

JANEIRO A DEZEMBRO DE 2015 – ANO 6 – Nº 4

ISSN 2178-0390



# DIREITO EM REVISTA



# **DIREITO EM REVISTA**

**Revista Acadêmica do Curso de Direito da  
Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM**

ISSN: 2178-0390

Direito em Revista – Revista Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM. Paracatu, FINOM, 2015, ano 6, nº 4, jan./dez. 2015.

Anual  
ISSN 2178-0390

1. Ciências sociais aplicadas. 2. Direito – Periódicos.  
I – Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM. II –  
Graduação em Direito.

CDU 34

# **ESTRUTURA ORGANIZACIONAL**

## **Mantenedora**

Centro Brasileiro de Educação e Cultura

Virgílio Eustáquio da Silva – Presidente

## **Instituição de Ensino**

Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM

## **Diretorias**

Alcides Diniz da Silva – Diretor Geral de Planejamento, Gestão Administrativa e Financeira

Prof. Dr. William José Ferreira – Diretor Geral de Estratégias Institucionais

Ananere da Silva Cruz – Diretora Administrativa-Financeira

Prof. Msc. José Ivan Lopes – Diretor Acadêmico dos Cursos Presenciais

Prof. Msc. Rilson Raimundo Pereira – Diretor Acadêmico dos Cursos à Distância

## **Coordenações**

Prof. Mestrando Rodolfo Ramos Caldeira – Coordenador do Curso de Direito

Prof. Doutoranda Bruna Pinotti Garcia – Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito

## **DIREITO EM REVISTA**

Revista Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas –  
FINOM

ISSN: 2178-0390

O CONTEÚDO DOS ARTIGOS PUBLICADOS NESTA REVISTA SÃO DE  
INTEIRA RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES.

Correspondências e artigos para a publicação deverão ser encaminhados a:

**DIREITO EM REVISTA – NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM  
DIREITO (NUPED)**

Rodovia MG 188 – KM 167 – Bairro Fazendinha

Paracatu/MG – CEP 38600-000

e-mail: [nuped@finom.edu.br](mailto:nuped@finom.edu.br)

site: [www.finom.edu.br/nuped](http://www.finom.edu.br/nuped)

## **DIREITO EM REVISTA**

### **Editora-Chefe**

Prof. Doutoranda Bruna Pinotti Garcia

### **Conselho Editorial**

#### **Membro (Titulação principal – Instituição atual)**

Prof. Dra. Daniela Marques de Moraes (UNB)

Prof. Dra. Christiana Soares de Freitas (UNB)

Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari (PUC/SP – UNIVEM)

Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé (PUC/SP – UNIVEM)

Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (UNESP – UNIVEM)

Prof. Dra. Margareth Vetis Zaganelli (UFMG – UFES)

Prof. Dr. William José Ferreira (UFV – FINOM)

Prof. Dra. Maria Célia da Silva Gonçalves (UNB – FINOM)

Prof. Doutoranda Bruna Pinotti Garcia (UNB – FINOM)

Prof. Msc. Fernando Horita da Silva (UNIVEM – FASIPE)

Prof. Ma. Rosa Jussara Bonfim Silva (UCB – FINOM)

Prof. Ma. Juliana Aparecida Magalhães (UCB – FINOM)

Prof. Mestrando Rodolfo Ramos Caldeira (FPL – FINOM)

## SUMÁRIO

EDITORIAL.....

ATIVISMO JUDICIAL: O DESEQUILÍBRIO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....

**Raiane Alves Machado de Oliveira**

**Mariela Beatriz Vargas Santana**

TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À VIABILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS .....

**Bianca Tavares da Silva**

**Érico Lucas Souto Lepsqueur**

SEGURANÇA, DIREITOS HUMANOS E OS RISCOS DE SE FAZER JUSTIÇA COM AS PRÓPRIAS MÃOS .....

**Tatyanne Minnelly Tavares**

**Bruna Pinotti Garcia**

MANIFESTAÇÕES NO BRASIL: CONSTITUIÇÃO, HISTÓRIA, DEMOCRACIA E SUA RELAÇÃO COM A MÍDIA .....

**Geysiane Moneguell Moreira de Carvalho**

**Érico Lucas Souto Lepsqueur**

INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO .....

**Adriana Cristina de Freitas**

**Fabiano Rodrigues da Rocha**

**Bruna Pinotti Garcia**

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A DEMOCRACIA.....

**Thais Silva de Oliveira**

**Bruna Pinotti Garcia**

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: DIFICULDADES DA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO COM BASE NA LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – LOAS .....

**Esdras Vieira Dos Santos**

**Pedro Henriques Ferreira**

INCONSTITUCIONALIDADE DA DISCREPÂNCIA SUCESSÓRIA ENTRE IRMÃOS BILATERAIS E UNILATERAIS .....

**Camila Grazielle Marques**

**Flávio Vasconcelos de Farias**

EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM SOBRE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS .....

**Joyce Gabriella Martins**

**Raquel Silva Melo**

**Súsan Danielle Novais dos Santos**

**Juliana Aparecida Magalhães**

A EXCLUSIVIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADO POR POLICIAIS MILITARES EM SERVIÇO OU EM RAZÃO DA FUNÇÃO .....

**Ernani Dias dos Santos**

**Rodolfo Ramos Caldeira**

REPRESENTAÇÕES CONSTRUÍDAS POR COMERCIANTES NO BAIRRO PARACATUZINHO, PARACATU/MG, SOBRE CRIMES DE FURTO E/OU ROUBO .....

**Lucas Nazareno Faria dos Santos**

**Luiz Carlos Marques Lisboa Braz**

**Vandeir José da Silva**

**Giselda Shirley da Silva**

CHACINA DE UNAÍ: UM ESTUDO DA IMPUNIDADE PELO FATO E DO TRABALHO ESCRAVO NO NOROESTE DE MINAS .....

**Carla Alane de Andrade**

**Amanda Gonçalves Torres**

**Rodolfo Ramos Caldeira**

O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI DIANTE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AS AUSÊNCIAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....

**Mayara Mendes Marques**

**Rodrigo de Carvalho Assumpção**

A OMISSÃO DA TIPIFICAÇÃO QUANTO À PEDOFILIA FÍSICA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....

**Sirano Cristian de Matos Duarte**

**Rosa Jussara Bonfim Silva**

FUNDAMENTOS HUMANISTAS E CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DA CRIANÇA.....

**Susan Danielle Novais dos Santos**

**Bruna Pinotti Garcia**

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO .....

## EDITORIAL

Desde o ano de 2010, a *Direito em Revista* busca divulgar os pensamentos acadêmicos da área jurídica, contando com publicações de mestres e doutores de todo o país. Por dois anos, este projeto ficou em repouso, com a pretensão de ser reativado. Coube a mim, com toda a honra, assumir a edição da *Direito em Revista*, agora em seu quarto volume e sexto ano de existência.

De cara nova, a *Direito em Revista* volta com seu conselho editorial recomposto e miscigenado, contando com professores doutores e mestres qualificados de instituições de todo o país, que colaboraram com a seleção dos trabalhos desta publicação. A estes, a minha gratidão por apoiarem esta iniciativa.

A revitalização do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito – NUPED, sob minha coordenação, permitiu um trabalho aproximado dos acadêmicos do curso de Direito no campo da pesquisa e extensão. Novas pesquisas surgiram, trabalhos começaram a tomar corpo. Pouco a pouco esta edição foi ganhando forma, contando com o apoio não somente de colegas da academia, mas principalmente dos nossos discentes.

Como todo recomeço tem que ser especial, resolvemos apresentar o quarto número da *Direito em Revista* com uma temática: a prata da casa. Nesta edição especial, nossos melhores acadêmicos apresentam suas reflexões, tecidas em parceria com os professores da instituição, as quais resultaram em trabalhos premiados em congressos de iniciação científica e trabalhos de conclusão de curso aprovados com louvor.

É tocante observar as preocupações não somente jurídicas, mas principalmente sociais, que estes acadêmicos manifestam em seus trabalhos. Diversos dos artigos aqui publicados voltam-se ao contexto da nossa região, o noroeste de Minas Gerais, que vem sendo assolado por uma onda de violência sem precedentes.

Outros trabalhos procuram compreender de maneira crítica os direitos humanos e fundamentais e a abordagem adequada a ser feita com relação a estes pelos três Poderes, destacando-se temas como o ativismo judicial, o acesso à justiça, a reserva do possível e a efetividade das punições na esfera penal.

A proteção dos direitos da criança desponta como uma das principais preocupações destes acadêmicos, que os abordam em profundidade, desde os fundamentos destes direitos, passando pelo estudo desta criança em conflito com a lei e chegando à abordagem dos crimes

praticados contra ela. Outra vulnerabilidade, a da pessoa com deficiência, é abordada no foco previdenciário com a sensibilidade de quem sente na pele suas limitações.

Da mesma forma, estuda-se em outros textos a perspectiva constitucional que cerca os novos conceitos de famílias, em especial compreendendo como a Constituição deve ser aplicada à legislação sucessória e abordando as famílias homoafetivas.

Os temas são variados, mas a mensagem é uma só: os acadêmicos da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM não querem apenas se formar no curso de Direito e ocupar um lugar em meio à massa de profissionais, mas pretendem se destacar pelo pensamento crítico que é a força motriz para alterar a realidade social em que vivemos; os nossos docentes não querem apenas transmitir um conteúdo dogmático, mas querem que cada aluno construa na instituição sua própria personalidade profissional.

A cada acadêmico e a cada professor, que deram o seu melhor para a formação do pensamento jurídico no âmbito da Faculdade do Noroeste de Minas, dedicamos esta merecida homenagem. A nossa história está longe de acabar...

**Prof. Doutoranda Bruna Pinotti Garcia**

Editora-chefe da *Direito em Revista*

## ATIVISMO JUDICIAL: O DESEQUILÍBRIO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS

**Raiane Alves Machado de Oliveira**

*Graduada em Direito pela FINOM.*

**Mariela Beatriz Vargas Santana**

*Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Docente da Faculdade do  
Noroeste de Minas – FINOM.*

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o ativismo judicial, por meio do qual identifica-se que o poder judiciário tem assumido poderes além dos seus constituídos, interferindo na atuação dos poderes legislativo e executivo. Será demonstrado que para alguns estudiosos existe benefício em tal interferência, lado outro, será indicado que tal fenômeno fere a carta magna, fere a própria democracia. Isto porque não se pode esquecer que existe autonomia e independência entre esses poderes, ao passo que uma interferência, mesmo que singela, acima do poder que foi constituído, fomenta a omissão por parte do legislador e transfere ao judiciário o papel de gestor de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Ativismo; legitimidade; Constituição.

Este trabalho visa provocar nos leitores reflexão sobre o atual desenho das funções estatais e a separação entre os poderes constituídos, principalmente sobre uma grande interferência que tem sido estabelecida – advinda de uma cultura que o Brasil importou dos Estados Unidos da América – por meio da qual o Judiciário Brasileiro tem assumido, muitas vezes, o papel do legislador.

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, defende o princípio da constitucionalidade, que vem regulamentar o princípio do exercício democrático, legitimado pela Constituição da República que goza de supremacia e advém de uma vontade e representação popular. Sob tal prisma, o desenho dos poderes estatais, apresentados no artigo 2º, da Constituição da República, de 1988, possuem traços indispensáveis que são harmônicos e interdependentes.

Extraí-se que a Constituição da República, de 1988, pretendeu garantir total autonomia entre os poderes estatais. Contrariando tal preceito, nos últimos anos, nota-se uma interferência funcional do poder judiciário na esfera legislativa, o que vem sendo denominado como ativismo judicial.

Por conseguinte, neste trabalho, o fenômeno do ativismo judicial está interligado à interferência do poder judiciário no legislativo, sob justificativa da deficiência ou falta de norma capaz de regulamentar determinada situação jurídica, de forma ofensiva à independência funcional legislativa. O ativismo judicial tem sido uma nova maneira que se encontrou para análise e interpretação das leis, de forma que o papel de criação do Direito pelo judiciário tem superado os limites necessários à defesa da democracia, tão interligada à representação e escolha popular daqueles que compõe o parlamento.

A prática ativista norteia o atual ordenamento com diferentes aplicações, especialmente porque a Constituição da República trata de realidades extensas, cujas situações, apesar de não terem sido contempladas de maneira expressa em seu conteúdo, autoriza atuação do judiciário, mesmo inexistindo manifestação do legislador ordinário ou abstenção de políticas públicas.

Nos últimos anos, o Brasil apresentou situações totalmente ativistas, de modo que o judiciário aplicou tal prática de maneira clara, sem nenhuma demagogia, por meio de pronunciamentos de matérias que o legislador originário não teve nenhuma participação, situação bem definida por Barroso<sup>1</sup>, muito antes de ser ministro do Supremo Tribunal Federal, onde o ativismo judicial foi aplicado como uma maneira inerente de garantir o princípio democrático de direito. Exemplo disso foi a decisão de que no congresso nacional a vaga pertence ao partido político e não ao candidato que a disputa.

A realidade da nova situação do judiciário é que o jurista tende adotar um papel modificador e instituidor<sup>2</sup>. O que causa certa confusão entre suas devidas prerrogativas e funções, tendo em análise a aplicabilidade das normas e, juntamente com estas, a sua recriação.

O judiciário brasileiro está adentrando em linhas até então desconhecidas para a estrutura institucional nacional. A cultura brasileira jurídica demonstra um exagero de ativismo quando um magistrado, diante de uma variedade de situações e recursos possíveis, faz uma escolha pessoal e a seu bel-prazer para antecipar uma transformação social ou mesmo travá-la.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de seu caráter de intérprete e defensor das normas constitucionais, proclama de modo proativo o ativismo, quando o sentido e

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon<sup>o</sup> São Paulo: EDIPRO, 2011.

abrangência das normas são potencializados, atuando mais adiante do que o próprio legislador originário. Tal postura envolvendo a democracia e sua legalidade, com relação a politização do direito e a carência de competência institucional do judiciário para resolver determinados assuntos.

Esta postura ativista muitas vezes se apresentada como positiva, visto que o Poder Judiciário, por meio dela, está acolhendo demandas sociais que o parlamento não se propôs atender. Por outro lado, negativamente, a inovação na ordem jurídica consisti em expor o constante intervencionismo com a quebra da regularidade legislativa e põe em cheque sua credibilidade e autossuficiência, mostrando fraqueza em lidar com problemas sociais.

A criatividade dos tribunais fez emergir a corrente ativista, redirecionando o direito para os fatos reais, ou seja, casos concretos, adiantando a formação de novas leis ou simplesmente a sua formulação. O ativismo Judicial significa uma atitude, uma opção hermenêutica expansiva, por meio da qual o magistrado atribui um valor à norma, de forma pessoal, afrontando a separação e independência dos poderes.

O ativismo judicial, desempenhado até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, é um comportamento efetivo que resulta uma inspiração jurisprudencial do direito, aproveitando-se da prioridade constitucional, para supostamente suprir a omissão do legislativo.

Acontece que o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para que possa atuar tal qual o Poder Legislativo, que adveio da vontade popular, por meio de representantes eleitos pelo povo.

A tripartição dos poderes existe na Constituição da República e deve ser respeitada, com base nos preceitos fundamentais e legais. O ativismo judicial é uma escolha. Não se deve deixar que o poder que a constituição oferece se concentre nas mãos de um único poder, pois legislar e judicializar são ramos distintos. As normas existem, mas há todo um processo legislativo a ser seguido para que elas sejam promulgadas, o simples clamor popular não basta para que uma norma passe a existir.

O ativismo judicial pode causar grandes prejuízos ao estado democrático de direito, e à independência dos poderes que devem ser harmônicos entre si, segundo o próprio texto constitucional. A democracia pode estar em risco no momento em que os poderes começam a interferirem nas alçadas alheias. Por esta razão é necessário que se tenha uma discussão incisiva acerca desta matéria, é necessário admitir que a separação dos poderes precisa, no mínimo, de um redesenho.

Segundo Barroso<sup>3</sup>, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, decidiu por meio de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, acerca da Lei de Biossegurança, disciplinando o uso de células-troncos, como também em outros casos que causaram grandes debates como: políticas governamentais, reforma da previdência, reforma do judiciário, os poderes e sua relação nas comissões parlamentares de inquérito, direitos fundamentais como a liberdade da condição sexual. Todos eles relacionados a certa inércia, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Executivo.

Junto com a necessidade de redemocratização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, vários países buscaram novos modelos constitucionais, todos tendo como prioridade a consagração dos direitos e garantias fundamentais e individuais. Neste sentido, a democracia é base para a igualdade.

Acontece que, no Brasil, os membros do Poder Executivo e do Poder legislativo são escolhidos pelo voto direto, o que não acontece em relação ao Poder Judiciário. Este último, portanto, é um poder voltado à manutenção e conservação do direito, por isso a escolha de seus membros é técnica.

O artigo 2º, da Constituição da República, de 1988, prevê o princípio da separação dos poderes: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O Poder Legislativo, no âmbito federal, é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal, cujos membros são eleitos diretamente pelo povo. Sua função é fiscalizar e legislar. Por conseguinte, o Congresso, além de legislar, exerce um controle externo de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, conforme previsto no artigo 70, da Constituição da República, de 1988, que define a questão de legitimidade e legalidade.

Também no âmbito federal, no Poder Executivo está a figura do Presidente da República e sua função visa aplicar a lei, exercendo o papel de gerenciador e administrador, além de fixar diretrizes, incluindo a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias. Neste prisma, é válido ressaltar que o poder executivo não é responsável pela harmonia entre o poder legislativo e judiciário.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto... Op. Cit.

Por fim, o Poder Judiciário possui a função jurisdicional, cuja atuação, conforme ensinamentos de Mendes e outros, está sendo alargada:

[...] busca a proteção de novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, a exemplo da ação direta por omissão, do mandado de injunção, do *habeas data* e do mandado de segurança coletivo. A ação civil publica ganhou dimensão constitucional. A ação popular teve seu âmbito de proteção alargado<sup>4</sup>.

Desta forma, observa-se que o Poder Judiciário exerce a prestação jurisdicional, mas também uma proteção que garante sua independência e estruturação. Tendo como garantia a independência na atividade judicial.

Por esta razão não deve incidir sobre o Poder Judiciário influências externas. Desde 1988, o judiciário adota o autogoverno, ou seja, está apto para eleger seus próprios membros, elaborar seus regimentos, organizar suas secretarias, juizados.

Conforme salientam Gilmar Mendes e outros, no sistema de tripartição de poderes:

[...] o Poder Executivo há de fazer-se em harmonia com os demais Poderes. Compete ao legislativo, dentre outras relevantes o exercício da atividade legiferante. Ao Judiciário incube as atividades jurisdicionais, dentre as quais as relacionadas ao controle de legitimidade dos atos de administração<sup>5</sup>.

Diante disso, a forma de organização do Estado brasileiro advindo da separação dos poderes se concretiza com as atribuições de funções típicas consideradas práticas normais, condizentes com a Constituição da República, sem vincular os demais poderes ou adentrar em suas prerrogativas. Certo é que há funções atípicas que tratam da incidência de atribuições até então concedidas aos demais poderes dentro de um só poder, mas tal incidência não se caracteriza por uma interferência direta, mas simplesmente no modo de se auto organizar, também regulamentado constitucionalmente.

O Poder Executivo possui como característica principal a administração, de governar. Assim exerce a função típica de administrar a coisa pública. A função atípica do Poder Executivo é adentrar na respectivas atribuições de jurisdição e legislar.

No âmbito legislativo, segundo Moraes “as funções típicas do Poder Legislativo são de legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância”<sup>6</sup>. A função atípica se traduz quando a administração sanciona leis ou as veta, ou ainda quando edita medidas provisórias, nos termos do artigo 62, da Constituição da República, de 1988. Quanto ao ato

---

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 931.

<sup>5</sup> Ibid., p. 905.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 431.

jurisdicional, o Poder Executivo aplica o contencioso administrativo, apreciando recursos administrativos.

O Poder Judiciário vem para consagrar, juntamente com os demais poderes, a democracia, de modo que possui a função jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.

Assim as funções de cada poder sendo ela típica ou atípica não afetam diretamente a independência ou legitimidade dos demais poderes. A Carta Magna, de 1988, destaca que as funções atípicas não devem causar prejuízos, nem mesmo conflitos entre os poderes.

O princípio da separação dos poderes necessita, atualmente, ser envolvido por um caráter constitucional correspondente ao que tem ocorrido na prática. São necessários certos ajustes a fulgor das distintas realidades constitucionais, tendo em vista a hermenêutica jurídica tem sido aplicada além da sua real estruturação.

Por meio da hermenêutica jurídica é possível atribuir às normas sentido estranho, diferentes ou alheios aos que a própria norma contém. É próprio da atividade jurisdicional exercer um papel de criação por via interpretativa. No entanto, identificado o ativismo judicial, o judiciário passa ditar a matéria do legislador “afinal de contas, uma coisa é atribuírem-se, criativamente, significados ou sentidos às regras de direito, e outra, bem distinta, é desconstruí-las, mas, ainda assim, dizer que isso ainda é interpretação”<sup>7</sup>.

A inovação legal, portanto, pode ser uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que em um Estado Democrático de Direito a concepção de uma lei, ou norma com eficácia de lei está relacionada ao Poder Legislativo, legitimado para isto.

Lado outro, é possível desenvolver licitude do sistema político:

[...] retiremos a postura fundamentalista dos que não admitem sequer discutir o assunto, imbuídos na crença de que o ativismo judicial é de todo incompatível como regime democrático, em que não tem votos não tem legitimidade para emitir comandos de força de lei.<sup>8</sup>

Em contrapartida Streck, defende que, quando se admite ativismo adequado é o mesmo que dizer que ele existe, e não se deve medi-lo em bom ou ruim. Contudo, pondera que a atitude ativista em demandas sociais arrisca existência de falha na busca de uma justiça social. Há muito tempo o Supremo não remete algumas de suas decisões ao controle difuso exercido pelo Senado Federal, o que necessariamente configura uma quebra no princípio da separação dos poderes.

---

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet... Op. Cit., p. 92.

<sup>8</sup> Ibid., p. 94.

Neste prisma, importante anotar que no Direito Brasileiro há aplicação do controle de constitucionalidade, inclusive com edição de súmulas vinculantes, as quais visam trazer efetividade ao método de interpretação para os assuntos da atualidade.

Súmula significa índice de algo, ou seja, no âmbito jurídico trata-se de posicionamentos dos tribunais acerca de determinada questão. As súmulas deram origem às Súmulas Vinculantes – mecanismo criado com intuito de assegurar a segurança jurídica, preferencialmente fortalecendo ideais de interpretação jurídica da Constituição Federal ou mesmo de um texto legal de forma única, tendo em vista que o Poder Judiciário não deve criar atos normativos. Ou seja o poder judiciário, por meio das súmulas vinculantes, deve julgar os casos concretos observando a existência de decisões anteriores vinculantes a determinados resultados já debatidos. Esta finalidade vinculante força, inclusive, o legislador a se ater às ponderações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal a evitar o debate de uma mesma questão já pacificada:

Ao longo de 2008, foram editadas dez súmulas vinculantes, que se somaram às três pré-existentes. Os temas foram os mais variados: uso de salário mínimo como indexador (Súmula 4); defesa técnica por advogado em processo disciplinar (Súmula 5); remuneração de praças no serviço militar (Súmula 6); não autoaplicabilidade do art. 192, § 3º da Constituição enquanto vigorou (juros reais de 12%) (Súmula 7); prescrição e decadência do crédito tributário (Súmula 8); recepção do art. 127 da Lei de Execução Penal (Súmula 9); reserva de plenário para afastar incidência de lei ou ato normativo (Súmula 10); restrições ao uso de algemas (Súmula 11); taxa de matrícula em universidade pública (Súmula 12) e vedação do nepotismo nos três Poderes (Súmula 13). Algumas súmulas provocaram intenso debate público e polêmica, não apenas por seu conteúdo, mas pela alegação de que o número reduzido de precedentes em relação a algumas delas daria ao STF, com sua edição, um papel quase normativo<sup>9</sup>.

Certo é que, em matéria constitucional o ativismo judicial está diretamente relacionado a interpretação da lei, da própria constituição e as súmulas vinculantes são o maior exemplo da prática ativista no Brasil, pois o Poder Judiciário vem legislando, criando o direito e congelando a interpretação, e isso não seria prejudicial na edição em si, a questão é que, muitas vezes, age adentrando na função legislativa.

A Constituição é de fato a norma que rege um país, trata-se de uma afirmação de supremacia, é a lei que fundamenta os demais ordenamentos nacionais, sendo aplicada para solucionar conflitos e garantir direitos fundamentais.

Neste aspecto, é necessário ressaltar que o ativismo judicial possui suas características próprias não devendo se confundir com outras denominações do ramo direito,

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto... Op. Cit.

assim como judicialização e auto- concentração judicial que são totalmente distintas umas em relação às outras.

O ativismo judicial é uma figura próxima do instituto da judicialização, no entanto são de universos distintos:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro<sup>10</sup>.

Assim quando o juiz, por meio de uma escolha explícita e proativa de explanar a Constituição, indo e fazendo esta ir além de sua abrangência, onde seus atos superam a compreensão do texto e contexto constitucional, estamos diante do ativismo judicial.

Antagônico ao ativismo judicial encontra-se a auto concentração judicial, nesta analogia o judiciário busca com relação aos demais poderes a não interferência. Assim, os Tribunais esperam a declaração do legislador ordinário antes de justapor a Constituição diretamente em casos ao qual a mesma não se expressou ainda, ou não incide sobre a mesma, além de serem mais criteriosos, ao declararem a inconstitucionalidade de um ato, lei, são assim nestes casos mais conservadores e rigorosos, abnegam-se quando se tratam de definições políticas e publicas a sua interferência. Não quer dizer que o Judiciário é que a cego ou inerte nessa linha.

A aplicação e a interpretação da lei ou atos normativos no Brasil são bem amplos no atual contexto. Ativismo judicial, judicialização e auto concentração são lados oposto e totalmente diferente, é uma perversidade moral sua confusão ou junção, tendo em vista que seus sentidos não são similares. Mas de todas estas distinções a que causa mais periculosidade para o ordenamento e o equilíbrio entre os poderes é o ativismo judicial, sem sombra de dúvida, a criação incontrolável de novos atos sem nenhum preparo anterior pode causar atos irreversíveis à segurança jurídica.

