança administrativo uníssono e referencial para a União, Estados e Municípios.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **O gasto com as execuções fiscais inúteis**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/o-gasto-com-as-execucoes-fiscais-inuteis-17012019>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ASSUNÇÃO, Carneiro, Matheus. **Quem tem medo de averbação pré-executória?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/contraditorio/quem-tem-medo-de-averbacao-pre-executoria-04062018>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Governo. **Decreto Municipal nº 16.616**,

de 10 de maio de 2017. Dispõe sobre a requisição, acesso e uso, pela Secretaria Municipal de Finanças, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1178671>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Planalto. **Lei nº 4.595**, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Planalto. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Planalto. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Planalto. **Lei nº 10.522**, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Planalto. **Lei nº 13.606**, de 09 de janeiro de 2018. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; altera as Leis nº s 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril de 1994, 9.528, de 10 de dezembro de 1997, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.456, de 25 de abril de 1997, 13.001, de 20 de junho de 2014, 8.427, de 27 de maio de 1992, e 11.076, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/113606.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Planalto. **Lei Complementar nº 105**, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Planalto. **Projeto de Lei nº 1.646**, de 20 de março de 2019. Estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa e altera a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194879>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN nº 33**, de 08 de fevereiro de 2018. Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 e disciplina os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União, bem como estabelece os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, para oferta antecipada de bens e direitos à penhora e para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais. Disponível em: <<http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=90028>> Acesso em: 02 mai. 2019.

_____. Planalto. **Decreto nº 4.489**, de 28 de novembro de 2002. Regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4489.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Planalto. **Decreto nº 3.724**, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3724.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, notícias de 24 de novembro de 2010. **Cassada liminar contra quebra de sigilo bancário de empresa para consulta da Receita Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166787&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.390**, de 18 de fevereiro de 2016. Ministro relator Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.881**, de 17 de setembro de 2018. Ministro relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338655868&ext=.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 33 PR**, de 05 de julho de 2003. Ministro relator Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14807328/acao-cautelar-ac-33-pr-stf>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 389.808 PR**, de 15 de

dezembro de 2010. Ministro relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. PGFN, notícias de 26 de março de 2019. **Procuradoria Geral da Fazenda Nacional divulga o “PGFN em Números 2019”**. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/noticias/2019/03/procuradoria-geral-da-fazenda-nacional-divulga-o-201cpgfn-em-numeros-2019201d>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. **PGFN em números 2019: ano-base 2018**. Brasília: PGFN, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/PGFN_em_numeros_2019.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

CARNEIRO, Claudio. **Processo Tributário: administrativo e judicial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. **Nota técnica: Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019.

ESTRADA, Duque Roberto. **Execução administrativa é tema da primeira ADI tributária de 2018**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/consultor-tributario-execucao-administrativa-tema-primeira-adi-tributaria-2018>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SÃO PAULO. Câmara Municipal de São Paulo. **Decreto Municipal nº 57.659**, de 12 de abril de 2017. Regulamenta o disposto no artigo 6º da Lei Complementar Federal nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria Municipal da Fazenda, de informações referentes a operações e serviços de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas. Disponível em: <<http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/decretos/D57659.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz e. **Execução fiscal**: eficiência e experiência comparada. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em: 27 mai. 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.