Portanto, o ativismo judicial é o mais perigoso destes institutos, conforme Moraes<sup>11</sup>:

Não são poucos os doutrinadores que apontam enormes perigos à Democracia e à vontade popular, na utilização do *ativismo judicial*, pois

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de... Op. Cit., p. 802.

como salientado por Ronald Dworkin, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscam interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

O ativismo judicial é defendido por alguns doutrinadores como uma prática que não vem para afrontar os demais poderes, mas para garantir direitos e garantias fundamentais por eles subjetivadas, e que não se deve olhar para o princípio da separação dos poderes com uma rigidez mas como um mecanismo de defesa dos direitos fundamentais, não podendo ser ignorada a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello citada por Moraes<sup>12</sup>:

“[...] as práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade”.

No entanto, quando incidente, o ativismo não é aplicado de maneira moderada. Na verdade, deixa claro que o Poder Judiciário está cada vez mais à vontade para criar normas. Deve-se observar com o devido cuidado que a prática ativista tem se instalado no Brasil não para resolver problemas sociais, mas para adentrar na vida política nacional.

O ativismo judicial ultrapassa os limites impostos pela Constituição da República. A interpretação aquém dá norma e a sua criação sem observar os requisitos necessários configuram amplamente o ativismo.

A democracia não é uma simples necessidade, mas um sinal de respeito e dignidade a uma população, é uma resposta ao passado ditatorial, sendo demonstrada e pacificada por meio da criação das constituições. E uma vez instituída a Magna Carta em um território, não importando que seja escrita ou não, ela deve ser observada e principalmente respeitada, para que não ocorra um retrocesso.

O ativismo judicial atualmente deixa claro que entre os poderes não tem existido um diálogo, não há comunicação eficaz para que a democracia se faça em sua plenitude. Existe uma crise entre os poderes constituídos, e um desequilíbrio institucional tema de ampla discussão, sendo válido destacar o que descreve Moraes<sup>13</sup>:

---

<sup>12</sup> Ibid., p. 802.

<sup>13</sup> Ibid., p. 801.

Teríamos com o ativismo judicial uma afronta à Separação de Poderes, com direta usurpação das funções da legislatura ou autoridade administrativa, como por diversas vezes apontou o Juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte dos Estados, para desqualificar essa prática (voto vencido no caso *Romer v. Evans*, 1996); ou, verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais?

Não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais, exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luiz Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um superlegislador, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria autocontenção (judicial *restraint*), ou, devemos restringi-lo, para que não se configure flagrante desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, usurpado, inclusive, função legiferante (Elival da Silva Ramos)?

A preocupação e as discursões são claras, o ativismo para alguns é um mecanismo de defesa para garantir os direitos fundamentais, mas também vem para representar o superpoder do Judiciário e uma supuração da função legislativa, tais preocupações demonstram a crise que se implantou entre os poderes. Sendo inúmeras as dúvidas de qual poder é melhor e satisfaz mais rapidamente a necessidade da população, ocorrendo uma grande disputa de poder. O legislador originário realizou a separação dos poderes para que não se houvesse disputas entre ele, dando autonomia, igualdade e harmonia entre ambos, no entanto com a prática ativista tais prerrogativas não ocorrem uma vez o Judiciário praticando o ativismo ele usurpa o legislativo.

Ao introduzir novos elementos no subsistema jurídico, o judiciário interpreta de forma diversa a Constituição e a lei, ele cria uma nova norma. Essas interpretações surgem em razão da ingerência praticada pelos Tribunais que estão ferindo a dinâmica da vida em sociedade. A insistência dos Tribunais em exercer o papel do legislativo e até mesmo do executivo pode está gerando uma desarmonia no sistema democrático de direito. Que é, no entanto, o sistema maior na qual está inserido o subsistema jurídico.

No âmbito interno do sistema jurídico, ele é limitado pelas leis, tendo em vista que há normas positivadas, sendo com base nelas que se interpretará o direito e a partir delas o subsistema do direito irá selecionar as informações externas do ambiente para definir o que é e o que não é direito. Assim, fatos externos são introduzidos no sistema jurídico, conforme a análise de serem ou não contrários ao direito. Essas decisões tomadas com base em outros subsistemas configuram o processo conhecido como ativismo judicial.

Uma luta de gigantes atrapalha o desempenho nacional e demonstra uma fraqueza institucional, ao Judiciário cabe guardar a constituição e não afrontá-la. Desta forma, não é

simplesmente usurpando ou violando um poder para resolver os problemas nacionais – se resguardando na prerrogativa da omissão ou subjetividade de outro poder pra realização do ativismo – que o estado democrático de direito estará resguardado.

O desrespeito do princípio da separação dos poderes ocasiona uma tensão entre os três poderes, exatamente porque a ideia de separação proposta pela Constituição é com o intuito de manter a independência e harmonia entre eles, sem desvincular um do outro, no afã de que busquem trabalhar em conjunto.

Ainda que o judiciário tenha boas demonstrado boas intenções, não se deve deixá-lo expandir a ponto de suprimir a função exercida pelo legislativo e executivo, caso contrário a democracia brasileira estará em jogo, diante de uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos poderes.

O desequilíbrio entre os poderes constituídos implica um jogo de poder onde ninguém quer perder. Tamanha a confusão pode ser observada no seguinte exemplo: o Supremo Tribunal Federal edita uma súmula vinculante que não possui expressão normativa já expressa, afrontando o Legislativo, que em resposta ao judiciário edita uma norma contrária à súmula, e o Judiciário não conformado aplica sobre referida norma legislativa o controle de inconstitucionalidade, tornando todo esse processo um círculo vicioso que não resolve os problemas nacionais, agrava.

A crise presente nos três poderes encontra-se em grande ascensão e deve ser reprimida enquanto ainda não se causou danos severos à democracia brasileira. É urgente a necessidade de se estabelecer um diálogo entre eles. O que indica a necessidade, no mínimo, de uma reforma política no Brasil, que não deve ser promovida apenas pelo Poder Judiciário.

Um Estado forte é aquele que respeita e defende a interdependência de seus poderes. O desequilíbrio apresentado entre os poderes constituídos é a demonstração clara da crise implantada e o ativismo judicial não é a melhor forma para solucionar a questão.

O diálogo entre os poderes é indispensável e alcançá-lo deve ser o objetivo primordial. Os poderes estatais devem analisar suas funções e por meio delas devem trabalhar para que se faça justiça e se obtenha ordem social.

O Judiciário tem sido ativista e não nega. Tomar cuidado com esta prática não é restringir direitos ou deixar de aplicá-los. O ativismo não é um mal necessário.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BATISTA, Neimar; PARODI, Ana Cecília. O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, nº 85, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon° São Paulo: EDIPRO, 2011.

BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial nº 1183378/RS**. Rel. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br](http://ww2.stj.jus.br)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

DUTRA, Luiz Henrique Menegon° As consequências da intervenção do Poder Judiciário ao legislar no que se refere aos direitos fundamentais sociais. **Boletim Jurídico**, 2013. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, nº 100, maio 2012. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. A súmula vinculante e a sua inconstitucionalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, nº 118, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, nº 119, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. Algumas considerações acerca do ativismo judicial . **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, nº 83, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação e abertura judicial. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2261.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2261.pdf)> Acesso em: 18 set. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Luiz Lenio. Ativismo Judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico**, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. O que é isto o ativismo judicial, em números? **Consultor Jurídico**, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

# TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À VIABILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

**Bianca Tavares da Silva**

*Acadêmica do 10º período de Direito da FINOM.*

**Érico Lucas Souto Lepesqueur**

*Especialista em Direito Privado e em Direito Público. Docente da Faculdade  
do Noroeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

A temática é de extrema relevância, mormente quando se observa uma tendência de supressão dos direitos sociais e a minimização de sua aplicabilidade pelo Estado. O debate proposto pelo presente artigo tenciona descrever o Estado de Direito Social, através dos Direitos Fundamentais instituídos na Constituição da República Federativa do Brasil e ainda esclarece os conceitos básicos dos princípios do Mínimo Existencial, da Reserva do Possível e da Proibição do Retrocesso Social.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Direitos Sociais; Mínimo Existencial; Reserva do Possível; Proibição do Retrocesso Social; Orçamento.

## INTRODUÇÃO

Um dos debates mais incisivos sobre o constitucionalismo moderno é a consagração dos direitos sociais como direito fundamental pleno, que deve ser exercido pelo Estado a fim de se configurar como prestações positivas exigíveis pelo cidadão.

No Brasil, a tutela e a guarda de tais direitos fundamentais encontra obstáculo, no ambiente dogmático, no princípio da Reserva do Possível, questionando os contornos práticos da disponibilização de todos os direitos sociais, de forma ampla e igualitária a todo cidadão.

A temática em debate encontra entraves na doutrina e na jurisprudência, sendo que suas diretrizes práticas vão de encontro com a amplitude dos direitos postos na Constituição e sua consequente aplicação cotidiana.

Em um país ainda tão marcado pela desigualdade social se faz jus à luta pela necessidade de elaboração de formas de proteção dos direitos sociais a fim de garantir o mínimo existencial necessário à dignidade da vida humana.

Desta forma, o Direito visto como ciência social deve transpassar a teoria e alcançar de fato a realidade atingindo o poder de gestão do Estado, imprimindo, dessa forma, ações diretivas a favorecer, mesmo que coercitivamente, a promoção dos direitos fundamentais.

Lado outro, não podemos negar que o Estado, por si só, ante a diminuição e o enxugamento do orçamento e da máquina, não suporta o crescimento populacional e o assistencialismo generalizado como única fonte de promoção dos direitos sociais.

Isto posto, o presente artigo tenciona estabelecer conceitos e objetivos dos direitos fundamentais instituídos na Constituição da República Federativa do Brasil e pretende ainda, de forma tímida, esclarecer os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

## **1 DOS DIREITOS SOCIAIS**

Os Direitos Sociais instituídos na Constituição da República Federativa do Brasil espelham a real intenção do Constituinte com a proteção do ser humano a fim de perseguir a justiça social e realizar a ascensão do cidadão como principal usufruidor do Estado de Bem Estar Social.

A integridade física do homem, abarcada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade tencionam promover através da efetivação dos direitos sociais a garantia de uma melhor qualidade de vida aos hipossuficientes com a tendência de equalizar as situações dos desiguais.

Segundo ensinamento do conceituado constitucionalista José Afonso da Silva<sup>1</sup>:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Neste sentido, os direitos sociais são como pressupostos do gozo dos direitos na medida em que envolvem condições para o alcance da igualdade real com o objetivo de ajustar os indivíduos às mais completas e dignas condições de vida.

Os direitos sociais estão dispostos na Constituição de 1988, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), e no Título VIII (Da Ordem social). Sendo que em seu art.6º, discrimina como direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados.

Já no art. 7º ao 11, o constituinte privilegiou os direitos sociais do trabalhador, em suas relações individuais e coletivas, englobando o direito à sindicalização, ao direito de

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 289.

greve, ao direito de participação dos trabalhadores em colegiados dos órgãos públicos e direito de representação na empresa.

No título VIII, estão sistematizados os direitos à Seguridade Social (Saúde, Previdência Social e Assistência Social), os direitos atinentes à Cultura, à Educação, à Moradia, ao Lazer, ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e os direitos sociais da Criança e dos Idosos.

Seguindo esta linha de raciocínio, já podemos enxergar que os Direitos Sociais são mandamentos aplicados à coletividade e de forma especial àqueles que necessitam do Estado para diminuir a estratosférica diferença existente entre as camadas sociais brasileiras.

Importante salientar, que os direitos sociais estão intrinsecamente ligados com as oportunidades dadas aos indivíduos, oferecendo a todos eles as mesmas chances para que possam chegar ao pleno exercício das liberdades que lhes são asseguradas, reduzindo, dessa forma, as desigualdades socioeconômicas.

Os direitos sociais estão entrelaçados com as oportunidades asseguradas a todos os indivíduos. Entretanto, o que podemos verificar é que, mesmo com a garantia do pleno gozo dos direitos sociais tal exercício não ocorre ou ocorre com deficiência em virtude dos mais variados fatores sociais e a sua ausência ou insuficiência da sua real efetividade impedem o ingresso do cidadão a uma vida verdadeiramente digna como a almejada pelo Estado do Bem Estar Social.

Pela própria natureza dos direitos sociais, estes têm por objetivo invocar do poder político uma demanda de recursos para sua plena aplicabilidade, o que motiva grandes pressões ideológicas e envolvem escolhas políticas determinantes para conseguir alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária.

Neste diapasão, a essencialidade dos direitos sociais está na intervenção positiva do Poder Estatal enquanto trabalha na tutela de todas as garantias existenciais para a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo Canotilho<sup>2</sup>, os direitos sociais “andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais”. Ante esta dependência entre os direitos e às liberdades e os direitos sociais, surge o postulado da teoria do princípio da reserva do possível que sustenta que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais.

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 473.

## 2 DEMOCRACIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS

A plena efetivação dos direitos sociais é um questionamento prioritário do Direito, pois é positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, mas depende da junção das áreas da Política, da Econômica e de outras diversas fontes do conhecimento para a verdadeira e eficaz concretização das políticas sociais.

O fato constitucional de que é papel do Estado fazer cumprir (e ele próprio cumprir) a Constituição Federal, e garantir saúde e educação a todos, não tem sido suficiente para realizar esses direitos, no Brasil e em diversos outros países. E essa concepção de bem-estar social presente em diversas constituições fica tanto mais comprometida quando o Estado adota o projeto neoliberal (concepção que propõe a limitação da atuação do Estado em certas esferas da sociedade, entre elas a chamada área social) pois, segundo a concepção (neo)liberal, o Estado não deve ser um agente interventor: ao contrário, deve abrir espaço para que o mercado regule a economia (e também a sociedade e o próprio Estado)<sup>3</sup>.

A não-efetivação dos direitos sociais no Brasil denuncia os limites da democracia onde a população não se insere como cidadão de direito, ou seja, o povo não se sente participante da democracia a fim de avançar no debate da consolidação democrática para além da democracia política.

Para que o avanço aconteça, necessário se faz criar um alicerce no debate democrático a fim de se discutir uma nova forma de construção da democracia social para que assim, o exercício da cidadania possa ser firmado.

Neste sentido, a dificuldade de efetivação prática dos direitos sociais em que vive o Brasil coloca em discussão as questões que devem ser debatidas com o objetivo do Estado Legal de Direito de garantir à grande parte da população que vivem um estado exceção ante ao acesso aos direitos sociais.

Destarte, ao Estado não é possível a abstenção de sua obrigação constitucional de concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, sob o argumento da falta ou insuficiência de recursos públicos. O Poder Público tem o dever de implementar os direitos sociais dentro de suas possibilidades finitas e escassas ao proteger o mínimo essencial de cada direito fundamental.

---

<sup>3</sup> NARITA, Stella. Direitos sociais: direitos humanos a serem universalizados. **Revista de psicologia**, v. 1, nº 1, jan/jun. 2010. Disponível em: <[http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1%3Adireitos-sociais-direitos&catid=29%3Aano-i-edicao-i&Itemid=53&limitstart=3&lang=pt](http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1%3Adireitos-sociais-direitos&catid=29%3Aano-i-edicao-i&Itemid=53&limitstart=3&lang=pt)>. Acesso em: 20 out. 2014.

Ao proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o Estado extrai o máximo da vontade constitucional e dá a efetividade aos direitos sociais e aos fundamentos norteadores do Estado Democrático e Social de Direito: cidadania e dignidade da pessoa humana.

O Estado de bem-estar (*welfare state*), assegura um mínimo existencial necessário de renda, alimentação, habitação, saúde, educação, dentre outros, para todo o cidadão, não ofertado como caridade pelo Estado, mas sim, por um mandamento constitucional.

Entretanto, sem uma forte oposição ao capitalismo, a institucionalidade democrática não se vê pressionada a apresentar uma “face social”, restringindo-se à garantir as bases político-institucionais e a governabilidade necessárias para que o sistema capitalista possa avançar. Há nesse cenário uma forte cisão entre a sociedade e o social.

Enquanto a sociedade está ligada a setores que acobertam o capital, ao social resta tudo o que não é sociedade e que não exerce papel como agente econômico, está ligado à ideia de caridade, ao pobre, ao miserável, ao excluído e ao ‘não-cidadão’. É para este grupo que a Constituição deve voltar seu olhar e priorizar seu atendimento.

Assim, os direitos sociais são, na grande maioria das vezes, deixados em último plano. A classe política, ao se garantir institucionalmente, distancia-se dos problemas reservados às classes mais baixas e a tais nichos sociais não é dada a possibilidade de acesso aos seus direitos sociais mais básicos, tendo que se contentar com as decisões conferidas a uma minoria eleita, que não precisa responder diretamente o povo.

### **3 MÍNIMO EXISTENCIAL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

O mínimo existencial não tem definição constitucional própria, nem conteúdo específico. Insere-se na ideia que aos indivíduos são reconhecidos direitos minimamente essenciais, que devem ser atendidas pelo Estado, mediante prestações sociais que efetivem os direitos sociais.

Em sua essência, o mínimo existencial constitui-se em um direito fundamental, tendo em vista que sem ele não prolifera a possibilidade de sobrevivência do homem e se esvanecem as condições mínimas de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais de sua existência não podem retroceder aquém de um mínimo, o qual deve ser garantido a todo o cidadão, independentemente de requerimento ao Estado.

O fundamento do direito ao mínimo existencial se expressa no princípio da igualdade, no instituto da dignidade da pessoa humana e em outras inúmeras classificações constitucionais aos direitos fundamentais.

Por ser um direito resguardado negativamente contra a ingerência do Estado, o mínimo existencial, ao mesmo tempo, garante positivamente as prestações estatais, com o objetivo fundamental de manter uma sociedade justa e igualitária de oportunidades por meio de cotas sociais eficientes.

No que concerne aos direitos sociais, a não efetivação do mínimo existencial gera prejuízos sociais a toda sociedade, de modo específico àqueles que se encontram na condição de vulnerabilidade, o que caracteriza como consequência uma situação de retrocesso social.

A Lei Federal nº 8.742, de 07/12.93 se refere ao mínimo existencial, em seu art. 1º, que legisla:

A Assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Neste sentido, o artigo 25, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também registrou o conceito do mínimo existencial:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários.

Quanto à vedação do retrocesso social, decorre do sistema constitucional brasileiro, que tem por meta a vedação da supressão ou da redução dos direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos ao cidadão brasileiro.

Esta proibição tenciona que a retroação dos direitos já adquiridos se mantenham como garantia permanente de um direito fundamental, centrando no reconhecimento concreto de uma norma definidora de direitos sociais, da qual o legislador fica proibido de suprimir ou reduzir sem a substituição de novo direito equivalente ou de maior amplitude.

Negar o reconhecimento da vedação do retrocesso no nosso sistema é aceitar que o poder estatal, mesmo estando subordinado aos direitos fundamentais que exprimem o princípio da dignidade da pessoa humana, poderá livremente tomar suas decisões, motivados exclusivamente por opiniões, acontecimentos ou vertentes políticas.

No sistema constitucional em vigor a vedação do retrocesso social catalisa a justiça social já alcançada por meio dos direitos fundamentais e já concretizada em todos os âmbitos, evitando que ocasional o retardo ou o impedimento de tais direitos.

#### **4 DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUAS IMPLICAÇÕES**

A teoria do princípio da reserva do possível tem como berço as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. Sendo que a origem deste posicionamento objetivava a obtenção de decisão que concedesse a um estudante cursar o ensino superior em entidade pública ante a garantia prevista pela lei alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas suficientes para todos os interessados em frequentar o ensino público.

O pedido do aluno foi negado pelo Poder Judiciário e restou decidido que somente se pode exigir do Poder Estatal a recepção de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade.

Assim, surge a consolidação da ideia de que o Princípio da Reserva do Possível possui o fim precípua de cercear os direitos sociais limitando a sua existência à disponibilidade orçamentária do Poder Público.

Com esse entendimento, o Estado ante a contingência de não ter condições adequadas para prestar um pronto atendimento aos pleitos formulados pelo cidadão lança mão em sua defesa processual do Princípio da Reserva Legal a fim de tentar evitar que decisões do Poder Judiciário causem ingerência no funcionamento das estruturas governamentais.

A questão concernente à efetividade dos direitos sociais é um dos temas que mais tem gerado controvérsias nos embates judiciais, posto que por um lado, a norma constitucional garante sua real efetividade se presentes as condições fáticas e jurídicas para lhe conferir esta eficácia, do lado contrário, na ausência deste contexto favorável e imprescindível à sua realização, não há como se obrigar a cumprir seus mandamentos.

Isto implica em dizer que, não basta que a legislação defira alguma prerrogativa aos membros da sociedade. Pois faz-se imprescindível, também, que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação destes direitos. Balizas, vale lembrar, que delimitam e orientam a aplicação do denominado primado da reserva do possível. Noutras palavras, o Poder Judiciário, por mais bem intencionado que esteja no intuito de conferir cabal aplicabilidade às normas diretoras do sistema jurídico, não pode pretender arvorar a hercúlea tarefa de tentar suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de uma ordem judicial. Que, de antemão, já se sabe que não

alcançará efetividade, face a inexistência de condições materiais (leia-se, precipuamente, econômicas) capazes de viabilizar sua implementação<sup>4</sup>.

Nota-se assim que essa limitação de recursos públicos atingem, de forma especial, os direitos prestacionais, que demandam mais do erário público que os demais direitos. Por este motivo, referida limitação orçamentária limita a concretização dos direitos fundamentais prestacionais e serve de obstáculo fático para estes.

A doutrina hodiernamente sustenta, em defesa do Estado, que os direitos sociais estão sujeitos a uma reserva do possível, assim explicada como a não total disposição econômica e jurídica em aplicar de forma ampla e irrestrita os direitos fundamentais.

Neste sentido, há quem defenda que os direitos sociais são relativizados e sua concretude é dependente do limite fático de recursos disponíveis para a solução das mazelas sociais que assolam o miserável.

Isto posto, ante a tese da impossibilidade orçamentária para a concretização das demandas fundamentais do ser humano devemos nos perfilhar à corrente que ensina que o princípio da reserva do possível deve ser aplicado em situações excepcionais, sob pena, como sugere Lassale, que a Constituição se transforme em uma mera folha de papel, sem nenhum significado social, político e humano.

Ante este pensamento, o Administrador Público deve agir de forma racional a fim de eleger as prioridades governamentais que irão se concretizar em políticas públicas voltadas para o bem estar da comunidade.

Como derradeira opção para a promoção da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, o Administrador Público deve realizar o remanejamento orçamentário, acobertando áreas essenciais ao ser humano em desfavor de outros setores que são úteis para o bom andamento da administração, mas que podem ser flexibilizados orçamentariamente.

Neste ponto, Galdino<sup>5</sup> traz reflexão quando afirma que os custos não devem ser encarados como óbices à consecução dos direitos fundamentais. Em seu ensinamento:

[...] dizer que o orçamento não pode suportar determinada despesa, *in casu*, destinada à efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar um orçamento determinado. O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito.

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15 de junho de 2014.

<sup>5</sup> GALDINO, Flávio apud MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso: 09 mar. 2013.

Como é de conhecimento geral, os meios orçamentários são escassos e o Administrador deve sempre eleger as metas essenciais para que se concretize de maneira ampla o atendimento decorrente da dignidade da pessoa humana e somente após a devida aplicação de tais recursos, envidar esforços para atender as demais áreas que também necessitam da atenção do Poder Público.

## **5 AS LIMITAÇÕES DO PODER PÚBLICO, AS NECESSIDADES ILIMITADAS DA COLETIVIDADE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.**

O instituto da reserva do possível, originado na jurisprudência constitucional alemã, necessitou de adaptações para sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, dada as particularidades em âmbito social, econômico e cultural nacionais.

A tese da reserva do possível somente é admitida de modo relativo, pois possibilita ao Estado eximir-se de responsabilidade constitucionalmente consagrada. Desse modo, configurada a necessidade e possibilidade orçamentária o Estado será obrigado a agir, observando para tanto o princípio da razoabilidade.

Queiroz e Lira<sup>6</sup> acreditam que:

O sincronismo entre aquilo que é desejado e o que é de possível efetivação no âmbito social é linha tênue, pois na existência de base constitucional, o mínimo para a dignidade humana não pode ser obstado, as prestações positivas que devem ser suportadas pelo Estado na implementação dos direitos sociais, não podem ser ofuscadas por limitações orçamentárias, por outro lado, indaga-se sobre a origem dos recursos necessários para atender todas as necessidades coletivas sem gerar profundos esgotamentos de recursos.

O Estado ao utilizar o instituto da reserva do possível, adequou-o ao orçamento público, porém de maneira obstativa, o que resulta muitas das vezes na intervenção do judiciário. Assim ainda que a tripartição de poderes atribua funções típicas ao Executivo, Legislativo e Judiciário, há a necessidade de trabalho de cunho atípico, porém harmônico, ainda que interventivo do Poder Judiciário para garantir a efetivação de direitos e garantias consagrados na Constituição Federal e legislação supranacional.

No que se concerne à atuação do Poder Judiciário, este tem se mostrado sensível aos apelos sociais e vêm de forma, muitas vezes contestável, tentando implementar à força os

---

<sup>6</sup> QUEIROZ, Pedro Ivo Leite; LIRA, Daniel Ferreira de. A reserva do possível e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, nº 102, jul 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12058&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12058&revista_caderno=9)>. Acesso em: 10 out. 2014.

direitos protegidos, desconsiderando as alegações exaradas pelos agentes públicos de uma impossibilidade financeira de seu atendimento.

Na atualidade a problemática da reserva do possível não se restringe apenas ao tema de escassez orçamentária, mas também ao tema do aumento populacional vivido. Com isso é cada vez maior a busca por tutela jurisdicional, de modo que, aqueles interessados que tiveram as prestações sociais negadas, com o intuito de satisfazê-las, recorrerão ao judiciário para atendê-las, sem questionar que isso possa acarretar o irregular gerenciamento governamental.

A dependência da satisfação de direitos sociais a existência de recursos materiais torna inviável a resolução da problemática em destaque. E por sua vez o aumento populacional tende a piorar o assunto, visto a limitação do orçamento e o número crescente dos direitos sociais.

## **6 O ORÇAMENTO PÚBLICO E A QUESTÃO TRIBUTÁRIA.**

A Constituição Federal de 1988, dispõe sobre no Título VI (Da Tributação e do Orçamento) disciplinado a matéria em seus arts. 145 a 169. Destes temas depende a efetividade dos direitos fundamentais e dentre eles os direitos sociais.

O conceito de orçamento público é moderno e possibilitou a interferência do Poder Público na organização econômica e social da sociedade.

Isso bem caracteriza o Estado Social atual em que vivemos, onde orçamento deixa de ser mero instrumento contábil e passa a ser visto como instrumento de administração pública, que por meio de leis complementares, como a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), bem como por meio de políticas públicas alcança seus objetivos constitucionais.

A relação entre orçamento público e políticas públicas é de interdependência, visto estas decorrem de leis que estipulam valores e objetivos determinados pela sociedade.

Desse modo o art. 164, § 4º da CF dispõe que todos os programas e planos governamentais devem estar em consonância com o plano plurianual bem como a LDO deve se adequar com o PPA e a LOA deve respeitar as diretrizes da LDO.

Historicamente, o orçamento público sempre foi um documento essencialmente da contabilidade, responsável pela previsão das receitas e despesas que seriam efetuadas pelo Governo, não refletindo os planos

governamentais, tampouco os interesses da sociedade, nesse sentido, tinha por objetivo unicamente manter o Equilíbrio financeiro do Estado<sup>7</sup>.

Se o mínimo existencial constitui aquela a parcela mínima de modo que o indivíduo possa sobreviver, sendo prevista no art. 1º da Lei nº 8.742/93 e aludido na Constituição Federal de 1988, uma vez que consagra como princípio o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana com objetivo de erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais. O Estado tem o dever de garanti-lo, seja na prestação de bens ou serviços.

Podemos afirmar, por último que a prestação estatal é de forma incontestemente obrigatória quando caracterizada a necessidade, em observância estrita ao mínimo existencial. Se o Estado obtém recurso para o mínimo existencial através de tributos ou impostos, seria importante que os mais ricos contribuíssem mais para que o Estado pudesse garantir a sobrevivência dos pobres.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais constituem-se em prestações positivas por parte do Estado a fim de se efetivar uma isonomia social e substancial aos cidadãos através ideia generalizada da promoção da igualdade.

Concentrados principalmente nos artigos 6º a 11 da Constituição da República Federativa do Brasil, os Direitos Sociais surgiram no cenário histórico como forma de promover a equidade social e garantir o mínimo existencial para a sobrevivência digna do ser humano.

Como embate da prestação ampla e geral dos direitos sociais pelo Estado, surge a Teoria da Reserva do Possível, como sendo uma limitação lógica à possibilidade de concretização dos direitos socioeconômicos que só podem ser acolhidos se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação dos direitos fundamentais.

Em suma, quando o Estado se depara com um não cumprimento de um direito fundamental ele deve garantir sua efetivação, a não ser, se destacar como defesa a impossibilidade orçamentária remota ou inexistente de fornecer tal prestação social.

Assim, concluímos que o Estado tem o dever de consolidar na sociedade os postulados de Direitos Sociais instituídos na Carta Magna a fim de garantir à dignidade de vida aos seus governados.

---

<sup>7</sup> ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 28 out. 2014.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 28 out. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso: 09 mar. 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NARITA, Stella. Direitos sociais: direitos humanos a serem universalizados. **Revista de psicologia**, v. 1, nº 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <[http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1%3Adireitos-sociais-direitos&catid=29%3AAno-i-edicao+i&Itemid=53&limitstart=3&lang=pt](http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1%3Adireitos-sociais-direitos&catid=29%3AAno-i-edicao+i&Itemid=53&limitstart=3&lang=pt)>. Acesso em: 20 out. 2014.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15 de junho de 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8. ed. São Paulo: GEN, 2009.

QUEIROZ, Pedro Ivo Leite; LIRA, Daniel Ferreira de. A reserva do possível e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, nº 102, jul 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12058&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12058&revista_caderno=9)>. Acesso em: 10 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

# SEGURANÇA, DIREITOS HUMANOS E OS RISCOS DE SE FAZER JUSTIÇA COM AS PRÓPRIAS MÃOS

**Tatyanne Minnelly Tavares**

*Graduada em Direito pela FINOM.*

**Bruna Pinotti Garcia**

*Doutoranda em Direito. Mestre em Direito. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da intensificação da prática de se fazer justiça pelas próprias mãos no cenário brasileiro e a insuficiência do Estado em garantir os Direitos Humanos e fundamentais diante de tais práticas. Para tanto é necessário verificar a evolução histórica do Estado para entender o surgimento do Estado Democrático de Direito, que é o garantidor da Segurança Pública e demais Direitos Humanos. O trabalho mostra que a segurança pública está ligada ao bem-estar social, a falta faz com que pessoas busquem meios ilícitos para satisfazer a violência sofrida em meio a um Estado cercado pela criminalidade. Busca-se debater sobre atuação Estatal para solucionar o problema da criminalidade e violência e também outras formas de solução por meio da justiça participava do povo no Estado Democrático de Direito. Para melhor desenvolvimento do trabalho, como metodologia foi realizada pesquisas em bibliografia selecionada de autores já consagrados que discorreram e produziram sólida doutrina sobre o tema e legislação pertinente, notadamente pelo manuseio de livros, artigos, monografias, teses, legislação, decisões judiciais; obtidos tanto por meio tradicional, quanto internet.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Estado; Segurança; autotutela; justiça pelas próprias mãos.

## INTRODUÇÃO

O Estado de Direito deve exercer suas atribuições de forma totalmente vinculada às leis o seu direito de punir, pois, ao mesmo tempo em que nosso ordenamento jurídico dá a ele o direito de punir, também limita esse direito, que só pode ser exercido nas condições e limites estabelecidos pelas normas jurídicas.

O Estado de Direito surge para se opor aos conflitos iminentes da sociedade, assegurando que nenhum indivíduo esteja acima da lei, mas a impunidade incentiva a busca de meios alternativos para satisfazer a violência sofrida, meios que na maioria das vezes são ilegais.

As sanções somente podem ser aplicadas por um órgão componente do Poder Judicial que seja dotado de poder jurisdicional. Para que tal sanção seja aplicada de forma justa. A pessoa que se sinta prejudicada deve recorrer ao Estado para que este aplique a lei ao

caso concreto por meio do devido processo legal, ou seja, por meio do acesso à justiça, garantido pelo Estado.

O descaso do Estado dissemina uma deturpação de valores na sociedade que resolve fazer justiça com as próprias mãos, deixando de perceber que contribuem para os caos e para o processo de incivilização do país, pois resgatam dos tempos primitivos a selvageria e a barbárie, destruindo a sociedade.

A insuficiência do Estado em proporcionar aos membros do Estado garantias asseguradas pela Constituição Federal e internacionalizados pelos direitos humanos provoca no indivíduo a vontade de arrumar soluções, mas tais soluções são enxergadas de forma deturpada, com sentimento de vingança, trazendo para o meio social a justiça pelas próprias mãos.

Recentemente a mídia noticiou inúmeros casos de justiça pelas próprias mãos, alguns casos tiveram repercussão nacional. Sendo necessário narrar alguns para assimilar a gravidade de tais atos, pois a solução encontrada de forma equivocada pela sociedade diante da insuficiência do Estado foi acabar com a violência com mais violência.

Cabe ao Estado formular políticas públicas mais consistentes e eficientes, para solucionar problemas enfrentados pela sociedade brasileira, como segurança, saúde, educação entre outros direitos inerentes a dignidade humana, aplicando o Direito de forma efetiva ao caso concreto; buscar implementar de forma efetiva a justiça participativa do povo, garantida pelo Estado Democrático, para proporcionar maior participação popular as decisões políticas, afim buscar soluções para o problema da violência e criminalidade que intensificam a prática de justiça pelas própria mãos.

## **1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DO CIDADÃO NAS DECISÕES POLÍTICAS**

### **1.1 Teorias sobre as Origens do Estado**

Para entender a evolução histórica do Estado a doutrina aponta uma ordem cronológica: Estado Antigo, Estado Medieval e por fim o Estado Moderno.

Para Pellizzari<sup>1</sup> as marcas fundamentais do Estado antigo são sua natureza unitária e sua religiosidade, a primeira consiste em não admitir qualquer divisão anterior, nem territorial

---

<sup>1</sup> PELLIZZARI, Renato. **O Antigo Regime**: o absolutismo monárquico. Disponível em: <<http://descomplica.com.br/historia/da-idade-media-a-idade-moderna/texto-o-antigo-regime-o-absolutismo-monarquico>>. Acesso em: 28 set. 2014.

ou funcional, e a segunda afirma-se que a autoridade dos governantes e as normas de comportamento individual e coletivo consistiam no arbítrio de um poder divino.

Essa forma de Estado foi composto e mantido pela força das armas, os povos viviam em constantes guerras, não possuía territórios definidos, pois ora aumentavam em decorrência de conquistas, ora diminuía, em decorrência de derrotas iminentes das guerras. Era também por meio das guerras que conquistava seu povo<sup>2</sup>.

O Estado Antigo tinha como forma de governo a monarquia absoluta, o poder era exercido em nome dos deuses tutelares do povo, concentrava os poderes numa mesma pessoa, que acumulava funções militar, judicial, sacerdotal e de recolhimento de impostos. O monarca possuía poderes absolutos e incontestáveis, sendo o trono transmitido hereditariamente, era representante das divindades e descendentes dos deuses<sup>3</sup>.

No Estado antigo surgiram as primeiras facetas das normas positivadas, como exemplo o Código de Hamurabi, que foi baseado na Lei de Talião conhecida como “olho por olho, dente por dente”, ou seja, a pena pela qual se vingava o delito, infligindo ao delinquente o mesmo dano ou mal que ele praticava<sup>4</sup>.

No Estado Democrático brasileiro, o Estado é o detentor do Direito de punir sendo vedada a Lei de Talião, mas a insuficiência estatal em garantir tal direito, ascende na população a vontade de exercer a vingança privada, ou seja, a justiça pelas próprias mãos.

O Estado Medieval possui como características dessa sociedade o cristianismo, para justificar a existência humana, sua submissão a um ser superior e divino, afirmando a Igreja como Poder máximo, ou seja, todos deviam se subordinar a ela, e serem submissos para conseguir a salvação divina, caso contrário queimariam o fogo do inferno<sup>5</sup>.

Nesse Estado a posse de bens, foi o que determinavam a importância de um homem sobre o outro, o que trouxe uma grande instabilidade política organizacional, ou seja, o fracionamento do poder exercido pelo Imperador e uma grande porção de poderes menores dos senhores feudais, que levaram a uma variedade de ordens jurídicas e uma instabilidade,

---

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> SANTOS, Fabrício. **Estado Nacional Moderno**. Disponível em: <[www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/estado-nacional-moderno.htm](http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/estado-nacional-moderno.htm)>. Acesso em: 28 set. 2014.

<sup>4</sup> FERNANDES, Rafael. **A Lei de Talião: conceito e origem**. Disponível em: <<http://rafaelfernandesonline.wordpress.com/2012/05/09/a-lei-de-taliao-conceito-e-origem/#comments>>. Acesso em: 28 set. 2014.

<sup>5</sup> SOARES, Igor Alves Norberto. **Brevíssimas considerações sobre a formação do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br](http://www.egov.ufsc.br)>. Acesso em: 06 nov. 2014.

econômica, social e política, gerando uma imensa necessidade de autoridade e ordem, que acarretaria a origem e criação do Estado Moderno<sup>6</sup>.

O Estado Moderno surgiu com características absolutistas, que se iniciaram pela confusão entre a Monarquia e o Estado, buscava uma intervenção mínima estatal na vida dos indivíduos, com o intuito de formar uma sociedade com idioma comum, território definido, soberania e exército permanente<sup>7</sup>.

Por seu turno, diversas são as Teorias que tentam explicar a origem do Estado, mas as mais aceitas são a Teoria Teológica, Teoria do Contrato Social e a Teoria Jusnaturalista.

Para a Teoria Teológica o Estado é criação divina, como obra da vontade de Deus, sustenta essa teoria que o poder do monarca foi concedido por um ser superior, tendo esse o dever de dar satisfação apenas a esse Deus pela prática de seus atos, ou seja, o monarca possuía um poder sem limitações, pois os homens não impunham poderes ao rei, somente Deus<sup>8</sup>.

Outra teoria, a Jusnaturalista, segundo Maluf<sup>9</sup>, surgiu no final da Idade Média e defende a ideia de que o Estado descobre embasamento na própria natureza humana, havendo origem no direito natural em relação ao direito positivo.

A essência do direito natural é o próprio direito do homem como criação de Deus, sendo este um fundamento anterior às leis humanas, ou seja, o direito natural é ligado à própria natureza, sendo o conjunto de regras morais que estão colocadas na própria alma humana, como por exemplo, os direitos à vida, à felicidade, à segurança, ao respeito, dentre outros<sup>10</sup>. Para teoria Jusnaturalista o soberano instituiu as leis e o homem se submeteu as elas de forma voluntária.

Destacam-se, ainda, as Teorias do Contrato Social, que afirmam que Estado de Natureza pode ser entendido como a ausência de sociedade civil. Compreende-se essas Teorias analisando os estudos feitos pelos grandes filósofos Locke<sup>11</sup>, Rousseau<sup>12</sup> e Hobbes<sup>13</sup>, que afirmam que as Leis naturais não são suficientes em dado momento para solucionar os

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. **Sobre a evolução do Estado**: do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado/1>>. Acesso em: 27 set. 2014.

<sup>9</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> LOCKE, Johnº **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1974.

<sup>12</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

<sup>13</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

conflitos iminentes do homem, há necessidade de se inserir um Contrato Social para intervir, ou seja, para essa teoria, a sociedade civil surgiu de um contrato.

O contrato social assume um papel de pacto de vontade em que os homens acordam em construir a sociedade civil com a finalidade de manter e consolidar os direitos naturais, defendendo na Teoria de Hobbes a vida, para Locke a proteção da propriedade e para Rousseau assegurando a liberdade.

O estudo do Contrato Social é um meio de dar à sociedade um fundamento racional, pois mesmo que o homem vivesse em um estado de natureza, eles perceberiam racionalmente que o mais sensato para eles seria reunir-se em sociedade e fazer um contrato, formando uma organização social mais pertinente aos dizeres da razão. Nota-se que a teoria contratualista defende que a criação da sociedade civil é a única escolha racional de organização.

Hobbes<sup>14</sup> afirma que o Estado de Natureza é qualquer situação que inexista governo, onde o homem se torna competitivo guerreando entre si, a guerra de todos contra todos, pois não confiam uns nos outros, neste Estado o homem era egoísta, vivia isolado para atender seus próprios interesses, por esta razão a desordem prevalecia, não existiam regras de moral nem ética, não sendo assim possível a convivência do homem entre si, sem a existência de regras, é necessária a criação de uma sociedade civil.

Hobbes acredita no contrato social como fundador, simultaneamente, da sociedade e do Estado, composto por regras de convívio e de subordinação política.

Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito sobre todas as coisas, contentando – se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. Porque enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira, todos os homens se encontrarão numa condição de guerra generalizada<sup>15</sup>.

Dessa forma, para que existisse paz entre os homens há a necessidade de legitimar uma sociedade regida por meio do pacto social. O conjunto de teorias do pacto social tem como objetivo não apenas justificar as atitudes do rei, mas dar a elas legitimidade.

Para Hobbes<sup>16</sup> um poder coercivo, garantido ao soberano, é condição indispensável para o controle da ordem e a garantia de segurança. Não bastando que os homens convencionem leis para manter a paz, de forma que, em raras vezes eles se atêm a seus

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid., p. 83.

<sup>16</sup> Ibid.

deveres sem punição com base somente na consciência, ou seja, o homem deve submeter às leis do soberano.

Por sua vez, Locke<sup>17</sup> afirmou que o Estado de Natureza é uma condição onde as pessoas se submetiam às Leis da natureza, onde existia uma situação de convivência pacífica entre os homens, que agem naturalmente, possuindo liberdade para coordenar suas ações e regulamentar suas posses e as pessoas da forma que acharem melhor, observando apenas os limites da lei da natureza, ou seja, um estado de igualdade entre si, sem haver a necessidade de pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.

Para Locke<sup>18</sup> a grande falha do Estado de Natureza, é a ausência de um terceiro imparcial para julgar as controvérsias que surgem da irracionalidade do homem, e também para sanar a falta de regras e organização do Estado de Natureza.

Aquiesço finalmente em que o governo civil é o remédio acertado para os inconvenientes do estado de natureza, os quais devem, com toda a certeza, ser grandes se os homens têm de ser juízes em causa própria, [...], os monarcas absolutos são apenas homens, e se o governo deve ser o remédio para aqueles males que se seguem necessariamente ao fato de serem os homens juízes em causa própria, não sendo por isso suportável o estado de natureza, desejo saber que espécie de governo é esse, e em que medida é melhor do que o estado de natureza, onde um homem governando uma multidão tem a liberdade de ser juiz em causa própria, podendo fazer aos seus súditos tudo quanto lhe aprouver, sem o menor questionamento ou controle por parte daqueles que lhe executam as vontades, devendo ele se submeter, seja lá o que for que ele faça, levado pela razão, pelo erro ou pela paixão? Muito melhor será no estado de natureza, no qual os homens estão obrigados a vontade injusta de outrem; e se aquele que julga julgar erroneamente no seu próprio caso ou no de terceiros, é responsável pelo julgamento perante o restante dos homens<sup>19</sup>.

Para Locke<sup>20</sup> a essência do contrato social é o compromisso de cada contratante de respeitar as deliberações do corpo político representativo da sociedade, ressaltando o consentimento da maioria, mesmo que tal decisão vá de encontro ao interesse particular e também acerca das implicações do referido pacto social. Dessa forma, os homens decidiram viver em sociedade pela sua própria decisão.

Já para Rousseau<sup>21</sup>, no Estado de Natureza o homem era bom e vivia essencialmente de forma animal na floresta cuidando da sua sobrevivência, considerava-se feliz, pois suas únicas paixões eram os instintos naturais, apresentando dessa forma nenhuma atividade

---

<sup>17</sup> LOCKE, John.. Op. Cit.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid., p. 44.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques... Op. Cit.

intelectual. No entanto, com o surgimento da propriedade privada, passaram a surgir conflitos entre os homens e por esta razão houve a necessidade de se formar um contrato social, surgindo desta forma não só a sociedade civil, mas também o Estado.

Rousseau<sup>22</sup> refere-se ao pacto social como um ato de vigilância para impedir a corrupção e a depravação, sendo a vontade geral mais importante que a individual, amparando a noção de que este acordo não só pode como deve ser feito novamente sempre. O soberano, ao ocupar o seu cargo, carece apenas de satisfazer a vontade coletiva, abrindo mão da própria. Assim, Rousseau sustenta em sua obra o direito de revolução para promover o bem comum, ou seja, caso o governo não seja justo e não correspondam as necessidades do povo, este terá o direito de substituí-lo e refazer o contrato.

Há um ponto em comum com relação ao pensamento desses três filósofos que é a ideia de que a origem do Estado está na formação de um contrato social. Assim tem-se a ideia de que o Estado se originou de um consenso das pessoas em torno de alguns elementos essenciais para garantir a existência social e garantir o que chamamos hoje de Direitos Humanos.

## **1.2 Modelos de Estado**

O regime Monárquico perdurou até o final do século XIX, tal regime é caracterizado pela liderança de um monarca que exerce seu poder de modo hereditário e vitalício, sem qualquer consulta ao povo. Mas a sociedade necessitava de um regime de governo mais justo, ocasião em que o regime republicano passa a ser preferido pela maioria dos países. A partir desse marco histórico, é possível dividir os modelos de Estado em três: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal se instituiu no final do século XVIII, após a Revolução Francesa de 1789, possuiu como característica a não intervenção do Estado na economia, adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu, vigência do princípio da igualdade formal, supremacia da Constituição como norma para restringir o poder exercido pelo governo e garantia de direitos individuais fundamentais.

Constitui o primeiro regime jurídico-político da sociedade que consolidava as novas relações sociais e econômicas, pondo de um lado os burgueses ou capitalistas em ascensão e do outro os monarcas e a nobreza, os senhores feudais que a essa altura estavam em estado de

---

<sup>22</sup> Ibid.

decadência. A classe burguesa emergente possuía o poder econômico, ao passo que o poder político permanecia perante o domínio da realeza e da nobreza<sup>23</sup>.

Conforme La Bradbury<sup>24</sup> outra característica marcante do Estado Liberal é a defesa do princípio da igualdade, mas não se pode deixar de dizer que era uma igualdade formal, da qual se procurava a submissão de todos em face da lei, todas as classes seriam tratadas de forma igualitária.

Segundo La Bradbury<sup>25</sup> pode se perceber que o princípio da não intervenção do Estado na economia, defendido pelo Estado Liberal, foi uma estratégia da burguesia para evitar que os antigos monarcas e senhores feudais intervissem nas estruturas econômicas da época, a liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro.

No Estado Liberal emergem os chamados “direitos de primeira geração”, que sucedem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se desta maneira no plano do ser, de conteúdo político e civil, que exigem do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, propriedade, liberdade, vida e segurança, chamados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos<sup>26</sup>.

Esse padrão de excessiva liberalidade deflagrou um sistema ainda mais opressor e desigual, pois agravou a situação já degradante da classe trabalhadora, servindo apenas para expandir o capitalismo.

Com a Revolução Industrial se acentuou a falta de compromisso com aspecto social dos trabalhadores que continuavam em condições desumanas de trabalho, culminando com a Revolução Russa de 1917, o que fez os trabalhadores a se organizarem para resistir à exploração, movimento que tomou força e possibilitou a ruptura com o Estado Liberal<sup>27</sup>.

Para evitar a expansão dos ideais pregados pela Revolução Russa a burguesia adotou mecanismos para afastar os trabalhadores dos ideais revolucionários, surgindo dessa forma o Estado Social.

O Estado Social surge com as seguintes características: interferência do Estado na economia, o emprego do princípio da igualdade material e a realização da justiça social. A

---

<sup>23</sup> LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. **Estados Liberal, Social e Democrático de Direito: noções, afinidades e fundamentos.** Disponível em: <jus.com.br/artigos/9241>. Acesso em: 6 nov. 2014.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

burguesia passa a ser a detentora do poder político, defendendo o intervencionismo Estatal no campo econômico e social, preocupa-se com o aspecto social das classes menos favorecidas, proporcionando a elas melhor qualidade de vida, tudo isso com o intuito de conter o avanço<sup>28</sup>.

Segundo La Bradbury<sup>29</sup> considera-se no Estado social a igualdade material ou substancial onde há a necessidade tratar desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Surge neste contexto os direitos de segunda geração, que possuem conteúdo econômico e social, que buscam melhorar as condições de vida e trabalho da população, assegurando o direito ao trabalho, à moradia, à saúde, ao lazer e à educação. Desta maneira, surgiu no Estado Social a ideia do “ter para ser”, pela qual deve se ter o mínimo para o indivíduo possa ser considerado um cidadão de direitos.

O Estado Liberal se funda em um elemento puramente formal e abstrato, na maioria das leis, na qual não possui base concreta material que se realize na vida concreta. No Estado Social não houve êxito ao tentar garantir a justiça social e nem a participação efetiva e democrática do povo no processo político. Na tentativa de corrigir as falhas encontradas no Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito<sup>30</sup>.

Com fundamento nos princípios da democracia e dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito nasce como uma forma de evitar a propagação de regimes totalitários que feriam as garantias individuais, projetando a efetiva participação do povo nas decisões políticas. De acordo com Soares<sup>31</sup> no Estado Democrático de Direito surgem os direitos difusos e coletivos, ou seja, os direitos de terceira geração, que se enquadram no plano do respeito, de conteúdo fraternal, compreendendo os direitos essencial ou naturalmente coletivos, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos, a moralidade administrativa, dentre outros.

A adoção ao modelo de Estado Democrático de Direito pelo Brasil está prevista na Constituição Federal (1988) desde o preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> SOARES, Marcelo da Costa. **O Estado Democrático de Direito e seu papel no desenvolvimento econômico social**. Disponível em: <<http://www.unimar.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

<sup>31</sup> Ibid.

pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O Estado Democrático de Direitos baseia-se no respeito à pluralidade de ideais e propicia o debate e a disputa de poder para além da proteção à dignidade da pessoa humana e consequente defesa dos Direitos Humanos.

Tais Direitos Humanos são conquistas do ser humano na luta por melhores condições de vida em sociedade. A história de luta por tais direitos vem desde a Antiguidade. Para conceituar Direitos Humanos, Garcia e Lazari<sup>32</sup> dissertam:

Direitos humanos são aqueles inerentes ao homem enquanto condição para sua dignidade que usualmente são descritos em documentos interacionais para que sejam mais seguramente garantidos. A conquista de direitos da pessoa humana é, na verdade, uma busca da dignidade da pessoa humana.

Assim, a Constituição Federal brasileira (1988) constituiu o Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, para ser o garantidor de tais direitos, o que se percebe notoriamente quando se coloca a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

A adoção de forma democrática de Estado aparece como fundamento dos direitos humanos por ser um pressuposto para que eles possam ser adequadamente exercidos. Em outras palavras, fora de um Estado democrático, não há possibilidade de exercício pleno de nenhuma das dimensões de direito: a liberdade fica tolhida pela censura, os direitos políticos pelo impedimento da participação popular, os direitos econômicos, sociais e culturais pela manipulação de recursos ao que é conveniente ao governo antidemocrático e não ao interesse coletivo, os direitos de solidariedade pela impossibilidade de criação de consciência coletiva sem o exercício e a efetivação dos direitos individuais<sup>33</sup>.

A Constituição Federal Brasileira garante o Estado Democrático de Direito e ainda a dignidade humana, numa sociedade mais justa e solidária, prevalecendo os Direitos Humanos, como o direito à vida privada, à imagem das pessoas, à intimidade, à igualdade, à honra, assim como o direito à segurança, à propriedade, e também os direitos sociais como trabalho, moradia, educação, saúde, dentre outros<sup>34</sup>. Dentre a existência de vários direitos humanos, surge junto diversas confrontações diante de cada um, mas neste trabalho se concentrará no acesso do homem ao direito à segurança e à justiça.

---

<sup>32</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. São Paulo: Juspodivm, 2014, p. 33.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 78-79.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

## 2 SEGURANÇA PÚBLICA, PODER DE POLÍCIA E DIREITOS HUMANOS

A segurança está ligada ao bem-estar social, sendo uma necessidade inerente à natureza humana, portanto trata-se da necessidade do ser humano de se sentir seguro sempre dentro da sociedade. A segurança passou a existir numa relação essencial com a sociedade, pois a partir do momento em que os indivíduos eram incapazes de cuidar de si mesmos houve a necessidade de se juntar em sociedade e obter proteção estatal num todo, construindo um espaço público seguro, a ser garantido pela segurança pública.

Assim, pode-se conceituar segurança pública como aquela que deve ser garantida pelo Estado aos que convivem em sociedade, de modo a evitar que seus direitos humanos fundamentais sejam violados<sup>35</sup>.

Neste sentido, segurança pública pressupõe que os cidadãos de uma mesma sociedade possam conviver em harmonia, onde cada indivíduo respeita os direitos individuais do outro. O garantidor da segurança pública é o Estado, é ele que possui o poder-dever de evitar as alterações da ordem social, protegendo a integridade física das pessoas e seus bens da criminalidade e da violência.

A respeito da segurança pública a Constituição Federal (1988) traz em seu texto que esta não é só dever estatal, mas sim uma responsabilidade de todos, ressaltando os órgãos garantidores da segurança pública:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A responsabilidade de todos, contida no texto constitucional o artigo 144, diz respeito à cooperação dos cidadãos no aporte à segurança pública, denunciando os delitos de que tenham conhecimento, discutindo as melhores soluções a criminalidade e a prevenção da violência, atuando em conjunto com órgãos de proteção da segurança pública.

O direito à segurança, como direito humano fundamental foi ganhando novos traços no decorrer do tempo, antes era obtido apenas na esfera individual, depois com o surgimento da primeira geração de direitos humanos, também chamados de direitos da liberdade, tal direito foi inserido. Nos dias atuais o direito à segurança se insere na terceira geração de

---

<sup>35</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de... Op. Cit.

direitos humanos, os direitos da fraternidade, que consagram o princípio da solidariedade e visam a proteção de direitos difusos e coletivos, e por isso transcendem a esfera do indivíduo, entre os quais está o direito à paz, pois a segurança pública nada mais é que a busca pela paz dentro do convívio em sociedade<sup>36</sup>.

Na Constituição Federal (1988), o direito à segurança está positivado como um direito social em seu artigo 6º: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em seu artigo 22, também traz em seu texto a proteção à Segurança:

Artigo 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Apesar do dispositivo da Declaração Universal dos Direitos Humanos trazer em seu texto a terminologia segurança social, trata-se de segurança pública. Assim, a segurança pública compõe do rol dos Direitos Humanos e, depois, é um direito fundamental inscrito no texto constitucional que deve ser garantido por meio de políticas próprias e também pela adequação dos organismos policiais que a própria Constituição especifica<sup>37</sup>.

Conforme menciona o artigo 144, inciso I ao V da Constituição Federal (1988) são órgãos de proteção da segurança pública: a Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis e Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. As designações e atribuições desses órgãos estatais estão elencadas na própria Constituição Federal.

A proteção da polícia para com o cidadão é preceito constitucional, a respeito temos o texto de Balestreri<sup>38</sup>:

Zelar, pois, diligentemente, pela segurança pública, pelo direito do cidadão de ir e vir, de não ser molestado, de não ser saqueado, de ter respeitada sua integridade física e moral, é dever da polícia, um compromisso com o rol mais básico dos direitos humanos que devem ser garantidos à imensa maioria de cidadãos honestos e trabalhadores.

A polícia é instituição a serviço da sociedade, é o órgão de garantia da Segurança Pública, que deve ser respeitada e valorizada, mas o cenário brasileiro atual, de violência e do

---

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> BALESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia**. Passo Fundo-RS: CAPEC, Paster Editora, 1998, p. 9.

aumento desmedido do crime, demonstra que a polícia e as instituições públicas precisam resgatar a consciência da importância de seu papel social.

Ressalta-se que o poder de polícia exercido pelo Estado dedica-se a garantir o convívio da coletividade, impedindo, por meio de ordens, proibições e apreensões, a prática de atividades prejudiciais à coletividade. Para Carvalho Filho<sup>39</sup>, pode-se “conceituar o poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”. Logo, o conceito é amplo e vai além do exercício das funções das polícias previstas no artigo 144, CF.

Na legislação brasileira, no art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966) se tem o conceito de Poder de Polícia:

Considera poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Assim, as funções do Poder de Polícia são exercidas por órgãos do Estado que tem a atribuição de estabelecer restrições e limites ao particular, observado o interesse da coletividade.

O poder de polícia possui dois sentidos, um sentido amplo e um sentido estrito, para que haja uma administração de forma mais enérgica dos conflitos da sociedade. No primeiro o poder de polícia representa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Em sentido estrito, o poder de polícia se apresenta como atividade administrativa, que consolida como legítima prerrogativa atribuída aos agentes da Administração, firme no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade<sup>40</sup>.

No exercício da atividade de polícia, pode a Administração editar atos normativos, restringir atos por meio de portarias, regulamentos, decretos, instruções, resoluções e outros. Outra forma de exercício é criação de atos concretos, destinados a pessoas determinadas, como por exemplo, autorizações, multas e licenças<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid.

O Estado dispõe de mecanismos para exercer o Poder de Polícia e impor restrições aos indivíduos, ou seja, agentes fiscalizadores da conduta dos indivíduos. Tal fiscalização possui aspecto preventivo, que procura impedir um dano social, e um aspecto repressivo, por meio do qual se agente administrativo se deparar com uma conduta ilegal, será aplicado ao administrado uma sanção<sup>42</sup>.

Dessa forma, o poder de polícia é o modo de atuar da Administração Pública por meio de ações preventivas e repressivas para evitar que danos que causados pelo indivíduo, afete o interesse coletivo, ou seja, impedindo que o interesse particular se sobreponha ao interesse público. Assim, é o Poder de Polícia que fundamenta a atuação do Poder das Polícias, órgãos de proteção da Segurança Pública.

Sobretudo, o poder de polícia sofre limitações, não sendo um poder absoluto, pois não pode colocar em risco os direitos humanos, mas caso isso ocorra se configurará abuso de poder. Afinal, a administração pública é a responsável pela garantia de ordem pública, e para que isso ocorra de forma satisfatória deve se ater aos direitos humanos, pois quanto mais afastada desses princípios, mais próximo estará de exercer o abuso de poder.

Diante da expressão ao abuso de poder, se faz necessário mencionar um dos ensinamentos de Meirelles<sup>43</sup> acerca do assunto:

O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do Poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as suas exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrativa, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado, constituem formas de uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram.

Dessa forma, o abuso de poder corresponde a um desvio de conduta, à inobservância, por parte do agente público, de seu poder-dever de agir em de acordo com a lei.

Existem três formas de se ver configurado o abuso de poder: a primeira por excesso, ou seja, quando a autoridade competente atua além do permitido na lei. A segunda é por desvio de finalidade que ocorre quando o ato é praticado por motivos ou com fins diversos dos previstos na lei. E ainda por omissão, ou seja, injustificadamente a Administração permanece inerte, deixado de fazer o que lhe compete. O abuso de poder pode gerar sanções administrativas, cíveis, criminais e políticas.

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 112.

Ao falar de abuso de poder, deve-se falar também de polícia e seu exercício, pois são frequentes os casos em que atos de violência parte tal órgão garantidor da segurança pública.

A violência policial é geradora de mais violência da qual, mui comumente, o próprio policial torna-se a vítima. Ao policial, portanto, não cabe ser cruel com os cruéis, vingativo contra os antissociais, hediondo com os hediondos. Apenas estaria com isso, liberando, licenciando a sociedade para fazer o mesmo, à partir de seu patamar de visibilidade moral. Não se ensina a respeitar desrespeitando, não se pode educar para preservar a vida matando, não importa quem seja. O policial jamais pode esquecer que também o observa o inconsciente coletivo<sup>44</sup>.

Dessa forma, o poder da Administração Pública possui a lei como limite de suas atividades, o Estado não responde pelos atos legítimos, mesmo que repressivos praticados para a preservação ou restabelecimento da ordem, mas pelos abusos dos que excedem os limites da lei e desrespeitam a dignidade e ferem os direitos humanos do administrado.

### **3 DA AUTOTUTELA PERMITIDA À JUSTIÇA PELAS PRÓPRIAS MÃOS CONTRA A LEI**

A autotutela permitida pelo ordenamento jurídico é utilizada como medida excepcional, ou seja, somente quando a lei a permita, sendo medida emergencial, quando não é possível de imediato a tutela Estatal, pois visa resguardar um direito do perecimento, grave dano ou de difícil reparação.

Dessa forma, são elementos da autotutela: a previsão legal, portanto somente pode ser exercida quando permitido por lei; a proibição de abuso do direito, pois não se pode conceber o exercício de um direito que viole o direito de outrem; a excepcionalidade do uso da autotutela, sendo permitida apenas em casos específicos determinados pela lei; a emergencialidade da autotutela, pois busca acautelar ameaça ao direito; e a garantia de direito superior ou equivalente<sup>45</sup>. Portanto, a autotutela não é crime, se esta estiver sendo usada nos limites da lei para resguardar um direito superior ou igual, ou para a proteção de outro direito.

A justiça pelas próprias mãos ao contrário da autotutela, não é permitida pelo ordenamento jurídico, pois consiste em um ato de violência para com um indivíduos acusados de cometer crime, ocorrendo um julgamento imediato na rua, sem que haja investigação, julgamento pelo Judiciário, direito a defesa e apresentação de provas. É um ato contra as instituições democráticas, um ato de barbárie que deixa de observar os Direitos Humanos.

---

<sup>44</sup> BALESTRERI, Ricardo Brisola... Op. Cit., p. 9-10.

<sup>45</sup> MENDES, Márcio Alves Pinheiro. **A autotutela como meio legal de defesa de direitos**. Disponível em: <<http://investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/processocivil>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

A atribuição ao Estado de, em caráter exclusivo, promover a solução dos conflitos de interesses, pela aplicação da lei ao caso concreto, tornou ilícita, conforme previsto no artigo 345 do Código Penal: “Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”. Dessa forma lei põe a salvo exceções, existindo alguns institutos que admitem a autotutela, ou seja, a defesa de um direito pelo próprio interessado.

O exercício da legítima defesa da propriedade previsto no artigo 1210, §1º, do Código Civil (2002) diz que “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. Tal ato legislativo consiste em legitimar o possuidor para que se utilize da autotutela para sanar a moléstia à posse, sendo legítimo se exercido imediatamente a agressão sofrida e de maneira proporcional. Outra forma de autotutela também prevista o Código Civil (2002) no artigo 1219, é o direito de retenção, que consiste na possibilidade do possuidor de boa-fé de reter o bem até que lhe seja ressarcidas as benfeitorias necessárias e voluptuárias.

O Código de Processo Penal no artigo 301 diz que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, tratando-se de forma de autotutela pois independe da atuação do Judiciário.

Existem outras medidas de autotutela presentes o ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, o direito de greve, a legítima defesa, estado de necessidade, dentre outras, mas todas as medidas que forem adotadas para se tornarem lícitas devem ser de forma proporcional e razoável.

Dessa forma, se houver extrapolação e exagero será configurado justiça pelas próprias mãos, crime tipificado pelo Código Penal brasileiro e trata-se do exercício arbitrário das próprias razões quando cometido por particular e abuso de poder quando cometido por autoridade pública. Para tanto, aquele que tem o direito violado deve recorrer ao Estado para que ele exerça jurisdição.

Casos de autotutela ilícita estão se ampliando no cenário brasileiro, incidindo na prática criminosa de se fazer justiça pelas próprias. A insuficiência estatal em garantir segurança e diminuir a criminalidade faz com que a população procure meios efetivos para solucionar tais problemas, o faz de forma equivocada cometendo outro crime, a melhor forma seria a ampliação da participação social, ou seja, a atuação conjunta entre o Estado e a sociedade civil.

Afinal, prioritariamente foi incumbida ao Estado a função de reprimir as condutas indesejáveis, aplicando ao infrator as penas previstas em lei, surgindo então o direito de punir. Este direito somente pode ser realizado por um órgão estatal, na medida em que, a aplicação de pena é proibida à entes privados. Destarte, somente pode aplicar a sanção penal um órgão componente do Poder Judicial que seja dotado de poder jurisdicional.

Colocando-se a noção de acesso à justiça Garcia e Lazari<sup>46</sup> apontam:

De um lado, deve criar-se o Poder Judiciário e se disponibilizar meios para que todas as pessoas possam buscá-lo; dentre outro lado, não basta garantir meios de acesso se estes forem insuficientes, já que para que exista o verdadeiro acesso à justiça é necessário que se aplique o direito material de maneira justa e célere.

Para que o acesso à justiça aconteça de forma efetiva é necessária a aplicação do Direito, para promover a sua finalidade, ou seja, o que é justo, além do aprimoramento dos procedimentos judiciais, que ocorra de forma tempestiva, ou seja, que a decisão final do processo ocorra em tempo razoável. Com efeito, a prática de se fazer justiça pelas próprias mãos se intensifica cada vez mais porque o acesso à justiça no Brasil não ocorre de forma efetiva diante dos olhos da sociedade.

Quando se fala num acesso insuficiente à justiça, gerando a sensação de impunidade por parte do Estado, entra-se na noção de insuficiência estatal. O tema segurança pública tornou-se de relevante discussão, não pela sua efetividade, mas sim pela falta dela. O Estado se mostra ineficiente a garantia de tal preceito constitucional. A insegurança se apresenta de diversas formas: pela falta de acesso ao sistema de saúde e educacional, pelo alto índice de desemprego, miséria, desigualdade social, corrupção, descrédito no governo e muitos outros fatores. Tal insuficiência estatal impulsiona a onda de criminalidade e violência.

Crime é a prática de atos típicos e antijurídicos definidos na normatização positivada. A violência é o ato de usar da força bruta, é a prática de atos que chocam, magoam e frustram os princípios morais necessários à dignificação dos valores individuais e sociais dos seres humanos e, eventualmente, pode não se constituir como crime<sup>47</sup>.

Assim, nota-se que a violência fomenta a criminalidade. Situações como o crime e a violência existem desde sempre, mas alcançaram atualmente níveis alarmantes, e uma das diversas causas para tal é a ineficiência Estatal que deixa de respeitar e garantir os Direitos Humanos.

---

<sup>46</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de... Op. Cit., p. 223.

<sup>47</sup> BAPTISTA, Carlos Alberto. **Crescimento da criminalidade e a atuação estatal**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 126-127.

Apesar das causas do crescimento da violência estarem associadas de certa forma, a problemas sociais como desemprego, miséria e fome, nem todos os tipos de criminalidade originam-se de tais condições econômicas. Surge em grande escala a partir do momento que Estado é ineficiente e não possui programas de políticas públicas de segurança eficientes, o que contribui para aumentar a sensação de injustiça e impunidade na sociedade se tornando a principal causa da violência.

No Brasil não há uma política de segurança pública consistente, seja em termos administrativos e de investimentos, seja em termos de retribuição dos serviços prestados pelos servidores da segurança, o que acarreta a sensação de impunidade na sociedade. A esse respeito Mota<sup>48</sup> afirma que:

A insuficiência estatal salta ao olhos e aparece em todos os níveis de poder. No Legislativo, manifesta-se com a produção de leis penais brandas e excessivas garantias processuais, manejadas em favor de bandidos em processos judiciais. No Judiciário, criminosos se beneficiam, algumas vezes, com o manejo de inúmeros recursos que eternizam os processos sem solucionar os casos, assim como, não raras vezes, com entendimentos jurídicos benevolentes.

A criminalidade e a violência no Brasil estão longe de ser um problema fácil a ser resolvido, pois o excesso de impunidade cada vez aumenta, temos um sistema falho, em que a própria sociedade não acredita na eficiência Estatal de garantir segurança pública. Desta forma, a impunidade e a desfaçatez passaram a ser regra no convívio social no Brasil, já justiça passou a ser sinônimo de descrédito e ineficiência, poucos são os que acreditam na punibilidade efetiva.

Com relação à ineficiência Estatal, Schwartzman<sup>49</sup> acrescenta:

Não há dúvida que, enquanto um pequeno roubo render mais do que o salário mínimo ganho no trabalho duro de um mês, quando se consegue emprego, medidas meramente repressivas têm poucas chances de funcionar. A experiência mundial mostra que o aumento da repressão, das penas legais e do poder da polícia podem pouco contra a violência que é gerada por situações de iniquidade social tão calamitosas.

A respeito do conceito de impunidade, temos as palavras de Carvalho Filho (2004, p. 184): “impunidade significa falta de castigo. Do ponto de vista estritamente jurídico, impunidade é a não aplicação de determinada pena criminal a determinado caso concreto”.

---

<sup>48</sup> MOTA, Emerson Silveira. **Justiça com as próprias mãos**. Disponível em: <<http://mazelasdojudiciario.blogspot.com.br>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

<sup>49</sup> SCHWARTZMAN, Simonº Da violência de nossos dias. **Revista de Ciências Sociais**, v. 23, 3, 1980, p. 365.

Em um Estado democrático, a polícia têm um papel crucial no controle da criminalidade, porém, tal repressão também é responsabilidade da sociedade civil. Considerando a fraqueza da legislação penal, a corrupção política e de servidores públicos, a falta de estrutura de segurança e o descaso dos governos com as políticas públicas de defesa e segurança, além dos valores distorcidos da sociedade, muitas das vezes a opção de se opor à violência e ao crime é do cidadão, que o faz pela justiça pelas próprias mãos.

#### **4 OS JUSTICEIROS E A PRÁTICA DO CRIME DE JUSTIÇA PELAS PRÓPRIAS MÃOS: RESPOSTAS DOS DIREITOS HUMANOS**

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, como já mencionado, o que significa dizer, que é apenas o Estado o detentor do Poder de Punir, ou seja, apenas ele pode julgar, condenar e prender alguém pela prática de crime, não deixando de observar os preceitos constitucionais e os Direitos Humanos. No entanto diante insuficiência Estatal, da falta de credibilidade nas instituições Estatais, diante da justiça falha, grupos se utilizam da justiça pelas próprias mãos para garantir que seja feita “justiça”. Tais grupos são denominados de justiceiros.

Segundo o Dicionário de Língua Portuguesa quer dizer “amante da justiça, rigoroso a aplicação da lei, imparcial, inflexível”<sup>50</sup>, mas na ótica de Estado Democrático de Direito, pela qual cabe a ele punir, a palavra justiceiros toma um sentido diverso, passa a ser atribuído aquele que faz justiça pelas próprias mãos, violando as normas vigentes, para fazer supostamente o que diz ser justiça.

Por exemplo, as milícias são organizações paramilitares compostas por cidadãos comuns ou policiais armados que se unem para combater o crime paralelamente às instituições oficiais, mas tais grupos se impõem à comunidade mediante violência, coação e grave ameaça, ignorando o monopólio estatal, com intuito de explorar as pessoas<sup>51</sup>.

Outro grupo intitulado de justiceiros são os grupos de extermínios, que se reúnem e praticam matança generalizada de pessoas, supostamente marginais, os quais quase sempre surgem quando há omissão por parte do Estado<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: O minidicionário da Língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

<sup>51</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Constituição de Milícia Privada**. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121935991/constituicao-de-milicia-privada>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

<sup>52</sup> Ibid.

Também os traficantes que fazem justiça pelas próprias mãos, julgam membros das facções por traição, moradores acusados de crimes ou qualquer um que desafie seu poder, ou seja, o chefe do tráfico dita as regras a serem seguidas, os que não cumprirem estão sujeitos ao Tribunal do Tráfico<sup>53</sup>.

Em várias regiões do país, pessoas são pagas para fazer a segurança de grandes propriedades terra, aceitando dinheiro para matar e cometer crimes, são os chamados jagunços, pistoleiros ou capangas<sup>54</sup>.

Até mesmo pessoas comuns vestidas de heróis dos quadrinhos, arriscam a própria vida e das vítimas em situações de salvamento, são os falsos heróis<sup>55</sup>.

Ainda, destacam-se os chamados *black blocs*, termo que foi utilizado pela primeira vez na Alemanha, como forma da polícia identificar grupos de esquerda que lutavam contra a repressão policial. No Brasil, os *black blocs* ganharam notoriedade durante os protestos de 2013, são grupos de jovens com roupas pretas e com máscaras para dificultar a identificação pelas autoridade e unificar os grupos, que promovem episódios de vandalismo e violência. A *Internet* teve papel crucial na formação de tais grupos, pois permite que os grupos se comuniquem rapidamente e organizem atos e ainda postem fotos e vídeos das ações para captar cada vez mais adeptos<sup>56</sup>.

Entre as condutas empregados por tais grupos, estão a destruição de propriedades de empresas que apoiam o governo que eles protestam, geralmente os maiores alvos são a sedes de bancos, por sua relação com o capitalismo, pois a essência do movimento é anticapitalista. Possui como tática a não unificação do grupo, havendo em um mesmo protesto vários grupos de *black blocs*, mas todos com o mesmo preceito. Outra característica dos *black blocs* é o caráter anarquista, não possuem representante para falar com o governo, por exemplo<sup>57</sup>.

O surgimento dos *black blocs* no Brasil é mais um indicativo da crescente insatisfação da sociedade com o governo, é mais uma onda de violência no seio social que assusta e também levanta o debate público para os atos de justiça pelas próprias mãos.

Em 2012 foi inserido pela Lei nº 12.720 no Código Penal o artigo 288-A, com a seguinte redação:

---

<sup>53</sup> D'AGOSTINO, Rosanne. **Dias de Intolerância**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/dias-de-intolerancia/platb/#origem>>. Acesso em: 25 maio 2015.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> MONTEIRO, Paulo César. **Black Bloc**: “Fazemos o que os outros não têm coragem de fazer”. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2013/08/black-bloc-fazemos-o-que-os-outros-nao-tem-coragem-de-fazer/>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

<sup>57</sup> Ibid.

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código:  
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

Dessa forma, tipificou-se as ações dos desses grupos denominados justiceiros, com intuito de tutelar a paz pública, o que de certa forma não surtiu nenhum efeito, pois diversos são os relatos após a criação da tipificação Penal de ações desses grupos e demonstrações de justiça pelas próprias mãos.

Diante da prática de justiça pelas próprias mãos o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT tomou a seguinte decisão:

PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. VINDITA PRIVADA. ALTA CENSURABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA CORRETAMENTE FUNDAMENTADA.

1. Condenado por tentativa de homicídio, falece razão ao réu ao pleitear a redução da pena, alegando falta de motivação da sentença, quando, na verdade, as circunstâncias judiciais, em sua maioria, são desfavoráveis ao apelante.
2. Embora tecnicamente primário, a censurabilidade da conduta do réu é elevada, porque procurou realizar justiça com as próprias mãos ao desferir tiros na vítima, a título de vingança de um parente.
3. Os antecedentes penais do apelante, que ostenta, inclusive, condenação por roubo após o cometimento do crime retrocitado, indicam ter ele personalidade comprometida com a prática de crimes, razão por que a fixação da pena base em seu patamar mínimo não é recomendável.
4. Tendo o MM. Juiz fundamentado corretamente a dosimetria da pena, não merece provimento recurso que objetiva sua redução<sup>58</sup>.

O tribunal decidiu pelo não provimento do recurso que pleiteava a redução da pena no crime de tentativa de homicídio, sob o fundamento que embora tecnicamente primário, sua conduta ocorreu de forma mais grave, pois procurou fazer justiça pelas próprias mãos.

A prática de fazer justiça pelas próprias mãos tomou conta dos noticiários brasileiros, diversos são os casos de barbárie mostrados pela mídia.

No dia 31 de Janeiro de 2014, no Rio de Janeiro, um adolescente de 15 anos foi encontrado preso pelo pescoço em um poste por uma tranca de bicicleta, nu e com marcas de agressões, parte da orelha foi decepada. Os responsáveis pelo crime foi um grupo de mais de 30 jovens, chamados de “justiceiros do Flamengo”. O Adolescente havia praticado furtos e semanas depois do ocorrido o adolescente for apreendido por policiais militares em uma tentativa de assalto.

---

<sup>58</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT. 1ª Turma Criminal. Acórdão nº 141427, 20000750012367APR. Relator: Mário-Zam Belmiro. Brasília, 08 de fevereiro de 2001.

Outro caso de repercussão nacional aconteceu em Guarujá – São Paulo, que ocorreu depois de serem postados em uma página da *Internet* boatos que uma mulher havia sequestrado crianças para rituais de magia negra. Moradores resolveram fazer Justiça com as próprias mãos, mesmo sem ter certeza se as informações sobre o sumiço das crianças eram verdadeiras, lincharam uma mulher de 33 anos por ela se encaixar com as características divulgadas, a qual morreu em consequência de ferimentos que sofreu. A mulher era inocente.

Poucos dias depois do caso relatado, um estudante de Direito voltava para casa, quando foi violentamente agredido. Três homens o atacaram com tacos de sinuca e porretes. O estudante disse aos agressores que era inocente, mas estes alegaram que ele era o único a rua após o assalto de uma casa. Moradores escutaram os gritos e chamaram a polícia, após verem os livros espalhados pelo chão, os agressores perceberam que a vítima poderia ser inocente.

Outro caso de relevância neste trabalho aconteceu na cidade de Paracatu-MG, no dia 16 de novembro de 2013, um jovem de 19 anos invade uma Igreja e dispara onze tiros contra um homem de 33 anos, que morreu no local. Perguntado o motivo que levou a cometer o crime, ele disse:

Há aproximadamente 10 anos atrás, a vítima e outros criminosos praticaram um assalto na minha casa, amarraram toda minha família, ameaçou de morte, bateram muito na minha mãe e no meu pai, além de me passarem a mão e em meu irmão mais novo. Eu sempre guardei essa mágoa. Há vítima trabalhava em uma igreja e fazia palestra e a há 8 meses atrás ele fez uma palestra e deu azar que foi na sala do meu irmão, onde ele citou o assalto cometido na minha casa. Meu irmão traumatizado ligou para minha mãe buscá-lo na escola, chegando à escola a vítima ameaçou a minha mãe, que fez boletim de ocorrência, foi o dia que o vi novamente. A mágoa ressurgiu, na verdade ela sempre existiu.

Antes de praticar o crime, o autor estava em uma festa com os outros dois corréus, onde fez uso de bebida alcoólica para ter coragem de cometer o crime já planejado. O autor do crime fugiu do local, foi reconhecido nas imagens da câmera de segurança, foi localizado na sua residência e preso em flagrante, logo foi determinada prisão preventiva para resguardar a ordem pública. No dia 1º de agosto o réu foi pronunciado, o julgamento no Tribunal do Júri ocorreu no dia 12 de março de 2015. Neste contexto, no dia 12 de março de 2015 o autor e coautores do crime que matou um homem no interior da Igreja, foram a julgamento pelo Tribunal do Júri. Os réus foram absolvidos e o Ministério Público apelou da decisão. Neste caso percebe na decisão do júri pela absolvição dos réus, que parcela da sociedade pactua com tais atos, ou seja, estão de acordo que se deve punir uma violência com mais violência.

Os casos mencionados são apenas alguns dos diversos casos que acontecem todos os dias, pois a prática de se fazer justiça pelas próprias mãos se intensifica cada vez mais. Cabe ressaltar que em dois dos três casos inocentes foram confundidos com bandidos e covardemente agredidos com a desculpa de se estar fazendo justiça.

Diante do fato do Brasil possuir como modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito, o ato de fazer justiça com as próprias mãos, fere todos os direitos inerentes ao homem, ou seja, se torna em vão a luta pela dignidade da pessoa humana. “A dignidade da pessoa humana é o valor-base de interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que possa se considerar compatível com os valores éticos, notadamente da moral, da justiça e da democracia”<sup>59</sup>.

Dessa forma, a pessoa humana está no centro da hermenêutica jurídica, seja na aplicação ou na elaboração da norma, para que possa viver em sociedade forma pacífica, sendo o Estado o garantidor da aplicação dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos foram efetivados a logo da história pela luta do homem para viver uma sociedade cada vez melhor, e cada momento da história surge um bem jurídico que carece de proteção, constituindo dimensões de direitos humanos.

A primeira dimensão põe a salvo os direitos civis e políticos, que tendem a limitar o poder estatal e reservar parcela dele para o indivíduo, ou seja, liberdade da pessoa em relação ao Estado. Para Garcia e Lazari<sup>60</sup> “quando se fala em liberdade enquanto fundamento de direitos humanos não cabe se prender ao direito à liberdade em si, mas a todos direitos individuais que dependem da abstenção estatal para o completo exercício”. Dessa forma, fazem parte da primeira dimensão de direitos humanos: o direito à igualdade, direito à liberdade, direito de propriedade, direito de propriedade intelectual, direito à privacidade, direito de nacionalidade, direito da personalidade, direito de acesso à justiça, direito à segurança, direitos humanos-penais, direitos políticos e direito à vida.

A segunda dimensão dos direitos humanos tem como fundamento a igualdade, trata-se de uma igualdade universal em direitos, conforme mencionam Garcia e Lazari<sup>61</sup>: “o respeito aos direitos humanos deve ser universal, o que veda a noção de que possa existir um ser humano mais ou menos digno, que faça jus a mais ou menos direitos humanos reconhecidos”. Assim, para que sejam cumpridos os direitos de segunda dimensão deve haver a intervenção estatal. São considerados direitos de segunda dimensão: o direito à igualdade,

---

<sup>59</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de... Op. Cit., p. 74.

<sup>60</sup> Ibid., p. 92.

<sup>61</sup> Ibid., p. 94.

direito à educação, direito à saúde, direito à alimentação, ao vestuário e à moradia, direito ao lazer, direito à cultura, direito à segurança pública, direito à família, direito à proteção da maternidade e da infância, direito ao trabalho, direito à assistência e à previdência sociais.

As duas primeiras dimensões não possuem foco dos direitos da coletividade, mas aos direitos pertencentes ao indivíduo, já a terceira dimensão preocupa-se com a coletividade, tendo como fundamento a fraternidade ou solidariedade, de modo que todos devem agir para o bem comum. Os principais direitos elencados pela terceira geração são os direitos difusos e coletivos em geral (direito ambiental, direito consumidor, entre outros) e direito à paz.

Tendo em vista a vedação da prática de fazer justiça pelas próprias mãos, surge a necessidade da constatação do acesso à justiça de forma ampla para garantia dos direitos humanos e fundamentais, promovendo dessa forma um mecanismo garantidores de tais direitos promovendo a pacificação social. Neste sentido, Cappelletti e Garth<sup>62</sup> dizem que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não proclamar o direito de todos”.

Diante disso, o acesso à justiça consiste em um direito humano básico, que forma um mecanismo para reivindicar os demais direitos humanos. Mas diante da ineficiência do Estado em proporcionar o acesso à justiça de forma efetiva, prejudica a garantia dos demais direitos.

O ato de fazer justiça pelas próprias mãos, fere o princípio do devido processo legal, onde deve ser conferido ao outro o direito de contraditório e ampla defesa, considerando também a presunção de inocência que é inerente à pessoa humana.

A proibição do exercício abusivo de um direito é princípio geral do direito no Brasil e em outros países, pois não se pode conceber o exercício de um direito que viole o direito de outrem, a prática de se fazer justiça pelas próprias mãos consiste em abuso de direito.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) no artigo XXIX menciona o abuso de direito:

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. [...]

---

<sup>62</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.parispiranga.com.br/blog/file/download/732>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

Dessa forma, o exercício de Direitos humanos é limitado, quando este prejudicar os direitos e garantias do outro. Cabe ressaltar ainda que cada direito inerente a pessoa humana corresponde a um dever.

Ainda neste contexto se tem o artigo XXVIII da Declaração Americana dos Direitos do Homem: “os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático”. Portanto, um direito coletivo ou difuso sobrepõe o individual. Cabendo a pessoa no exercício de seus direitos, cumprir com seus deveres junto à sociedade. No cenário atual de inefetividade, prevalece o desrespeito e desprezo aos Direitos Humanos, resultando na violência e barbárie.

A vida é o bem mais precioso de qualquer pessoa, é o âmbito da vida humana que fundamenta os direitos da pessoa humana. Tal direito é amplo, englobando o direito de nascer e permanecer vivo, que envolve questões como eutanásia, pesquisas com células-tronco, aborto, pena de morte; quanto ao direito de viver com dignidade, engloba o respeito a integridade física, psíquica e moral, incluindo neste sentido a vedação da tortura, bem como a garantia de recursos que permitam a vida com dignidade.

Dessa forma, a prática de se fazer justiça pelas próprias mãos, suspende o bem principal de qualquer pessoa, o direito à vida, pois este o fará com o sentimento de vingança, submetendo o outro à tortura, castigos cruéis de forma desumana e degradante ou até mesmo tirando a vida do outro. A tortura não deve ser praticada em hipótese alguma, é uma ofensa tamanha à dignidade da pessoa humana, suspendendo ou excetuando as garantias que a envolvem.

Assim, a essência do Direito é proteger os valores da sociedade, assegurar o Direitos humanos, mas proibir e exigir não é o suficiente para se obter o comportamento desejado, é preciso punir, o que deve ser feito pelo Estado. Além de propiciar o acesso à justiça, cabe ao Estado inserir a sociedade no processo de realização desta justiça, democratizando-a, dizimando o sentimento de impunidade e marginalização. O regime político no Brasil é democrático, a Constituição Federal homologa meios para o exercício da democracia, mas a democracia está muito longe de se consolidar.

A consolidação da democracia do Brasil trouxe consigo, mudanças na relação entre Estado e sociedade civil. Tais mudanças estão relacionadas à entrada da sociedade no âmbito da esfera pública, com a ampliação da participação popular na definição das políticas públicas. Esta participação vai além do mero controle social; sua importância está no fato de que a participação popular se faz no momento do planejamento, elaboração e definição de prioridades. A construção coletiva de políticas públicas tenta

vencer o desafio da consolidação da participação através do planejamento participativo<sup>63</sup>.

Diante da ineficiência estatal cabe ao cidadão o dever de participar de forma efetiva e consciente das decisões políticas do estado, consolidando o conceito de democracia, garantindo o bem comum de forma a valorizar os valores éticos. Participar é um direito e um dever de todo cidadão, devendo agir, atuar, falar diante dos problemas enfrentados pela sociedade.

A democracia é uma forma de governo que implica a soberania popular, pois o Estado necessita participação do povo nas decisões e escolhas políticas. O Brasil adota a democracia representativa, ou seja, é obrigatório o voto. Tal soberania está expressa na Constituição Federal (1988), de acordo com o parágrafo único do artigo 1º: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A participação do povo nas decisões do governo acontece de forma direta por meio de instrumentos constitucionais como o sufrágio universal, plebiscito, referendo e iniciativa popular, conforme dispõe o artigo 14 da Constituição Federal (1988):

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

Entende-se por Sufrágio Universal o direito de ser votado ou elegibilidade, para que haja elegível deve-se ater as seguintes condições: o pleno exercício dos direitos políticos; a nacionalidade brasileira; o domicílio eleitoral na circunscrição; a filiação partidária; alistamento eleitoral e idade mínima de trinta e cinco anos para presidente e vice-presidente da República e Senado, trinta anos para governador e vice-governador, vinte e um anos para deputado federal, estadual ou distrital, prefeito, vice-prefeito e juiz de paz, dezoito anos para vereador<sup>64</sup>.

O Plebiscito consiste em um dos instrumentos postos à disposição do povo, que acontece de forma extraordinária e excepcional, a fim de decidir sobre questões políticas e sociais, medidas de base ou de princípios, tais como modificação das formas políticas, decisão acerca de mudanças de natureza territorial, forma de Estado ou de governo e outros. No

---

<sup>63</sup> MENEZES, Alina Célia Santos. **O desafio da participação popular na definição de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

<sup>64</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

plebiscito o povo é convocado para opinar sobre o assunto em debate anteriormente à criação do ato legislativo ou administrativo que o discuta. Quando determinadas leis anteriormente submetidas, discutidas e votadas pelo parlamento, para se torna juridicamente perfeita e obrigatória é submetida a decisão popular, trata-se de Referendo, ou seja, o cidadão vota sim ou não sobre projeto oriundo do Poder Legislativo, exercendo desta forma a soberania popular<sup>65</sup>.

Conforme destaca Lenza<sup>66</sup>, outra forma de instrumento para a Justiça participativa do povo brasileiro é a iniciativa popular, que é uma instituição pela qual os eleitores podem propor um projeto de lei ou sugestão de reforma constitucional, desde que colhidas assinaturas de um por cento do eleitorado nacional, localizado em pelo menos cinco estados brasileiros.

Ao analisar o Brasil, este realizou ao logo da sua história apenas cinco consultas populares plebiscitos ou referendos, para decidir sobre questões fundamentais para o país, e somente quatro projetos elaborados pela população foram convertidos em lei.

Dessa forma, nota-se que mesmo a legislação brasileira possuindo esses importantes instrumentos de justiça participativa do povo, pouco é utilizado pela população brasileira, ou seja, vive-se em um Estado Democrático de Direito em que a soberania popular não é exercida de forma ampla.

O Tribunal do Júri é mais um instrumento do exercício da cidadania para solidificar a magnitude da democracia na sociedade. Tal órgão permite ao cidadão que comete crime contra a vida, sejam eles homicídio doloso, infanticídio, participação em suicídio, aborto e seus crimes conexos, tanto na modalidade tentada ou consumada, de ser julgado por seus semelhantes, assim assegura a participação da sociedade nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário<sup>67</sup>.

Na Constituição Federal (1988) o Tribunal do Júri está disciplinado no artigo 5º, XXXVIII, constituindo cláusula pétrea, por inserir no rol ded e garantias individuais.

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

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

a) a plenitude de defesa;

---

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

No Tribunal, os jurados analisam os quesitos e dão o veredito se condenam ou absolvem o autor do crime, o juiz, por meio da sentença, determinará a sanção penal conforme a lei, observando circunstâncias fundamentais ou qualificadoras evidenciadas anteriormente pelos jurados. Assim, a Lei é aplicada ao caso de acordo com a vontade popular, demonstrando a vontade expressa da sociedade<sup>68</sup>. Contudo, o Tribunal do Júri não tem sido suficiente para suprir a vontade da população de interagir no processo de punição por delitos, o que incentiva a prática de justiça pelas próprias mãos.

Atualmente diante das dificuldades que enfrenta o Estado brasileiro com uma economia não consolidada, má distribuição de renda, corrupção generalizada, falta de políticas sociais eficientes, dentre outros inúmeros problemas, denota-se um impacto no processo de construção democrática, acentuado a desconfiança dos brasileiros nas instituições públicas, acarretando a fragilidade dos laços sociais, promovendo a institucionalização do individualismo.

Diante da insuficiência Estatal em garantir os Direitos Humanos, a população considera também insuficientes tais mecanismos. A sociedade começa então a busca por outros meios para satisfazer a falta do Estado, escolhendo meios ilícitos como a justiça pelas próprias mãos ao invés de procurar tornar os mecanismos de participação popular armas eficientes no combate contra a insuficiência estatal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo da história, o Estado sofreu grandes evoluções, primeiramente prevalecia dos interesses do mais forte diante do mais fraco, forma incapaz de solucionar os problemas sociais de forma digna oferecendo condições justas a todos. O homem se viu diante da necessidade de viver em sociedade e para resolver os conflitos iminentes é preciso de um terceiro imparcial que garantisse de forma absoluta a dignidade da pessoa humana.

Para isso se experimentou várias formas de Estado, até chegar ao Estado Democrático de Direito, forma adotada pelo Brasil. Em tese tal modelo permitiria que a sociedade passasse a possuir direitos e deveres igualmente, considerando essencialmente o princípio da dignidade humana como o limite da atuação do Estado, tendo como base os Direitos Humanos, construindo dessa forma um Estado mais justo e equilibrado.

---

<sup>68</sup> Ibid.

Para se alcançarem as condições de dignidade da pessoa humana para toda a sociedade, seriam necessárias profundas mudanças políticas e sociais, o que iria entrar em choque com os interesses políticos e individuais de muitos, significando dizer que é praticamente impossível alcançarem a dignidade da pessoa humana para todos.

A livre atividade do particular em uma sociedade organizada tem que se basear em determinados limites fixados pelo Poder Público, que define em leis as garantias fundamentais conferidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas, dos direitos de cada um e das prerrogativas que integra o cidadão.

Todo direito tem seu limite de utilização, pois a utilização de um direito individual não pode ferir o direito de outros indivíduos, nem o interesse coletivo. Sendo que o direito coletivo exerce superioridade em relação ao direito individual. A administração Pública tem como atividade limitar as liberdades individuais em prol da coletividade e interferir na dimensão dos direitos do indivíduo em particular.

Porém, o Estado se mostrou ineficiente em garantir os direitos humanos e a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais, fez com que os cidadãos passassem a sentir a sensação de desconfiança e insegurança diante da falta de acesso ao sistema de saúde e educacional, pelo alto índice de desemprego, miséria, desigualdade social, corrupção, descrédito no governo e muitos outros fatores. Mesmo diante da elevadíssima carga tributária imposta aos cidadãos, inexistem políticas que efetivamente promovam, principalmente, a educação, a saúde e a segurança pública, com o mínimo de estrutura e continuidade.

Diante da ineficiência em garantir políticas públicas eficientes cresce a impunidade e a vontade do cidadão de buscar uma solução para restabelecer o equilíbrio social, independente de ser uma forma ilícita, surge então a justiça privada, ou seja, a justiça pelas próprias mãos. Com enorme frequência a mídia noticia atos de justiça pelas próprias mãos, que ocorreram depois de outro ato de violência não solucionado pelo Estado.

Apesar haver órgãos responsáveis pela segurança pública, a Constituição assenta indiscriminadamente que esta é responsabilidade, direito e dever de todos. Justo, vez que, a sociedade clamando por segurança não deve abandonar esta responsabilidade nas mãos do Estado, deve, sim, cooperar para alcançar esta segurança que é o instrumento de meio e fim por qual o Estado deve se utilizar para afirmar sua soberania dentro de todo território.

As polícias são órgãos estatais, criados para garantir a segurança pública e fornecer a paz social. Mas é certo que a grave crise na segurança pública em que vivemos atualmente

não é responsabilidade somente do Estado, mas de todo cidadão, pois todos nós somos atingidos pelo que decidirá nossa vida social.

A solução para a questão da violência no Brasil envolve os mais diversos setores da sociedade, não só a segurança pública e um Judiciário eficiente, mas também demanda com urgência, profundidade e extensão a melhoria do sistema educacional, saúde, habitacional, oportunidades de emprego, dentre outros fatores. Requer principalmente uma grande mudança nas políticas públicas e uma participação maior da sociedade nas discussões e soluções desse problema de abrangência nacional.

A participação da sociedade, de forma lícita é de suma importância para solucionar o problema, pois são os principais interessados. Afinal, as pessoas praticam justiça pelas próprias mãos porque querem ter maior poder na realização de justiça e tomada de decisões políticas, sendo então necessário ampliar essa participação. É necessário estabelecer mecanismos eficientes de aproximação entre Estado e Sociedade.

Dessa forma, deve-se perceber que a justiça com as próprias mãos não resolve e nunca resolverá, toda pessoa deve ter resguardados seus direitos, cabe ao Estado julgar tais atos, não podemos voltar à época da barbárie, onde o que prevalece é a Lei do mais forte, retornando ao estado de incivilização, de modo que todo luta do homem por direitos mais igualitários acabaria sendo em vão.

## **REFERÊNCIAS**

BALESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia**. Passo Fundo-RS: CAPEC, Paster Editora, 1998.

BAPTISTA, Carlos Alberto. **Crescimento da criminalidade e a atuação estatal**. Curitiba: Juruá, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Constituição de Milícia Privada**. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121935991/constituicao-de-milicia-privada>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.parispiranga.com.br/blog/file/download/732>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Dias de Intolerância**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/dias-de-intolerancia/platb/#origem>>. Acesso em: 25 maio 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. 1ª Turma Criminal. **Acórdão nº 141427, 20000750012367APR**. Relator: Mário-Zam Belmiro. Brasília, 08 de fevereiro de 2001.

FERNANDES, Rafael. **A Lei de Talião: conceito e origem**. Disponível em: <<http://rafaelfernandesonline.wordpress.com/2012/05/09/a-lei-de-taliao-conceito-e-origem/#comments>>. Acesso em: 28 set. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: O minidicionário da Língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. São Paulo: Juspodivm, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. **Estados Liberal, Social e Democrático de Direito: noções, afinidades e fundamentos**. Disponível em: <[jus.com.br/artigos/9241](http://jus.com.br/artigos/9241)>. Acesso em: 6 nov. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOCKE, Johnº **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1974.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Márcio Alves Pinheiro. **A autotutela como meio legal de defesa de direitos**. Disponível em: <<http://investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/processocivil>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

MENEZES, Alina Célia Santos. **O desafio da participação popular na definição de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

MONTEIRO, Paulo César. **Black Bloc**: “Fazemos o que os outros não têm coragem de fazer”. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2013/08/black-bloc-fazemos-o-que-os-outros-nao-tem-coragem-de-fazer/>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. **Sobre a evolução do Estado: do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado/1>>. Acesso em: 27 set. 2014.

MOTA, Emerson Silveira. **Justiça com as próprias mãos**. Disponível em: <<http://mazelasdojudiciario.blogspot.com.br>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

PELLIZZARI, Renato. **O Antigo Regime: o absolutismo monárquico**. Disponível em: <<http://descomplica.com.br/historia/da-idade-media-a-idade-moderna/texto-o-antigo-regime->>

o-absolutismo-monarquico>. Acesso em: 28 set. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

SANTOS, Fabrício. **Estado Nacional Moderno**. Disponível em: <[www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/estado-nacional-moderno.htm](http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/estado-nacional-moderno.htm)>. Acesso em: 28 set. 2014.

SCHWARTZMAN, Simon<sup>o</sup> Da violência de nossos dias. **Revista de Ciências Sociais**, v. 23, 3, 1980, p. 365-369.

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

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Igor Alves Norberto. **Brevíssimas considerações sobre a formação do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br](http://www.egov.ufsc.br)>. Acesso em: 06 nov. 2014.

SOARES, Marcelo da Costa. **O Estado Democrático de Direito e seu papel no desenvolvimento econômico social**. Disponível em: <<http://www.unimar.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

# MANIFESTAÇÕES NO BRASIL: CONSTITUIÇÃO, HISTÓRIA, DEMOCRACIA E SUA RELAÇÃO COM A MÍDIA

**Geysiane Moneguell Moreira de Carvalho**

*Graduada em Direito pela FINOM.*

**Érico Lucas Souto Lapesquer**

*Especialista em Direito Público e Privado. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

O presente trabalho vem analisar e estudar a história das principais manifestações políticas vividas pelo Brasil, bem como as verificadas em todos os rincões do país na atualidade, e desta forma averiguar o papel exercido pela mídia na formação de pensamentos e manipulação em massa e em contrapartida a tudo isto o papel exercido pelo Estado como o poder de polícia e todos os direitos entrelaçados a manifestações em seus amparos constitucionais.

**Palavras-chave:** manifestações; mídia; democracia.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar as manifestações populares no Brasil, ponderando entre o papel da mídia no âmbito jurídico constitucional e social, e ainda estudar de uma forma retrospectiva as principais manifestações da história do Brasil e sua relação com a democracia na atualidade.

Na história do Brasil ocorreram inúmeras manifestações de rua que conseguiram alcançar seus objetivos após reunirem milhares de pessoas, no entanto outras manifestações que ocorreram não alcançaram tal êxito. Entretanto deve-se conhecer o contexto e os motivos que levaram as pessoas às ruas, principalmente suas reivindicações, bem como os desdobramentos dessas ações na história do Brasil.

Em contrapartida com os direitos e princípios que abraçam as garantias dos cidadãos brasileiros de exercerem uma livre manifestação, fazendo valer seus direitos de democracia, tem-se a mídia e o poder de cerceamento do Estado em coibir tais reivindicações. Com este dilema o presente trabalho tem como objetivo investigar o papel fundamental que a mídia exerce “encabrestando” (grifo nosso) o pensamento da população e os casos em que o Estado exerce extrapolando o seu poder nestas coibições, bem como os deveres e obrigações que os cidadãos têm para exercer tal direito de manifestação.

Realizar-se-á então um paralelo existente entre a história das manifestações no Brasil, as que estão ocorrendo na atualidade, bem como os direitos e deveres dos

manifestantes de acordo com a legislação brasileira e o enquadramento da mídia neste diapasão.

Como já mencionado as manifestações são defendidas constitucionalmente e há princípios que as pautam, para tanto há que mencionar o princípio da liberdade de expressão, pois tal princípio é um direito fundamental, mas não deve ser considerado absoluto, bem como não pode ser usado para justificar delitos como a violência, a difamação, a calúnia, a subversão ou a obscenidade.

Tendo em vista que as democracias consolidadas geralmente requerem um alto grau de ameaça para justificar a proibição da liberdade de expressão que possa incitar à violência, a caluniar a reputação de outros, a derrubar um governo constitucional ou a promover um comportamento licencioso. Vê-se assim que a maioria das democracias também proíbe a expressão que incita ao ódio racial ou étnico.

Durante vários anos o Brasil passou por um período de estagnação, quando a população parecia anestesiada com os acontecimentos do país, esqueceram que vários dos direitos e garantias que desfrutam hoje só foram alcançados devido às grandes manifestações e reivindicação pública com passeatas democráticas e outras até violentas, esqueceram dos inúmeros mortos que foram catalogados no país para que tais direitos hoje fossem oferecidos a cada cidadão brasileiro.

Cada brasileiro e até mesmo o restante do mundo pôde ver pelas manchetes de vários noticiários as barbaridades das manifestações nas ruas do Brasil, mas nem tudo é apenas parafernália, pois cada manifestação tem seu tão almejado objetivo em busca de uma solução plausível com insatisfações geradas por anos, quando as insatisfações da população brasileira serão inexoravelmente cobradas perante a sua classe política nesse espaço temporal de efervescência social, fato este que não é nada mais que a representação de uma ruptura com o desequilíbrio social, completa ainda em seus dizeres que as ruas deram seu recado quanto as soluções midiáticas e retóricas estéreis que não mais serão assimiladas e consentidas.

Com o passar dos anos foram surgindo inúmeros descontentamentos, e no ano de 2013 os brasileiros acordarão com uma vontade enorme fazer valer os seus direitos através de manifestações públicas e dilemas coletivos. Como nem tudo é apenas como desejado por quem organiza as manifestações, com seus objetivos e ideais, muito foi passado pela mídia em conceitos já pré-definidos e muitas vezes pejorativos.

Para quem vivenciou e até mesmo era apenas mero telespectador durante as principais manifestações brasileiras, foi visto que as manifestações em inúmeras vezes

acabaram em confronto entre policiais e manifestantes. Mostram inúmeras reportagens transmitidas pelas fontes de informação que as ruas viram verdadeiros cenários de guerra e a situação saiu do controle, ocorreram mortes de civis e de profissionais na área de jornalismo e policiais.

Resta assim a indagação de até onde o Estado detém o poder de cercear as manifestações, tendo como premissa o Código Tributário Nacional, quando aplica como conceito legal do Direito Brasileiro trazendo a definição do poder de polícia em seu artigo 78, onde considera-se poder de polícia a atividade da administração pública, fato este que age limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula também a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, e considera por fim à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Deve ser questionado até onde a mídia tem o amparo de poder mostrar tudo da forma que achar melhor, como ficam os direitos dos manifestantes, em que ponto a constituição defende estas três vertentes, e quais as obrigações dos manifestantes, bem como a distinção entre manifestantes e vândalos.

Sendo assim com este paradigma o trabalho vem com o intuito de identificar os princípios e as garantias constitucionais das manifestações populares e de liberdade de expressão, analisar o papel da mídia nos desdobramentos da formação de pensamento em massa e verificar o poder de polícia de cerceamento de manifestações junto à necessidade de autorização das mesmas e se há abuso de poder do Estado.

## **1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DOS DIREITOS E LIBERDADE DE MANIFESTAÇÕES NO MUNDO E NO BRASIL**

Para iniciar a história evolutiva vamos partir da análise dos pressupostos filosóficos dos direitos, liberdades e garantias, perspectivados em alguns dos seus momentos mais importantes, para uma análise e reflexão mais acentuada sobre as raízes e os fundamentos da consagração, na lei fundamental, do Direito de Manifestação.

Sobretudo com a Revolução Francesa de 1789 a monarquia absoluta e os princípios em que assentava vieram a ser postos em causa, passando de uma ideia de poder representado no rei e na existência de uma sociedade de ordens, para uma concepção de que o poder está no povo. Esta mudança sobre os fundamentos do poder acarreta efeitos determinantes nas

mentalidades e conduz a transformações rápidas ou progressivas nas sociedades da época e que se estendem até a atualidade.

Neste sentido temos, sabe-se que o lema que centralizou a Revolução Francesa, o qual veio a ser “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, veio a se tornar a base da atual Constituição Federal Brasileira promulgada em 1988, como se evidencia por seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Sendo assim, foi a partir da reflexão filosófica ou jusnaturalista que começou a definir-se um conjunto de direitos do Homem e mais tarde consagrados na Constituição. Estes direitos absolutos, imutáveis, intemporais e inerentes ao homem, sendo ele o seu titular único, foma-se um núcleo restrito que se impõe a toda e qualquer ordem jurídica.

Esta filosofia se assenta na razão humana e na sua suficiência para o conhecimento, ela caminha ao ponto a que estes direitos se afirmem independentemente de qualquer poder. Este ponto vem a ser tão importante que a própria ideia da dignidade humana vem a ser uma conquista do pensamento humanista, sendo considerada o princípio e a justificação do poder.

Dando um passo a frente temos na Idade Média os Direitos fundamentais que pressupunham a existência de resistência – aquilo que se demonstrasse contrário ao Direito Natural ou ao Direito Divino. Entretanto não se trata esta modalidade de direitos subjetivos no sentido de o sujeito de direito ser o indivíduo, trata a pessoa com o objeto do Poder a quem se reconhecia direitos por intermédio do direito natural e divino.

No final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas<sup>1</sup>.

Ainda na Idade Média, o racionalismo (mormente no Séc. XVIII), o iluminismo e o idealismo mostraram-se determinantes para a afirmação do primado da pessoa sobre o poder e o aparecimento dos direitos subjetivos em que o indivíduo é o respectivo elemento ativo.

---

<sup>1</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. **Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999**. São Paulo: Universidade de São, 1999, p. 54.

Enquanto isto na Inglaterra, a luta contra o arbitrio real encadeou a fixação em vários documentos (*Magna Carta*, *Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights*, *Act of Settlement*) de um grupo de direitos e garantias específicas do povo inglês que eram conta à autoridade e, ainda, de princípios fundamentais que esta devia observar.

Contudo, com as reviravoltas do movimento constitucionalista na América, emergindo a Constituição Americana de 1787 e primeiras declarações de direitos no Estado da Virgínia e na Europa Ocidental, os direitos individuais passaram a ser assumidos na prática como fundamento e razão de ser da sociedade política e do Direito positivo.

Em mais um salto, depara-se diante da prerrogativa que vem englobar os direitos fundamentais na ordem internacional, sendo uma das preocupações dos Tratados e Organizações que sobre eles incidem a salvaguarda dos Direitos do Homem ao nível da cultura internacional.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, apareceram os direitos sociais, da titularidade dos homens, não como simples cidadãos, mas enquanto participantes da vida coletiva e dos seus benefícios, ocasionando prestações passivas por parte do Estado, com o objetivo de se satisfazerem as necessidades da sociedade ou dos seus membros. Há que salientar que estes direitos se encontravam já depositados nas Constituições marxistas em geral e, a partir da Constituição de Weimar, de 1919, no Ocidente.

Há basicamente três grandes paradigmas constitucionais: do Estado de Direito, Estado Social ou de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito. Os paradigmas jurídico-constitucionais influenciam na interpretação e aplicação do direito, porquanto os Estados contemporâneos organizam-se sob a forma constitucional. Assim, o acúmulo de conhecimentos, os entendimentos, influenciam a concepção que as pessoas têm da Constituição e dos textos jurídicos a serem interpretados. Nesse contexto, os paradigmas jurídico-constitucionais de determinada época acabam por delimitar o alcance da interpretação constitucional<sup>2</sup>.

Cabe ainda mencionar com relação à sociedade internacional, que com as catástrofes da Segunda Guerra Mundial, derivada da afirmação dos poderes totalitários que puseram em causa as conquistas e valores da dignidade da pessoa humana, conquanto garantindo-se os direitos essenciais da pessoa para poucos escolhidos e reforçando-se os direitos sociais.

A elaboração em 1945 da Carta das Nações Unidas instituindo a organização das Nações Unidas veio com a necessidade de assegurar a paz e a liberdade, ao nível da comunidade internacional. Nesta carta se fazia menção aos Direitos, Liberdades e Garantias

---

<sup>2</sup> SARTURI, Cláudia Adrielle. **As mudanças dos paradigmas constitucionais modernos**: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

Fundamentais, mas o seu efeito limitou-se a promover e estimular aqueles direitos, vistos que as suas normas não tinham eficácia imediata.

Sendo assim, na sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) de 10/12/48, se aprovou a chamada Declaração Universal dos Direitos do Homem, que se tornou mais detalhada tentando comprometer os Estados no respeito pelos Direitos Fundamentais.

No ano de 1966 com o objetivo de não se tratar só de direitos derivados de uma perspectiva jus naturalista, mas abordar manifestações fundamentais de princípios inscritos na consciência jurídica universal, foram elaborado os Pactos Internacionais dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Cívicos e Políticos.

No Brasil, introduziu-se a concepção de Estado Democrático de Direito nos modelos das Constituições francesas e espanholas. Sendo princípio, o Estado Democrático de Direito passa a adquirir densidade normativa ante as atuais tendências no direito constitucional. Esta valorização dos princípios traz como consequência propiciar a passagem do positivismo para o pós-positivismo, marcado pelo um maior exercício quanto à defesa e efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, considera-se que a prevalência da vontade da maioria, em um regime democrático, tem como contraposição a observância do direito de manifestação.

É útil reconhecer que a Constituição Federal de 1988, que tem os seus princípios abertos, ofereceu os primeiros mecanismos para uma maior participação popular. O intrínseco Poder Judiciário iniciou a interferência, embora em um nível ainda menor, em políticas públicas negligenciadas pelo sistema político. A atual Constituição

[...] foi elaborada no espaço de 20 meses por 558 constituintes entre deputados e senadores à época, e trata-se da sétima na história do país desde sua independência. Promulgada no dia 5 de outubro de 1988, ganhou quase que imediatamente o apelido de constituição cidadã, por ser considerada a mais completa entre as constituições brasileiras, com destaque para os vários aspectos que garantem o acesso à cidadania [...].<sup>3</sup>

Em outra linguagem, a CF/88 depositou, no contexto brasileiro, o vislumbre de que o povo torna-se intérprete dos seus próprios caminhos. Colocou-se o máximo de participação social às associações e demais conjuntos da sociedade civil; fortificou-se o papel do Ministério Público e expandiu-se a intervenção do Poder Judiciário nas questões sociais; colocaram-se direitos sociais da mais alta envergadura.

---

<sup>3</sup> SANTIAGO, Emersonº **Constituição de 1988.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/constituicao-de-1988/>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

Se, no decorrer da história do País, as elites econômicas e políticas não libertaram o povo para cantar a canção da liberdade, no ano de 2013, as feridas da população foram lançadas para uma classe política e econômica que não quis, nunca, abrir as portas para a entrada da cidadania, ocasionando assim depois de anos de quietude um vislumbre de manifestações correntes em todo o país brasileiro.

Estas manifestações vieram tendo o escopo de recrudescimento dos problemas sociais: a privatização dos serviços públicos pela onda neoliberal que assinala o Brasil nos anos 1990 e 2000; as reivindicações sociais veiculadas pelas redes sociais, advindas com a convocação popular para manifestações sociais; a abertura aos direitos sociais promovida pela Constituição Federal, bem como estudada; a saída, da tutela do Estado e das associações e ajuntamentos da sociedade civil; o fortalecimento de instituições com o olho no Estado e na sociedade, como é o caso do Ministério Público já citado e por fim uma certa abertura do Poder Judiciário à implementação de direitos sociais. Contudo, verifica-se que as histórias das manifestações públicas no Brasil vieram se desenvolvendo desde séculos atrás em todo o mundo, acarretando as manifestações no Brasil, que podem ser tidas como positivadas a partir da Constituição Federal de 1988.

## **2 MANIFESTAÇÃO PÚBLICA E OS DIREITOS RELATIVOS À MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 do Brasil em seu inciso XVI todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. Assim sendo, o direito a manifestação caracteriza um direito fundamental, mais do que isso, é uma forma explícita da democracia em sua forma mais pura e simples.

As manifestações populares se apoiam na aplicação da democracia, delineada no artigo 5º da CF de 1988, entretanto há também que ressaltar os incisos II, IV, XVI e XVII, abaixo transcritos.

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: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião

anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; [...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

Torna-se evidente que o exercício da manifestação é livre e não necessita de autorização, tendo como exigência apenas o prévio aviso de tal ato à autoridade competente. O artigo também expressa um condicionamento a liberdade de pensamento e manifestação, pois a reunião pública deve ter os fins pacíficos, sendo vedado o caráter paramilitar. Portanto, o direito fundamental tem sua efetividade encadeada a observação de condições, tais condições visam o equilíbrio para com os outros direitos existentes.

Neste viés, a expressão e comunicação da sociedade coletiva são realizadas em forma de manifestações populares, criando assim um local público de discussões. A comunidade civil instaura com as manifestações populares um espaço que extrapola o nível estatal, tornando possível a renovação das necessidades sociais perante ao Estado, interpretando os vários tipos de interesses, discursos sociais e lutas. Nesse sentido, cada pessoa de direito individual se posiciona no lugar de um sujeito coletivo e social incumbido pela execução da cidadania ativa.

As manifestações no Brasil não surgiram do dia para a noite, tendo uma grande bagagem histórica de lutas, de confrontos, de conquistas e de frustrações, caracterizando e marcando várias décadas com reformas políticas, democráticas e sociais.

Como bem visto na Constituição da República Federativa do Brasil (1998), todo cidadão, tanto brasileiro como estrangeiro residente no país, tem direitos e garantias constitucionalmente defendidos pelo Estado para exercer sua liberdade de expressão, de comunicação, de reunião e principalmente sua liberdade de escolha, sendo tudo isto caracterizado como democracia.

Contudo, nem sempre estas garantias de direito são respeitadas, nem sempre as formas democráticas de decisão são acertadas, aí resta apenas à população organizar e exercer seus direitos de manifestações, as quais têm ocorrido no país inúmeras vezes. Estas ações têm garantido para muitos vários benefícios até então inexistentes ou mudando paradigmas, como exposto pelo professor Pereira<sup>4</sup>:

[...] os governantes e os políticos brasileiros, desde a Presidência até o prefeito da menor cidade do Brasil, estão perplexos diante da reação das populações, notadamente nas cidades grandes e médias, que estão saindo para as ruas para protestar pela forma como vem sendo governado o País, no

---

<sup>4</sup> PEREIRA, José Matias. Desobediência civil e apagão político. **Prática Jurídica**, nº 135, 2013, p. 39.

qual se privilegia a construção de monumentos ao futebol, em detrimento da educação, saúde, segurança e transporte público [...]

Para tudo que envolve uma grande massa de pessoas é necessário uma visão mais atenciosa do Estado e isto é fato, assim, o Estado exerce seu poder de polícia que também é defendido constitucionalmente, fiscalizando e organizando as manifestações, mas o que ocorre na maioria das vezes é que tal exercício de poder acaba sempre em violência. Por isso, se deve ponderar sempre no reconhecimento de quais são os manifestantes, quais são os arruaceiros e qual o limite do Estado pra tal cerceamento, o que é importante para a população uma vez que ela tem esta visão apenas pelo que é passado pela mídia, que tem se tornado cada vez maior uma forma de manipulação em massa.

Os protestos são utilizados muitas vezes para testar a democracia, assim, o direito à reunião pacífica é essencial e desempenha um papel fundamental na facilitação do uso da liberdade de expressão, devendo ser observado que uma sociedade civil deve permitir o debate vigoroso entre os que estão em profundo desacordo.

Aprofundando estas perspectivas, aborda-se o direito de expressão, que traz consigo as transformações das manifestações do ser humano, analisando as situações aonde a expressão, além de um meio, vem a se tornar um fim em si mesmo, equivalendo-se assim aos formatos, transformações e variações da manifestação humana.

A Constituição Federal Brasileira, na atualidade, proíbe, expressamente, qualquer espécie de censura à liberdade de expressão, conforme preceitua o artigo 5º, inciso IX, e também, o artigo 220, §2º: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Acontece que, não obstante, o direito à liberdade de expressão encontra barreiras sendo que a “Carta Maior”, no artigo 5º, inciso IV, veda o anonimato como forma de responsabilizar os excessos que decorrem daqueles que exprimem livremente seus pensamentos, tendo em vista que a liberdade de expressão pode ser prejudicial a um bem jurídico alheio.

A Constituição protege a todo ser humano os direitos da personalidade, bem como os direitos à imagem, à intimidade, à honra, dentre outros. Sendo assim, o direito ora estudado de liberdade de expressão deve coexistir em equilíbrio e harmonia com os demais direitos citados, devendo se autolimitar. Além disso, existem algumas disposições em lei que preceituam entraves a liberdade de expressão, tal como a Lei de Segurança Nacional, a Lei nº 7192/86 que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848 de 1940), dentre outros.

Fica evidente que para a correta execução do direito à liberdade de expressão, o transmissor do pensamento fica proibido de exceder os limites fixados em lei, o que não torna admissível a censura. Por outro lado, tal direito se exerce por diversas formas, mas merece destaque o seu exercício no âmbito do direito de comunicação.

No campo do direito de comunicação, coloca-se o direito de antena, que vem a ser o de obter um espaço gratuito nos meios de comunicação para a difusão de ideias, textos literários, política e inclusive exercícios sindicais e de disposições não governamentais. Neste sentido, a abrangência almejada se tornaria a de munir os meios para que os cidadãos organizados em grupos possam aproveitar de espaços nas programações, com o objetivo de exercer não unicamente as tradições culturais da região, mas achar também um espaço para apresentar os problemas, que pela própria falta de apregoar, tornam-se ignorados.

Cabe salientar que tal Direito derivou-se da Constituição portuguesa, mas quem de uma forma muito mais discreta é mencionado na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 17, §3º:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos político, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana observados os seguintes preceitos: [...] § 3º os partidos políticos tem direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. [...]

Como bem visto no Brasil este direito é bem limitado, não exclusivamente no que tange à “Lei Maior”, como também no que se refere às leis infraconstitucionais. Observa-se que este direito beneficia em suma apenas os partidos políticos no Brasil, criando-se assim uma imensa necessidade de expansão deste direito com o seu real sentido amparado na prolação de ideias e objetivos da população formada por grupos difundidos para que mais e mais pessoas possam ter noção de tais objeções e assim opinarem de uma forma democrática.

Com efeito o direito de opinião abrange a liberdade ideológica, religiosa, política e qualquer que forma a crença, que ao bom senso da pessoa que a expor não tem a competência de ter nenhuma outra limitação que não venha a ser à conservação da ordem pública, mesmo que venha a ser revelado por mediação de um difusor de comunicação de massa. Neste diapasão, é necessário fazer uma análise da opinião expostas por meio dos jornais e revistas, tanto impressos ou eletrônicos, assim como as emissoras de rádio e televisão.

Só foi feita uma condição da “Lei Maior”, que é a imposição de que seja identificado o autor da exposição da opinião proferida, uma vez que se proíbe o anonimato. Direito este que resguarda e impõe tal condição para a manifestação do pensamento que está descrito na

Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso IV: “é livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu para todos os cidadãos o direito de ter uma liberdade manifestação do pensamento, que por intermédio do processo interno de raciocínio iniciam-se juízos de valor, e assim sendo revelam-se a opinião de quem a emitiu, fazendo uso para tanto um difusor de comunicação. À vista disso, a diretriz constitucional, ao justapor a liberdade de manifestação do pensamento, gera a existência legal ao apontado do dito direito de opinião.

Neste mesmo contexto, o direito de opinião vem a ser constituído pelo livre-arbítrio que cada pessoa tem de pensar o que desejar (liberdade de opinião) e pelo arbítrio de expor seu pensamento (liberdade do pensamento). Entretanto, para garantir que além de ser assegurado pela Constituição o direito de opinião, a sociedade ainda deseja ter a segurança de que não poderá ser punido em caso de exposição de opinião e de crença. É de competência do indivíduo executar seu direito de opinião o tempo que desejar, sem que isso possa lhe causar prejuízo ou sanção penal, assim como todo tipo de hostilidade ou perseguição política.

Já a administração pública tem o dever de ir em busca do bem comum e do interesse público, o que acontece por meio do dever de imparcialidade do serviço público para todas as pessoas, não devendo existir qualquer tipo de preferência ou discriminação com fundamento nas credulidades políticas, religiosas, partidárias ou filosóficas demonstradas. O artigo 220, *caput*, que protege que a manifestação do pensamento, é o principal regimento do valor indiferença, que vem a ser sob todos os meios ou veículo, não acarretara qualquer restrição. O valor exigência é o segundo parâmetro, por ele o direito de opinião acarreta um direito de demandar do Estado o respeito ao pensamento manifestado, para consequência de se desobrigar o cidadão de um dever geral discordante com suas crenças, com suas opiniões e com suas convicções. O artigo 5º, VIII, defende essa espécie, quando protege que nenhuma pessoa poderá ser restrita de direitos por convicções filosóficas ou políticas, mencionando ainda o direito à contribuição alternativa, ou seja, à escusação de consciência, em situação de um compromisso geral.

Por sua vez, para se viver em sociedade, é necessária a exigência de uma harmonização entre os exercícios das liberdades individuais ao interesse da coletividade. Neste ponto que surge o Poder de Polícia como um delineador destas relações, limitando ou restringindo os direitos individuais para beneficiar a coletividade.

Em sentido amplo abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo.  
Em sentido restrito, relaciona-se unicamente com as intervenções do Poder

Executivo, destinadas a alcançar, prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais<sup>5</sup>.

Desta forma, o Poder de Polícia se torna o método que à autoridade administrativa tem o poder de atuar, ou seja, é o meio do exercício do direito público, fundamentado na lei, que da autorização a administração pública de limitar o gozo e uso da propriedade e da liberdade para beneficiar os interesses da coletividade. Sendo assim, fica evidente que o Poder de Polícia é repartido perante todo o Estado, seu uso não sendo exclusividade das corporações policiais.

Portanto, o Poder de Polícia se torna como sendo o Estado em ação, regularizando os exercícios dos direitos coletivos e individuais por meio de seus agentes, que poderão ou não incumbir à atividade policial, sendo que suas atividades se farão das mais alternativas formas. Estas formas alternativas que o Estado pode utilizar para o seu exercício são chamados de atos normativos, operações materiais ou administrativos.

O artigo 78 do Código Tributário Nacional declara que o Poder de Polícia é uma atividade da administração pública. Definindo tal artigo que esta faculdade tem como objetivo elucidar os limites ou disciplinas dos interesses, direitos ou liberdades, bem como controlar o exercício de abstenção de fato ou ato, em matéria de utilidade pública pertinente à higiene, à segurança, aos costumes, à ordem, à regimento da produção e do mercado, ao exercício de serviços econômicos dependentes de autorização ou concessão do Poder Público, ao bem-estar público ou a respeitar os direitos individuais ou coletivos e a propriedade.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Conclui-se assim que o Estado é indissociável do conceito de polícia e o fundamento da atividade policial vem a ser o poder de polícia, uma vez que os limites do exercício das atividades individuais e direitos, sendo assim se criam regras direcionadas indeterminadamente a indivíduos que se enquadram em situações idênticas, sendo elas diretamente ligadas ao poder controlador da polícia ao exercício da lei ao caso concreto. A solidez e a segurança dentro da democracia sujeitam-se as ações do Estado e do modo como

---

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

exerce o Poder de Polícia, tendo que ordenar e cumprir a lei interposta, resultando na tranquilidade de toda a sociedade.

Por tudo o exposto e levando-se em análise a imprescindibilidade do homem em expor suas ideias, convicções e dogmas, observa-se que dentre os direitos decorrentes da manifestação do pensamento citados, a liberdade de expressão vem a ser o mais amplo, uma vez que compreende todos os tipos de disseminação e exibição do pensamento, assegurando a todas as pessoas o poder de expor ideias, trabalhos científicos, ensinamentos, convicções e pensamentos por intermédio de todos os meios de comunicação.

Já o direito de antena, no Brasil, tornou-se muito restrito, visto que a Constituição Federal de 1988 o garante aos partidos políticos, conferindo a publicação das ideias, das ideologias e das saídas para as problemáticas do país por intermédio da televisão. Sendo assim, percebe-se o direito de comunicação positivado pelo direito de antena, pois afirma aos partidos políticos o ingresso adequado e gratuito à televisão e ao rádio.

O direito de opinião permite a todos a alternativa de análise sobre todo objeto e, ainda, anunciar, levando em consideração a liberdade de manifestação do pensamento e a proibição do anonimato.

Faz-se necessário expor que não existe no Brasil um direito absoluto e, por consequência, os direitos relativos à manifestação do pensamento poderão tolerar exceções, contanto que preceituadas na ordem constitucional. Deve-se ponderar, ainda, a indispensabilidade de existir uma equidade entre os direitos previstos na Constituição Federal brasileira. Todos os direitos acima mencionados tem suas exceções e cerceamento, limites estes que ficam tendo como premissa o Poder de Polícia que vem a ser tipificado e conceituado no Código Tributário Nacional.

### **3 MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL ATUAL**

Antes de discutir-se a questão das manifestações na atualidade, torna-se necessário relatar quais as principais grandes manifestações políticas que ocorreram no Brasil precedendo as atuais que levaram uma multidão de milhares de pessoas as ruas.

A primeira grande manifestação que se tem relatos no Brasil a respeito de políticas indesejadas vem a ser a Revolta da Vacina, que ocorreu no ano de 1904, neste contexto fica bem exposto pelas palavras de Hecker<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> HECKER, Alexandre. **Quais foram as manifestações políticas que reuniram as maiores multidões no Brasil?** Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/materia/quais-foram-as-manifestacoes-politicas-que-reuniram-as-maiores-multidoes-no-brasil>>. Acesso em: 29 maio 2015.

[...] para combater epidemias no Rio de Janeiro, o sanitarista Oswaldo Cruz conseguiu que a vacinação contra a varíola virasse obrigatória. Em novembro de 1904, a população se revoltou contra a medida e milhares de pessoas protestaram nas ruas. Não há estimativas precisas do número de manifestantes [...].

A segunda grande manifestação que se tem relatos foi o suicídio de Getúlio Vargas, no ano de 1954, que por meio de sua carta-testamento fez com que os nervos se exaltassem e a comoção se transformasse em revolta, levando assim milhares de pessoas as ruas como forma de protesto:

[...] em meio a uma crise política, o presidente Getúlio Vargas se suicidou em agosto de 1954. Sua “carta-testamento”, com críticas aos seus opositores, agravou o clima de comoção e revolta. Manifestações populares ocorreram em várias cidades nos dias seguintes. Algumas estimativas apontavam para até 3 milhões de pessoas nas ruas do país [...].<sup>7</sup>

Tem-se ainda no ano de 1964 a chamada Marcha da Família seguida da também conhecida Marcha da Vitória, aquela marcha ocorreu em São Paulo e foi promovida em protesto contra o então presidente João Goulart, manifestação esta que alcançou êxito e o mesmo foi deposto, ela reuniu quase 500 mil pessoas. A segunda marcha que ocorreu no dia 02 de abril no Rio de Janeiro e foi um modo de vangloriar a queda de Goulart, que reuniu cerca de 1 milhão de pessoas. Sobre este manifesto há relatos de Brêa<sup>8</sup>:

[...] em 19 de março, realizou-se, no Rio de Janeiro, a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, organizada pela Campanha da Mulher pela Democracia (Camde) e a Sociedade Rural Brasileira (SBR), entre outras entidades. A marcha tinha como objetivo mobilizar a opinião pública contra a política desenvolvida pelo governo de Jango, que conduziria, de acordo com seus opositores, à implantação do comunismo no Brasil [...]

No ano de 1984 tem-se outra manifestação nacionalmente conhecida, foram os Comícios das Diretas Já, tais manifestações ocorreram pedindo a volta das eleições diretas para escolha de presidente, vale lembrar que as eleições diretas haviam sido abolidas desde o ano de 1964.

Entre janeiro e abril de 1984, grandes comícios foram realizados no país pedindo a volta das eleições diretas para presidente, abolidas desde 1964. Os dois maiores foram em abril: na Candelária, no Rio, cerca de 1 milhão de pessoas se reuniram no dia 10; no Vale do Anhangabaú, em São Paulo, o número estimado chegou a 1,5 milhão, no dia 16 [...].<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> BRÊA, Maria Elizabeth. **Os Presidentes**: Arquivo Nacional. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/Os%20presidentes%20e%20a%20ditadura%20militar.pdf>. Acesso em: 29 maio 2015.

<sup>9</sup> HECKER, Alexandre... Op. Cit.

Em uma escala aritmética anual, está a mais recente grande manifestação política da história, que vem a ser o impeachment de Collor, que ocorreu no ano de 1992, manifestações foram motivadas pelas várias denúncias de corrupção sobre o presidente Fernando Collor de Melo, que se desdobraram por vários estados brasileiros e resultaram na sua retirada da presidência do país.

Pode-se citar como a principal passeata a que ocorreu na cidade de São Paulo, na data de 08 de setembro, onde se reuniu aproximadamente 750 mil pessoas. Neste sentido aponta Carneiro, Dias e Abreu (1994, *online*).

[...] em setembro de 1992 produziu-se neste país um dos mais surpreendentes desfechos para uma crise política que tudo indicava se encaminharia, como de costume, ou para mais uma ruptura da institucionalidade, ou, menos dramaticamente, para a manutenção no poder, até seu termo legal, de um governo em decomposição, sem credibilidade e, portanto, impotente diante de dificuldades que já se interpretavam como igualmente crônicas e insolúveis [...]<sup>10</sup>.

As manifestações pelo impeachment de Collor não foi o último movimento que ocorreu no Brasil, mas como bem ilustrado acima foi a última grande manifestação política do país. Após esta manifestação, o Brasil passou por uma fase de nostalgia e quietude, não realizando nenhuma outra significativa manifestação política no país. Apenas no ano de 2013 recomeçou a exposição e posicionamentos massivos da manifesta contrariedade da população, tomando forma pela voz do povo, a voz de quem comanda uma nação democrática.

O Brasil assistiu nos últimos três anos (2013, 2014, 2015) a uma enorme sucessão de manifestações que foram desencadeadas no ano de 2013 por protestos oponentes ao aumento da tarifa de transporte coletivo na cidade de São Paulo, dando continuidade no ano de 2014 as manifestações como ponto principal pelo desacordo do Brasil sediar a copa do mundo, pelos gastos exorbitantes e enriquecimento ilícito nas obras. Finalmente, se desdobrando no ano de 2015 com mais manifestações, desta vez, como exposto pela Folha de São Paulo<sup>11</sup>, foram elas motivadas pela frustração relacionada à política e ao “grande escândalo político” na Petrobras.

O termo “Gigante Adormecido” vulgarmente utilizado pelas manifestações no ano de 2013 traz para a tela do cenário atual os reais motivos que desencadearam o desdobramento de tais manifestações, posicionando assim as principais manifestações e seus reais objetivos

---

<sup>10</sup> CARNEIRO, Fernando; DIAS, José Alan; ABREU, Plínio. **A Imprensa faz e desfaz um Presidente**. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/FernandoCollor>>. Acesso em: 29 maio 2015.

<sup>11</sup> ESTADÃO. **Jornadas de Junho: um ano**. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/public/cidades/protestos-de-junho/>. Acesso em: 30 maio 2015.

em contrapartida com os objetivos expostos pela mídia brasileira, bem como seus reflexos nos anos seguintes.

No ano de 2013 as principais manifestações ocorreram no mês de junho, quando após meses de discussões sobre o aumento da tarifa de ônibus na cidade de São Paulo – SP e em vigência da nova tarifa, a primeira manifestação foi organizado pelo MPL, sigla esta que significa ser um movimento social autônomo e horizontal, o que simboliza que não tem-se presidentes, dirigentes, chefes ou secretários, sendo que todos tem mesma voz e poder de decisão dentro do espaços.

A manifestação contra os aumentos relativos à tarifa começou no final da tarde do dia 06 em frente à Prefeitura de São Paulo, com a estimativa de participação de cerca de 5 mil pessoas, caracterizada pelo uso da violência exposta com barricadas de fogo. As Avenidas 23 de Maio e 9 de Julho foram bloqueadas, bem como o Shopping foi invadido por “manifestantes” que fugiam da Polícia Militar que foi chamada e entrou em confronto com a manifestação. Ao final do primeiro dia tiveram-se apurados pela mídia uma estimativa de que 5 mil pessoas haviam participado, que cerca de 50 pessoas ficaram feridas e que a polícia deteve 15 pessoas.

No dia seguinte ocorreu a segunda manifestação e a PM, antes de qualquer provocação, com o objetivo de liberar a Marginal do Pinheiro que estava em seu horário de pico, atacaram os manifestantes.

No dia 11 de junho do mesmo ano a terceira manifestação veio à tona, com a participação de 12 mil participantes, entretanto não se teve muitos relatos do motivo da manifestação, apenas foi taxativamente relatado pelos meios de comunicação que desta vez foram os manifestantes que partiram para a agressão física para com os policiais que guardavam a segurança da mesma. Para caracterizar tal apresentação midiática tem-se um trecho da reportagem da página *online* do Estadão<sup>12</sup>:

[...] desta vez, os manifestantes é que partem para cima: um policial que fazia a segurança do Tribunal de Justiça, na Praça da Sé, é espancado. Um ônibus é incendiado na Avenida Rangel Pestana. A marcha tenta invadir o Terminal Pedro II. A Tropa de Choque contrataca, gerando mais violência. Os confrontos se espalham pelo centro. O diretório do PT, na Rua Silveira Martins, é apedrejado. Parte dos manifestantes decide retornar à Paulista. Sobem pela Avenida Brigadeiro Luís Antônio e vão pichando ônibus e lojas. Ao chegar ao Masp, há novo ataque da polícia, deixando feridos. Vinte pessoas são presas. [...]

---

<sup>12</sup> Ibid.

Na passeata do dia 13 de junho, a imprensa mais uma vez se “esqueceu” de repassar para seus telespectadores o motivo louvável das manifestações e mais uma vez relatou apenas as atrocidades cometidas durante tal manifestação, atrocidades estas que tiveram como intuito mais uma vez calar a voz do povo e sucumbi-lo apenas a mais uma desordem popular. Neste paradigma temos como exemplo mais uma reportagem do Estadão<sup>13</sup>:

Cerca de 50 pessoas são detidas antes mesmo de a passeata começar. Quando tem início, na Praça Ramos de Azevedo, no centro, a PM impede a marcha de chegar à Avenida Paulista atacando a passeata na Rua da Consolação, antes de qualquer ato de vandalismo. Jornalistas, manifestantes e pedestres são atingidos no rosto com balas de borracha. Carros da polícia perseguem e atiram em pessoas nas ruas do centro; 105 pessoas ficam feridas. Policiais agredem até pessoas sentadas em bares ou tentando fugir pelo metrô. As imagens da repressão policial correm o mundo. O governador Geraldo Alckmin (PSDB) defende a ação. O prefeito Fernando Haddad (PT) critica a PM.

Com as imagens e vídeos da última passeata do dia 13 de junho massivamente expostos pela internet, mostrando o uso extremo da violência policial contra manifestantes, jornalistas e quaisquer outras pessoas que encontrassem sob suas miras. Este fato foi o estopim para o emergir de manifestações em inúmeras cidades bem como o crescente apoio dos cidadãos aos protestos, trazendo assim à tona a incriminação da sociedade para com a violência empregada para coibir um ato legítimo de cada manifestante brasileiro. Estes protestos explodiram apesar do até então pouco apoio midiático. Indaga-se que foram em torno de 600 protestos ocorridos em todo o território brasileiro.

Neste sentido, a mídia televisionada, escrita e digital brasileira, não teve exposto o real motivo das manifestações, apenas foi transmitido que as manifestações eram compostas por vândalos e desordeiros que tinham o intuito de acabar com a paz social e transformar a rua em uma zona de batalha, nível continuou suscetivelmente as divulgações durante os dias que se seguiram.

As manifestações do dia 13, que também ficaram conhecidas como “quinta-feira negra” tem em seu final de semana sucessivo o apoio de imigrantes e estudantes brasileiros de cerca de 27 cidades de todo o mundo, que fizeram manifestações pacíficas em defesa dos manifestantes que protestavam no Brasil. Os maiores atos de manifestações foram relatados em Dublin (Irlanda) e em Berlin (Alemanha).

Assim, com a explosão de manifestações a mídia teve que se render aos acontecimentos e reportar de forma convencional a elas e a elite tais fatos, fatos estes muitas

---

<sup>13</sup> Ibid.

das vezes destorcidos e incriminastes para os manifestantes, abordando apenas os pontos exorbitantes e pessimistas de tais passeatas.

Os dias que seguiram o dia 13 de junho foram de estrema discussões e passeatas, as manifestações que até então tinham suas bandeiras pela queda do aumento da tarifa, se tornou com o passar dos dias o seu ponto alvo os políticos brasileiros. No dia 20 do mesmo mês os brasileiros que acompanhavam os protestos apenas pela mídia acordaram assustados com relatos de que já ocorreu uma morte no interior em uma manifestação e que tais manifestações já haviam se explodido em todo o país, levando às ruas cerca de 1 milhão de pessoas.

No dia 21 do mesmo mês, ao ver que o país estava se transformando em uma completa revolta, a então presidente Dilma Rousseff fala em discurso televisionado com o intuito de sanar tais descontentamentos e fazer mais promessas para o povo, e a mídia mais uma vez relata apenas os vandalismos ocorrentes.

[...] Três dias depois de 1 milhão de pessoas irem às ruas, e em meio a protestos ainda violentos por todo o País, a presidente Dilma Rousseff fala por 10 minutos em rede nacional e propõe “cinco pactos” para melhorar a saúde, a educação e os transportes, além de uma constituinte para realizar a reforma política. Manifestações pela criminalização do aborto e redução da maioria penal fazem o MPL anunciar sua retirada das ruas. [...].

No dia 26 de junho encerrou-se o mês mais tumultuado nos últimos 21 anos, com a desistência do governo federal de realizar a reforma política por meio de uma assembleia constituinte. A proposta muda para a de ser um plebiscito, e logo após muda-se novamente, sendo descartada qualquer mudança. As últimas manifestações concentram-se no Rio, mas estas contra a violência policial.

As manifestações no Brasil no ano de 2014 realizaram-se contra a Copa do Mundo que foi sediada no país, tais protestos foram vulgarmente conhecidos como sendo “Não vai ter copa”. Este ano se caracterizou pelas várias manifestações populares ocorridas por todo o Brasil, se concentrando as principais em capitais que houve jogos da Federação Internacional de Futebol (FIFA) pela copa do mundo. Os protestos foram contra os gastos ocorridos nas obras dos estádios, bem como na estruturação realizadas para abrigar os visitantes.

Com o uso contínuo das redes sociais, qualquer ato de coletividade fica mais fácil de ser acessado e a organização mais eficiente, assim sendo os manifestantes se organizaram por redes sociais e no dia da abertura da copa do mundo tudo começou.

A abertura da copa do mundo ocorreu no dia 12 do mês de junho de 2014, nesta mesma data os manifestantes se reuniram nas cinco principais capitais do país que sediará a copa do mundo. Ocorre que o corpo policial já estava avisado para evitar tumultos e

parafernália em tal período. Tudo acabou em agressão e confusão entre manifestantes e policiais, neste sentido cabe expor um trecho da reportagem da página *online* O Dia Brasil: “[...] a abertura da Copa do Mundo do Brasil, que aconteceu nesta quinta-feira em São Paulo, entre Brasil e Croácia, teve protestos em 5 capitais mais o DF, com bombas de gás, balas de borracha, pessoas feridas e manifestantes detidos. [...]”<sup>14</sup>.

Durante a semana que sucedeu o dia 12 de junho, assim como os jogos da primeira rodada da Copa do mundo, os protestos também continuaram só que tais manifestações foram mais centralizados e tiveram menos adesão.

A Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE), na data do dia 26 de junho de 2014 realizou uma publicação que fez apontamentos importantes a respeito do apoio aos protestos, fazendo um parâmetro entre o ano de 2013 e 2014. Tal pesquisa que a seguir será transcrito trechos foi produzida por Spitz<sup>15</sup>:

[...] em menos de um ano, caiu de forma expressiva o apoio às manifestações populares. Pesquisa realizada pela Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) mostra que o percentual de aprovação às manifestações passou de 75%, em agosto de 2013, para 54%, em maio de 2014. Esse percentual leva em conta pessoas que disseram ter participado ou que embora não tenham ido às ruas disseram que gostariam de fazê-lo ou aprovavam esse tipo de movimento.

Para realização de tal pesquisa a autora utilizou-se de ouvir cerca de 3.800 pessoas, sendo está em 215 cidades no período em tela. Neste mesmo sentido a presente pesquisa também aponta que no ano de 2013, 25,69% dos indivíduos que eram contra as manifestações teve um aumento para 45,78% no mês de maio do ano de 2014.

Entretanto tal ponderação se resvala em uma dúvida repetitiva, uma vez que a incorporação as manifestações foram inferiores, então o uso da força policial se tornou excessivo ou não? Para tal pergunta temos na própria mídia os relatos de que a Polícia Militar em vários protestos usou de excesso para coibir tais atos.

Neste diapasão, entra mais uma vez a mídia que apenas relatou os vandalismos e atrocidades praticadas pelas manifestações e mais uma vez foi deixado de lado o esclarecimento dos motivos das manifestações e muito menos foram ouvidos os líderes dos movimentos, sendo relatada apenas a violência, mas neste ano com uma diferença, como um jornalista foi alvo desta violência a PM passou a ser o ponto alvo das manchetes.

---

<sup>14</sup> O DIA BRASIL. **Manifestações contra gastos da Copa marcam abertura do Mundial.** Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2014-06-12/manifestacao-contra-gastos-da-copa-marcam-abertura-do-mundial.html>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

<sup>15</sup> SPITZ, Clarice. **Cai para 54% adesão a manifestações no país.** Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/imprensa/sae-na-midia/cai-para-54-adesao-a-manifestacoes-no-pais-diz-sae-o-globo-26-06-2014/>> . Acesso em: 01 jun. 2015.

Como vêm analisados acima, alguns jornalistas da mesma forma se tornaram alvo da violência policial no decurso das manifestações que os protestos que aconteceram na primeira semana da Copa. Neste sentido o site da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, conhecida como ABRAJI<sup>16</sup> registrou, através de pesquisas os seguintes índices:

[...] com o início da Copa do Mundo, a Abraji atualizou o número de casos de agressão a jornalistas durante manifestações: de maio de 2013 a 18 de junho de 2014, foram registrados pelo menos 190 casos de violência ou prisão envolvendo 178 profissionais. Os 18 casos mais recentes aconteceram em cidades-sede da Copa. Seguindo o padrão observado desde o início dos protestos, a maioria (88%) foi causada por policiais militares - dentre essas ocorrências, 44% foram intencionais, ou seja: aconteceram apesar de o jornalista estar devidamente identificado como tal.

Assim sendo, segundo a ABRAJI, a Polícia Militar tornou-se a maior causadora das agressões, violando assim o que foi disposto na resolução nº 6/2013 fruto da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, *in verbi*, “repórteres, fotógrafos e demais profissionais de comunicação devem gozar de especial proteção no exercício de sua profissão, sendo vedado qualquer óbice à sua atuação, em especial mediante uso da força”.

O ano de 2015, no primeiro semestre, foi marcado principalmente pelos protestos contra a corrupção. Estas inconformidades surgiram após a exposição do escândalo da Petrobras, no qual foram demonstrados os desvios de dinheiro e o descaso com os cofres públicos.

Tais inconformidades levaram a população, por meio de acesso a *Internet*, a se organizarem para um grande movimento marcado para o dia 15 de março do mesmo ano. A comoção e o número de adeptos foram tamanhos que estimativas do DataFolha<sup>17</sup> mostram que a manifestação foi a maior da história do país desde o Movimento das Diretas Já no ano de 1984, superando assim as manifestações ocorridas no ano de 2013.

Da mesma forma os adeptos desta manifestação não eram todos os mesmos das que ocorreram no ano de 2013, assim como se divergiram os participantes que apoiaram partidos e os que queriam penas melhorias para o país, uma vez que os dados oferecidos pelo Instituto de Pesquisa DataFolha<sup>18</sup> é capaz de comprovar tal indagação:

---

<sup>16</sup> ABRAJI, Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo. **Com Copa do Mundo, número de violações contra jornalistas durante protestos chega a 190.** Disponível em: <[http://www.abraji.org.br/?id=90&id\\_noticia=2834](http://www.abraji.org.br/?id=90&id_noticia=2834)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

<sup>17</sup> INSTITUTO DE PESQUISA DATAFOLHA. **Manifestação na Avenida Paulista em 15/03/2015.** Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/03/17/manifestacao-15-03.pdf>>. Acesso em: 03 de jun de 2015.

<sup>18</sup> *Ibid.*

A parcela dos que já haviam participado de outras manifestações neste ano é de 26%. Neste grupo, a média foi de participação em 3,6 protestos neste ano. O PSDB é o partido preferido dos manifestantes (37%), e 51% não têm partido preferido. Ampla maioria (94%), porém, não tem filiação partidária, e entre os filiados se destacou somente o PSDB (3%). A fatia dos que disseram não ter ligação com nenhum dos grupos que organizaram os protestos é de 91%. Entre os que declararam ter ligação, 3% disseram fazer parte do Vem pra Rua, 2%, do Revoltados, e 1%, do MBL, entre outros menos citados. (DATAFOLHA, 2015, *online*)

A revista *Época*<sup>19</sup> em sua página *online* relata como foi o desdobramento do dia 15 de março, bem como que as principais revoltas eram em decorrência da reivindicação a saída da então presidente Dilma Rousseff que se encontrava em seu segundo mandato, neste sentido temos um trecho de tal reportagem.

Milhares de pessoas vestidas de verde e amarelo participaram neste domingo (15) de manifestações em todo o país. Os protestos foram organizados por diferentes grupos. A maior parte pediu pelo fim da corrupção. Houve grupos que reivindicaram a saída da presidente Dilma Rousseff e gritaram contra o PT. Refrões em defesa da Petrobras são também ouvidos<sup>20</sup>.

Acontece que as manifestações não pararam por aí, no dia 12 de abril do mesmo ano ocorreu a segunda grande manifestação. Esta última não contou com um apoio tão crescente como a anterior, mas mesmo assim levaram milhares de pessoas as ruas de vários Estados.

Apesar de ter sido em 2015 a maior de todas as manifestações, manifestação esta convocada pelas redes sociais, o Brasil ainda se mantém na calma e passividade, uma vez que está esperando ser cumprido todas as promessas e metas estabelecidas pelo governo.

Pois bem, não poderia deixar de mencionar aqui o papel da mídia durante este ano de 2015, que ficou quase que inerte a respeito dos movimentos e deu maior ênfase aos escândalos políticos em si. As coberturas mais rodadas mostraram apenas os números de pessoas, os locais que houveram confusão, e apesar de não ouvir mais uma vez os organizadores, a mídia não enfatizou desta vez apenas os contras, ela ficou neutra.

Concluindo, fica evidente que, diferentemente das primeiras manifestações políticas da história do país, as atuais contaram com uma força de impulsão gigantesca chamada de “redes sociais”, eis que por meio de aplicativos virtuais, dentre eles os principais chamados “whatsapp” e “Facebook”, a convocação para as manifestações se tornou rápida e potente.

---

<sup>19</sup> KIESEL, Isabela; YONAH, Liuca; MOURA, Marcelo. **12 de abril:** os protestos pelo Brasil. Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/04/12-de-abril-os-protestos-pelo-brasil.html>. Acesso em: 03 jun. 2015.

<sup>20</sup> Ibid.

Entretanto, para os demais que não tiveram acesso a este material *on-line*, ficaram à mercê do que era retratado pela mídia, e é neste ponto crucial que a história toma outro rumo.

Desde o ano de 2013, quando a mídia tentou ignorar as manifestações e depois com uma forma de discriminação tentou mover massas pelos noticiários absurdamente exagerados e oponentes aos verdadeiros preceitos das manifestações, no ano seguinte tudo ocorreu da mesma forma, com a pequena diferença de que desta vez o vilão não eram os próprios manifestantes, mas a PM, pois um dos seus (repórteres) foi atingido por uma bala de borracha. Mesmo assim a imprensa por meio de reportagens e devaneios midiáticos a população brasileira tomou conhecimento das manifestações que ressurgiam no país, entretanto mais uma vez veio a dúvida, seria manifestação ou vandalismo?

A resposta não veio, o que veio foi apenas mais escândalos políticos no ano de 2015, este escândalo serviu para tomar a atenção da mídia e deixar de lado os “vândalos”, pois os meios de comunicação durante os três anos que se subseguiram tiveram um prato cheio de notícias para a população, passando a cada dia os gastos, os desvios e os escândalos do governo, dando pouca importância para a vontade, descontentamento e vergonha do povo.

Estes descontentamentos do povo levaram o maior número de pessoas as ruas nos últimos 21 anos, que foi o movimento do dia 15 de março de 2015, entretanto estes movimentos em todo país foram mais pacíficos e organizados segundo a mídia, encerrando até o momento os devaneios midiáticos sobre as manifestações.

#### **4 O PAPEL EXERCIDO PELA MÍDIA NAS MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS**

Antes de explicar sobre a mídia faz-se necessário explicar o que vem a ser este termo. Assim sendo a mídia é aquilo que transmite a informação em massa, ou seja, que torna certo tema comum a todos, bem como se não a todos a um número grande de pessoas. Para melhor explicação a mídia é tudo que passa uma informação, podendo ela ser por meio de: televisão, cinema, rádio, jornais, internet, revistas, panfletos, livros, cartazes, outdoors.

Neste sentido Vieira<sup>21</sup> expõe que: “o papel da mídia é formar cidadãos conscientes e críticos. Mais do que tudo, o papel da mídia é ser leal com o seu público. Sendo assim, a parcela de colaboração da mídia na construção e formação política e cultural da sociedade é significativa. Afinal, a mídia atinge a massa, ou seja, a maioria”.

A mídia tem um papel fundamental na sociedade, sendo ela a responsável por levar há todas as classes as informações, devendo elas ser bem fundamentadas, predispostas de

---

<sup>21</sup> VIEIRA, Fabiana Padovanº O papel(ão) da mídia na sociedade. **Revista Projoir**, Edição 613, 2010, p. 15.

forma que todos tenham acesso e como dispõe o art. 5º, inciso IX da CF (1988) “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, bem como tem sua limitação estipulado pelo inciso X do mesmo diploma “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”.

Entretanto a imprensa ou a mídia deve ser vista de duas formas, primeiro analisada como um direito fundamental para os cidadãos, porque sem ela a notícia não chega a todas as classes. Devendo se ressaltar que a mídia é uma forma de expressão, de comunicação e de entretenimento, mas há que ser visto a segunda análise do papel da imprensa, ela também deve ser analisada como uma forma de manipulação em massa, uma vez que não há limitação vistoriada do que é repassado por ela, convalescendo as pessoas com pontos de vistas predispostos.

[...] a fusão entre jornais e emissoras de TV, diminuiu o acesso da população a um mercado saudável de ideias – os noticiários de televisão. Neste momento o objetivo principal era economizar com a fusão e aumentar as margens de lucros, o que não ocorrera, mas uma vez a qualidade jornalística caiu e os editores de noticiários cada vez mais passam a recorrerem ao sensacionalismo, ao escândalo e à simplificação para manter os índices de audiência e fluxo de dinheiro [...]<sup>22</sup>.

De acordo com Serva<sup>23</sup>, a matéria prima da notícia vem a ser o raro, o imprevisto, o paradoxo e o caos, verdadeiro ou aparentemente. De acordo com o autor, essa teia de notícias que trabalha sempre em busca da novidade, retira do público a sua capacidade de análise e compreensão das informações, bem como aduz que “[...] possivelmente anula a sua capacidade de produzir signos interpretantes necessários para o acompanhamento de todas as notícias [...]”. Ainda de acordo com o pensamento de Serva<sup>24</sup>, os consumidores ou leitores tornam-se hipnotizados perante a imprensa.

Sendo assim cabe analisar que a mídia em sua busca incessante por notícias que vão ludibriar e causar maiores impactos na sociedade deixa de lado o que pode acrescentar para a mesma e apenas mostra o que mais é atrativo, levando assim a população a uma “hipnotização” da informação, se propagando o que é recebido sem nem ao menos pensar e analisar o que foi transferido para seu conhecimento.

---

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Delma de Jesus. **Liberdade de Expressão X Liberdade de Imprensa**. Disponível em: <[http://monografias.brasilecola.com/direito/liberdade-expressao-x-liberdade-imprensa.htm#capitulo\\_5.2.1](http://monografias.brasilecola.com/direito/liberdade-expressao-x-liberdade-imprensa.htm#capitulo_5.2.1)>.

Acesso em: 30 mar. 2014

<sup>23</sup> SERVA, Leão. **Jornalismo e desinformação**. São Paulo: Ed. Senac, 2001, p. 79.

<sup>24</sup> Ibid.

A mídia exerce o papel assim de impor um pensamento já pré-disposto, levando assim a população a um encarceramento de informações. Tais fatos sendo corriqueiros levam uma nação inteira ao comodismo e o exercer de suas críticas e análises de quais notícias podem ser míticas ou reais ficam adormecidas em seus inconscientes.

O poder da mídia exercido perante a população brasileira é imensurável. A criação dos mitos pela mídia move-se assim como já mencionado, pelo acolhimento da informação sem se ter uma análise pela população, o qual sem critério absolve a notícia e não questiona os seus valores econômicos e políticos que estão juntos ou por trás daquela informação.

A imprensa usa-se de discursos que faz, aproveitando-se da sua capacidade de falar com desenvoltura, a usando como arma política, fazendo-se valer de eloquência interpretativa e usando ainda da emoção para levar a população ao convencimento e a comprar as suas ideias pré-definidas e detentora de tais verdades.

Sendo assim chega-se a duas vertentes, a mídia na atualidade tem em seu papel um valor essencial para o desenvolvimento da sociedade ou exerce um papel apenas financeiro, expondo e defendendo as ideias que são mais bem pagas?

Antes de responder tais alegações cabe citar os dizeres de Barbosa<sup>25</sup>: “[...] a palavra aborrece tanto os Estados arbitrários, porque a palavra é o instrumento irresistível da conquista da liberdade. Deixai-a livre, onde quer que seja, e o despotismo está morto [...]”. Ou seja, por ele uma nação só pode lutar por seus direitos se os conhece.

Esta disposição de Rui Barbosa é uma verdade, pois não há como um país inteiro tomar conhecimento sobre fatos que ocorrem em determinado local, ou que ocorre no governo, no país e no mundo se não por meio da mídia, entretanto aqui começa a surgir mais um desdobramento da resposta questionada acima.

Que a mídia é uma ferramenta essencial e indispensável para a sociedade atual, isso é uma verdade indiscutível, entretanto a sua forma de propagação, as suas influencias e suas mitigações que são discutíveis.

Neste ponto que se inclui a mídia neste estudo das manifestações no Brasil. Como exposto acima o Brasil nos últimos três anos vem passando por episódios de descontentamentos que resultaram em um elevado número de pessoas as ruas, com o intuito de fazer valer seus direitos constitucionais de liberdade de expressão, bem como exigir resposta para solucionar fatos que motivaram os protestos.

---

<sup>25</sup> BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo: Editora Papagaio, 2004, p. 22.

Entretanto, o que se pensava era que a mídia funcionaria como um impulsionador e aliado de tais manifestações, contudo ela veio a se caracterizar durante tal período como um órgão que só pensava ou objetivava os lucros financeiros, repassando para a sociedade apenas os sensacionalismos que teriam um enfoque maior e assim venderiam mais informações.

O fato de o Brasil ter acostumado a receber as informações sem as criticar ou questionar seus fundamentos, levou o país há uma divisão, onde alguns, os que vivenciavam as manifestações e estavam por dentro do que realmente estava acontecendo e os reais fundamentos de tais protestos, bem como os membros da sociedade que tinham conhecimento por meio de blogs que podiam discutir suas dúvidas e chegar a um consenso de verdade, em contrapartida tinham o restante do país que só tomou conhecimento sobre o que se passava nas manifestações por intermédio dos meios de informação mais corriqueiros, como os jornais televisionados e impressos e revistas.

Portanto o país se viu dividido em dois ideais, de um lado tinham os que apoiavam os protestos, os que se deixavam representar por aqueles que foram para as ruas e de outro lado tinham os que eram totalmente contra as manifestações, e que apoiavam e defendiam veementemente o que lhes eram transmitidos pela mídia sensacionalista.

Diante deste paradigma as manifestações se voltaram também contra a mídia, passando a dispor em suas manifestações de frases e panfletos contra a própria mídia, como por exemplo, o *blogueiro* Miguel do Rosário<sup>26</sup> que publicou sobre o protesto e contra a mídia em seu blog. Durante manifestações ainda tiveram frases ecoadas em auto e bom som como: “A verdade é dura! A Globo apoiou a ditadura!” e muitas outras que não diziam apenas sobre esta emissora, mas sobre várias outras que tinha passavam suas opiniões pré-definidas.

O fato das manifestações se voltarem contra a mídia decorreu como exposto no capítulo anterior, do fato da mídia oferecer para seus leitores apenas reportagens dando enfoque para o vandalismo que era realizado por infiltrastes das manifestações, por dar destaque apenas para os bárbaros combates entre a Polícia Militar e os manifestantes e por fim, por não passar em seus veículos em massa dos verdadeiros fatos e objetivos dos protestos.

A mídia tratou os motivos e os objetivos dos protestos como algo subjetivo e a violência e fatos envergonharam o país, como sendo algo essencial para o conhecimento do povo, como informação apenas textos intitulados como violência, agressão, vandalismo e baderna.

---

<sup>26</sup> ROSÁRIO, Miguel do. **Pela democratização da mídia**: a mãe de todas as batalhas. Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/node/13481>. Acesso em: 06 jun. 2015.

Em momento algum foi exercido o poder de antena em sua verdadeira finalidade, que vem a ser o espaço que o povo tem de usar da mídia para expor e organizar suas reuniões de forma pacífica e de passar para a mesma seus fundamentos e acatar opiniões. Sendo assim, a população teve que se contentar com o que lhes eram disponibilizados e por comodismos não procuraram conhecer suas vertentes das informações. Mesmo como tantos desacordos e intimidações, a onda de manifestação correu por todo o país, e mesmo de forma errônea ou em forma de manipulação foi de conhecimento de todos que o país estava passando por um momento de revolta.

Por isso cabe ressaltar que para tais impasses merecem uma sugestão para solucionar este problema, mas que sugestão seria esta? Henry Jenkins traz uma sugestão de como poderia solucionar tal problema: “precisamos reavaliar os objetivos da educação midiática, para que os jovens possam se ver como produtores culturais e participantes, e não simplesmente como consumidores críticos ou não”<sup>27</sup>.

Com a crescente participação da população mundial aos meios de informática através da *Internet*, o Brasil não é uma exceção, sendo assim conforme os dizeres de Jenkins<sup>28</sup>, torna-se necessário que os indivíduos desta sociedade passem a usufruir destes meios para a produção e participação crítica e autoral das informações que pela mídia são divulgados.

Esta interação é possível ocorrer por meio dos *blogs*, das páginas virtuais e pelas redes sociais, proporcionando uma educação midiática, por meio do qual a voz do povo poderá ser ouvida em suas vertentes e não apenas as recebendo como reles consumidores, incluindo assim outras formas de comunicação de massa, cultural e popular através de novas tecnologias.

Estas informações poderão através de debates aprofundarem as análises críticas entre a mídia e as fontes de informações, fazendo uma variável entre o poder e a informação, tornando o Brasil presenciar a sua democracia em sua essência, potencializando a alfabetização da análise crítica da informação que chega a cada cidadão.

Entretanto tal modificação não surgirá do dia para noite, faz-se necessário um senso lógico, independente de participação partidária ou pretextos objetivos e sim apenas um ideal democrático que necessita sair do papel para atingir seu ápice no dia a dia de cada brasileiro.

O brasileiro tornara participante na vida e na informação oferecida ao restante do país, ao contrário do que atualmente vem ocorrendo, ele passara do polo passivo pra o polo ativo da demanda, tornando assim os princípios constitucionais vigorados em seu máximo potencial e em contrapartida levando o que é de direito de cada um tomar ciência ao seu

---

<sup>27</sup> JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. São Paulo: Aleph, 2006.

<sup>28</sup> *Ibid.*

conhecimento, podendo cada ser exercer de forma igualitária seu poder de antena, de expressão e de comunicação, sem ser predestinado tais direitos a uns e não aos demais, bem como a adoção de direitos (antena) como seu real objetivo e não apenas como mais uma idealidade partidária.

Estas ideias tornam-se mais evidentes através da pesquisa realizada pelo Datafolha<sup>29</sup>, trazendo apontamentos de que os manifestantes, em sua maioria, mesmo insatisfeitos e tendo que ir as ruas atrás de seus direitos então esquecidos, ainda acreditam que a democracia será sempre a forma melhor de se governo, sendo assim, estes foram os dados:

A maioria (85%) dos manifestantes acredita que a democracia é sempre a melhor forma de governo. Para 10%, em certas circunstâncias é melhor uma ditadura do que um regime democrático, e 3% consideram que tanto faz se é uma democracia ou uma ditadura.

Vale citar os dizeres de Belloni<sup>30</sup>:

No entanto da mesma forma que é fundamental reconhecer a importância das novas tecnologias e a urgência de criar conhecimentos e mecanismos que possibilitem sua integração à educação, é também preciso evitar o “deslumbramento” que tende a levar ao uso mais ou menos indiscriminado das tecnologias por suas virtudes tecnológicas do que por suas virtudes pedagógicas. E não se trata de um discurso apocalíptico e sim ideológico mediante aos interesses da indústria e do setor.

Sendo assim, faz-se necessário usar dos meios tecnológicos a que a população tem acesso para poder propagar e dar amparo para a democracia do país, bem como para os fundamentos da vida crítica e ideológica das organizações sociais perante os noticiários e meios de comunicação, uma vez que a fiscalização deverá ser exercida pela própria população.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A CF/88 ofereceu os primeiros mecanismos para uma maior participação popular, ou seja, forneceu ao povo o objetivo de tornar-se interprete de seus próprios caminhos e direitos. Colocou-se o máximo de participação social às associações e demais conjuntos da sociedade civil, fortificou-se o papel do Ministério Público e expandiu-se a intervenção do Poder Judiciário nas questões sociais; colocaram-se direitos sociais da mais alta envergadura.

A atual CF trouxe em seu artigo 5º as garantias fundamentais de cada brasileiro, dentre elas estão o de reunir-se pacificamente, o direito de reunião, de opinião, de expressão,

---

<sup>29</sup> INSTITUTO DE PESQUISA DATAFOLHA... Op. Cit.

<sup>30</sup> BELLONI, Maria Luiza. **O que é Mídia Educação**. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p. 09.

bem como o direito de antena, que foi introduzido no Brasil de uma forma subjetiva, mas que deveria alcançar seus reais ideais.

Dos direitos acima arrolados, há um que merece uma atenção especial, uma vez que vem a ser pouco conhecido no Brasil, este é o direito de antena. O seu real sentido era o de obter um espaço gratuito nos meios de comunicação para a difusão de ideias, textos literários, política e inclusive exercícios sindicais e de disposições não governamentais. Entretanto, não foi isto que aconteceu, pois Brasil adotou tal direito apenas para fins político-partidários.

Finalmente, como forma de coerção da sociedade e de seus direitos individuais que violam o da coletividade tem-se o Poder de Polícia, em que a autoridade administrativa tem o poder de atuar.

Entretanto o ponto principal de tal estudo foi demonstrar que tais direitos expostos não foram utilizados em sua essência, uma vez que no direito de expressão, a sua utilização perante as manifestações na atualidade foi distorcida pela mídia, sendo demonstrados como uma forma de anarquia e vandalismo.

Neste mesmo sentido, cometeu a mídia ao exercer seu direito de opinião, mesmo que de forma identificável, violação do direito de outrem ao se referir aos protestos de forma apenas negativa e sem nem ao menos se dignar a mostrar os fundamentos de tais manifestações, bem como a expor a opinião de qualquer manifestante, passando para a população, de forma que manipulasse pensamentos que tais atos.

No ano de 2013 que o “gigante adormecido” acordou, levando um número cada dia maior de manifestantes as ruas, entretanto o que levou estas pessoas a chagarem a este ponto, não foi apenas o motivo do aumento do preço das tarifas, estas manifestações que marcaram o ano de 2013 pelos ocorridos no mês de junho, foram resultado de 20 anos de quietude e insatisfações políticas, bem como seus desdobramentos na economia, na saúde, na educação e no campo trabalhista.

Os descasos com os cidadãos desencadearam o que o mundo inteiro pode ver pelas redes sociais, inúmeras manifestações que não pararam no ano de 2013, sendo seguidas no ano de 2014 com protestos sobre os gastos na copa do mundo que seria sediada no Brasil, bem como por outros milhares de questões políticas e sociais.

No primeiro semestre de 2015 que ocorreu a maior de todas as manifestações centralizadas, sendo que por meio de redes sociais e programas interativos houve uma convocação em massa da população para no dia 15 de março se reunir em forma de protesto contra o governo e os escândalos então vigentes da Petrobras. Tais repercussões levam

milhares de pessoas as ruas, sendo marcado que foi a maior manifestação desde as diretas já no ano de 1984.

Sendo assim, fica evidente que a sociedade brasileira acordou para a realidade e saiu do comodismo, sendo que para isso foi necessário um percurso de tempo de aproximadamente 21 anos. As manifestações da atualidade não ocorreram apenas nas capitais, o acolhimento foi tamanho que centenas de cidades se organizaram em passeatas, cada uma com uma forma diferente de reclamação ou até mesmo de apenas demonstrar que o brasileiro ainda se lembra e faz valer seus direitos democráticos que foram tão sofridos por serem adquiridos.

A população tomou ciência de tais protestos iniciados apenas na cidade de São Paulo pela mídia. A mídia é a responsável por passar as informações para a população, exercendo assim seu direito de opinião, desde que seja identificada. Entretanto, o que veio a trazer esta problemática do trabalho foi que este exercício de opinião não foi vistoriado, não foi filtrado e passado de forma não partidária e imparcial.

O que foi percebido no período das manifestações foi que a população recebeu pelos principais meios de informação como a mídia, jornais e revistas que o que estava acontecendo no Brasil não eram apenas atos legítimos e que almejavam mudanças para a população. O que foi passado foi apenas que havia vandalismos, depredações ao patrimônio público e confrontos em PM e manifestantes.

A mídia não ofereceu a sociedade um espaço para que os organizadores e participantes das manifestações pudessem expor seus pensamentos e ideologias, sendo vivenciado apenas para aqueles que não tinham condições de acesso a páginas próprias dos manifestantes pela *Internet* ou por redes sociais, apenas o deslumbre do que um dia poderia ser um movimento pacífico.

Entretanto, os movimentos foram autênticos, legítimos e exerceram seus poderes de cidadania, democracia e expressão, bem como a PM apesar da força excessiva, ter utilizado de direitos também legítimos. Em outro giro, a mídia agiu de forma legítima, mas não ideológica, sendo que seu papel é de criar pensamentos conscientes e críticos, bem como ser leal ao seu público, uma vez que distorceu as situações e passou apenas o que causaria mais comoção venderia mais, olhando apenas para a parte financeira e deixando de lado o exercício da difusão da verdade.

A fusão realizada entre jornais e emissoras de TV, teve como resultado a diminuição do acesso da população a um mercado saudável de ideias, pois a mídia teve e exerceu um

papel de cercear e de realizar uma manipulação em massa, isso ficou evidente, entretanto para isso temos que ter uma plausível proposta de solução.

Como as mudanças não ocorrem do dia para a noite, será de forma gradual e consciente que a população exercera uma educação midiática, onde os jovens passarão a ser produtores culturais e participantes, deixando de ser apenas simplesmente um consumidor, que recebe pensamentos já predefinidos e os acolhe sem ao menos fazer suas críticas e ponderar o que deve ou não ser adequada à realidade.

Portanto para tal educação midiática, será necessária uma maior interação da sociedade, seja por meio de blogs que debatem ideias e ideais democráticos. Também se faz necessário o uso de uma ferramenta já discutida, o que vem a ser o direito de antena, que deverá ser exercido e adotado em sua forma completa e complexa.

O desafio para uma democracia é o equilíbrio, o qual vem a ser defender a liberdade de expressão e de reunião e ao mesmo tempo impedir o discurso que incita à violência, à intimidação ou à subversão.

## REFERÊNCIAS

ABRAJI, Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo. **Com Copa do Mundo, número de violações contra jornalistas durante protestos chega a 190**. Disponível em: <[http://www.abraji.org.br/?id=90&id\\_noticia=2834](http://www.abraji.org.br/?id=90&id_noticia=2834)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo: Editora Papagaio, 2004.

BELLONI, Maria Luiza. **O que é Mídia Educação**. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2005.

BRÊA, Maria Elizabeth. **Os Presidentes**: Arquivo Nacional. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/Os%20presidentes%20e%20a%20ditadura%20militar.pdf>. Acesso em: 29 maio 2015.

CARNEIRO, Fernando; DIAS, José Alan; ABREU, Plínio. **A Imprensa faz e desfaz um Presidente**. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/FernandoCollor>>. Acesso em: 29 maio 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. **Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999**. São Paulo: Universidade de São, 1999.

ESTADÃO. **Jornadas de Junho**: um ano. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/public/cidades/protestos-de-junho/>. Acesso em: 30 maio 2015.

HECKER, Alexandre. **Quais foram as manifestações políticas que reuniram as maiores**

**multidões no Brasil?** Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/materia/quais-foram-as-manifestacoes-politicas-que-reuniram-as-maiores-multidoes-no-brasil>>. Acesso em: 29 maio 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA DATAFOLHA. **Manifestação na Avenida Paulista em 15/03/2015.** Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/03/17/manifestacao-15-03.pdf>>. Acesso em: 03 de jun de 2015.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência.** São Paulo: Aleph, 2006.

KIESEL, Isabela; YONAHÁ, Liuca; MOURA, Marcelo. **12 de abril: os protestos pelo Brasil.** Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/04/12-de-abril-os-protestos-pelo-brasil.html>. Acesso em: 03 jun. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

O DIA BRASIL. **Manifestações contra gastos da Copa marcam abertura do Mundial.** Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2014-06-12/manifestacao-contra-gastos-da-copa-marcam-abertura-do-mundial.html>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

OLIVEIRA, Delma de Jesus. **Liberdade de Expressão X Liberdade de Imprensa.** Disponível em: <[http://monografias.brasilecola.com/direito/liberdade-expressao-x-liberdade-imprensa.htm#capitulo\\_5.2.1](http://monografias.brasilecola.com/direito/liberdade-expressao-x-liberdade-imprensa.htm#capitulo_5.2.1)>. Acesso em: 30 mar. 2014.

PEREIRA, José Matias. Desobediência civil e apagão político. **Prática Jurídica**, nº 135, 2013.

ROSÁRIO, Miguel do. **Pela democratização da mídia: a mãe de todas as batalhas.** Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/node/13481>. Acesso em: 06 jun. 2015.

SANTIAGO, Emersonº **Constituição de 1988.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/constituicao-de-1988/>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

SARTURI, Claudia Adrielle. **As mudanças dos paradigmas constitucionais modernos: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

SERVA, Leão. **Jornalismo e desinformação.** São Paulo: Ed. Senac, 2001.

SPITZ, Clarice. **Cai para 54% adesão a manifestações no país.** Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/imprensa/sae-na-midia/cai-para-54-adesao-a-manifestacoes-no-pais-diz-sae-o-globo-26-06-2014/>> . Acesso em: 01 jun. 2015.

VIEIRA, Fabiana Padovanº O papel(ão) da mídia na sociedade. **Revista Projor**, Edição 613, 2010, p. 15.

# INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

**Adriana Cristina de Freitas**

*Acadêmica do 9º período de Direito da FINOM.*

**Fabiano Rodrigues da Rocha**

*Acadêmico do 9º período de Direito da FINOM.*

**Bruna Pinotti Garcia**

*Doutoranda em Direito. Mestre em Direito. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

A principal função dos recursos é impugnar a decisão judicial. No estudo a seguir será abordado um destes tipos de recurso que tem função singular, o recurso extraordinário, o último a ser buscado, com vistas a discutir matéria de direito e não matéria de fato. Com toda uma gama de requisitos a serem analisados em sua admissibilidade, destaca-se a repercussão geral, que é imprescindível para admissibilidade do recurso extraordinário, sendo que dentro deste requisito é permitida a participação de terceiro diferente à demanda. Qual a legitimidade desse instituto é o que veremos em reflexões direcionadas a ele, pois é sabido que o *amicus curiae* é originário de jurisdição estrangeira, sendo inserido em nosso ordenamento jurídico como o terceiro que agrega, notadamente na ação direta de inconstitucionalidade, mecanismo utilizado para ampla interpretação da norma constitucional que ultrapassa a esfera jurisdicional interagindo com outras áreas.

**Palavras-chave:** recursos; recurso extraordinário; repercussão geral; *amicus curiae*.

## INTRODUÇÃO

A principal função dos recursos é impugnar uma decisão judicial. No estudo será abordado um destes tipos de recurso que tem função singular, o recurso extraordinário, pois em sua seara é o último a ser buscado, mas em âmbito de matéria de direito, isto é só pode ser acionado quando não mais couber outro recurso ordinário. Serão abordados de forma geral requisitos de admissibilidade com uma atenção maior a um de seus requisitos imprescindíveis a repercussão geral, concentrando-se a seguir no estudo da figura do *amicus curiae*.

Quem é esse terceiro estranho à demanda? Sua atuação ajuda na interpretação do melhor direito em consonância com a Constituição? É mesmo ligado a temas relevantes, auxiliando o Poder Judiciário a uma melhor interpretação da lei? São vários os questionamentos diante de tal figura que será analisada de forma profunda.

## 1 O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO

Em uma linguagem jurídica a palavra recurso é usualmente empregada num sentido

*lato* para denominar “todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito”. Os recursos podem ser considerados como uma extensão do próprio direito de ação. Só se interpõem recursos de decisões proferidas em processos vivos.

Os recursos têm por finalidade reformar, invalidar, esclarecer ou integrar a decisão impugnada ou parte dela. Para Rezende Filho<sup>1</sup> de forma psicológica “o recurso corresponde a uma irresistível tendência humana”. É a intuitiva inconformidade de qualquer pessoa diante do primeiro juízo, por assim dizer.

Os recursos têm como base: o princípio da correspondência, isto é, existe uma correspondência bastante expressiva entre os tipos de recurso e os tipos de decisão; princípio da taxatividade, pelo qual as normas processuais tipificam os recursos e somente elas; unicidade que consiste na regra de que contra uma decisão só deve caber um recurso ou, pelo menos, um por vez; fungibilidade, pela qual um recurso pode ser recebido por outro, sob certas condições; proibição da *reformatio in pejus* que resulta na noção de que o interesse em recorrer repousa sobre circunstância colhida no passado, que é a sucumbência, e perspectiva futura de melhora da situação, ou seja, o recorrente nunca corre o risco de ver sua situação piorada; e, por fim, o princípio do duplo grau de jurisdição que é garantia fundamental de boa justiça.

A interposição de um recurso resulta em vários efeitos, devendo-se destacar três, dentre eles, como sendo mais importantes: evitar a preclusão e com esta o trânsito em julgado da decisão recorrida; devolver a matéria recorrida ao tribunal *ad quem* para apreciação, no que se denomina efeito devolutivo; e evitar que a decisão recorrida produza efeitos, consistente no efeito suspensivo.

Os recursos podem classificar em função do objeto tutelado em ordinários e extraordinários. Nos recursos ordinários, pretende a parte ver reapreciado pelo Poder Judiciário um direito seu, subjetivo. Avulta, nesses recursos, a situação concreta e específica de um direito que teria sido violado, e cuja reparação *lato sensu* foi pleiteada.

Nos recursos extraordinários, esse objetivo não é atingido, senão indiretamente. O que se tutela por meio desse tipo de recurso é o sistema jurídico ou, em outras palavras, o direito objetivo. Desempenha papel bastante importante na formulação desses recursos a demonstração de que, se mantida a decisão, corre risco a integridade do sistema, já que, por exemplo, determinada norma do Código Civil seria desrespeitada.

Portanto, verificamos que o sistema recursal brasileiro é bem engendrado e tende a

---

<sup>1</sup> REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo, 1959.

operar satisfatoriamente. Neste trabalho, concentra-se a abordagem no recurso extraordinário e na questão da intervenção do *amicus curiae* na repercussão geral.

## 2 CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Em uma noção geral verifica-se a importância do aspecto histórico do recurso extraordinário com a história política do nosso país. Deve-se observar que os recursos extraordinários são, em sentido lato, recursos excepcionais ou anormais, que não se trata de um terceiro grau de jurisdição.

Tem por objetivo garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo em âmbito nacional, ou seja, por meio destes recursos se pretende que seja efetivamente aplicado o seu efeito e que se dê às regras constitucionais interpretações uniformes.

Este recurso, cabível contra decisão recorrida de última ou única instância, é elencado no art. 102, III, letras *a*, *b*, *c* e *d* da Constituição da República, que o admite nas causas julgadas por outros órgãos judiciais, contrariando dispositivo da Constituição Federal; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Nota-se que o recurso excepcional admitido em apenas em hipótese restritivas, previstas na Constituição com o fito específico de tutelar a autoridade e aplicação da Carta Magna. Dessa singularidade adveio a denominação de “recurso extraordinário”.

Com a EC nº 45/2004, além dos requisitos enumerados nas alíneas do inciso III do art. 102 da CF, ficou a admissibilidade do recurso extraordinário dependente de demonstração, pela parte, de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, §3º da Constituição Federal).

A admissibilidade do recurso extraordinário pressupõe, conforme Teodoro Junior<sup>2</sup>,

o julgamento da causa em última instância; a existência de questão federal constitucional, isto é uma controvérsia em torno da aplicação da Constituição da República. A questão apreciável pela via do recurso extraordinário somente pode ser uma questão de direito, isto é, um ponto controvertido que envolva diretamente a interpretação e aplicação da lei; demonstração da *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso.

---

<sup>2</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 1, p. 677.

Portanto, são necessários todos os requisitos gerais de admissibilidade, a saber: intrínsecos que consistem em cabimento, legitimidade e interesse; e extrínsecos que consistem em tempestividade, preparo, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer acrescentados do esgotamento de recursos, em via ordinária, única e última instância, prequestionamento, contrariar a Constituição Federal e por fim ser arguida matéria de direito e não matéria fática.

### **3 REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DEBATIDAS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

A repercussão geral foi criada pela Emenda Constitucional nº45, de 08 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º ao art. 102 da Constituição, com a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Verifica-se que trata de norma constitucional de eficácia limitada, já que foi prevista a necessidade de regulamentação por meio de lei ordinária. Por isso, a repercussão geral só passou a ser exigida depois que foi regulamentada pela Lei nº11.418 de 19 de dezembro de 2006, a qual inseriu os artigos 543-A e 543-B no CPC, e pela Emenda Regimental nº21, de 30 de abril de 2007, que alterou o Regimento interno do STF.

Nota-se que embora introduzida pela EC nº 45/04, a repercussão geral só começou a ser aplicada com a entrada em vigor da ER nº 21/07, em 03 de maio de 2007, mais de dois anos depois de sua criação.

A partir daí todos os recursos extraordinários deverão conter uma preliminar de repercussão geral, em que o recorrente deverá convencer o STF da existência da “questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543 –A, § 1º do CPC).

A doutrina trata a repercussão como um mecanismo de filtragem do recurso extraordinário, expediente que foi expelido pela Constituição, mas inserido através da EC 45, pois foi necessário controlar e reduzir o sempre crescente e intolerável volume de recursos da espécie que passou a asoberbar o Supremo Tribunal a ponto de comprometer o bom desempenho de sua missão de Corte Constitucional, que inspirou e justificou a reforma operada pela EC 45.

Carreira Alvim<sup>3</sup>, por sua vez, ressalta que, embora a repercussão tenha que ser geral, isso “não significa deva ser necessariamente, de âmbito nacional, podendo ser regional e, até mesmo, local”, pois de acordo com sua opinião seria inconcebível ver o recurso extraordinário a uma questão constitucional pelo fato de ter expressão local, quando até mesmo a validade de “lei local” contestada em face de lei federal, que é também uma questão constitucional, foi deslocada para o âmbito do art. 102, III, “d” da Constituição.

Paiva<sup>4</sup> traz alguns exemplos do que seriam as questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico podendo já retirados da lista de recursos com repercussão geral, devidamente apreciados pelo STF:

Questões com reflexos econômicos seriam as que detêm um potencial multiplicador de ações, tais como casos envolvendo reajustes de remuneração de servidores públicos. A repercussão política pode ser verificada em casos que envolvam cobrança de contribuições especiais, como a de iluminação pública e o seguro apagão, ou ainda, em relação ao controle de constitucionalidade do processo legislativo. Do ponto de social, podem ser considerados casos que envolvam a concessão de benefício assistencial e serviços de saúde pública. E, quanto à relevância jurídica, são consideradas com repercussão geral questões envolvendo regras processuais, como a fixação da jurisdição e competência. Todavia, é preciso ressaltar que as questões não se enquadram necessariamente em apenas um dos aspectos previsto na lei, pois uma questão pode ser considerada relevando em mais de um ponto de vista.

A natureza jurídica da repercussão geral trata-se de um requisito intrínseco de admissibilidade, pois está relacionada à existência, ou não, do poder de recorrer, assim como interesse recursal, a legitimidade, a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer e, ainda, o enfrentamento da questão constitucional, no caso específico do recurso extraordinário. Embora se atribua natureza política à repercussão geral, em relação ao poder de seleção das causas pelo STF, é inegável a natureza processual do instituto, pois se trata de requisito prévio à análise do mérito recursal. Além do mais, a obrigatoriedade de motivação da decisão e o acesso livre às sessões de julgamento são características que a natureza jurídica da repercussão geral.

A análise da repercussão geral é competência exclusiva do STF. Embora o tribunal ou a turma de origem tenha atribuições de analisar o juízo de admissibilidade ao recurso extraordinário, não o fará no que se refere à repercussão geral da questão constitucional.

---

<sup>3</sup> ALVIM, Carreira. **Conjuntura do sistema jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/entrevista/carreiraalvin.asp>>. Acesso em: 25 out. 2014.

<sup>4</sup> PAIVA, Clarissa Teixeira. **A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521841>>. Acesso em: 25 out. 2014.

Somente poderá o juízo de origem verificar a preliminar que alega a repercussão geral se está presente, pois sua ausência acarretará a não admissibilidade do recurso.

Cabe à parte recorrente convencer os Ministros do STF que na questão recorrida existe a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Diante de tal verificação entende-se existir uma presunção em favor da presença de repercussão geral em todos os recursos extraordinários, pois mesmo se a minoria dos ministros for a favor, o recurso será admitido e julgado amparado no disposto do art. 102, §3º da Constituição, logo, o recurso só será rejeitado pela ausência de repercussão geral em consequência do voto de pelo menos dois terços dos seus membros.

O art. 543-A do CPC prevê a presunção de repercussão geral “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Nota-se que CPC e o Regimento Interno do STF elencam regulamentação específica quanto à repercussão geral nos casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

Neste contexto, verifica-se que o Tribunal ou a turma de origem deverão selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os chamados recursos paradigmas, e os demais ficarão sobrestados de acordo com o art. 543-B, §1º do CPC. Portanto, se a decisão do STF for pela inexistência de repercussão geral, todos os recursos restarão automaticamente não admitidos §2º do mesmo dispositivo.

O art. 543-A, § 6º do Código de Processo Civil, traz a intervenção do *amicus curiae* no recurso extraordinário, que deverá se autorizada pelo relator quando da análise da repercussão geral, conforme termos: “O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

O *amicus curiae* é um terceiro, em relação à causa discutida, que traz elementos técnicos e de interesse da sociedade para ajudar na decisão da causa pelo Supremo Tribunal Federal. Sua figura já é admitida no controle abstrato de constitucionalidade.

Portanto, juntamente com a repercussão geral surge um novo elemento para atuar em defesa do assunto discutido que é a figura do *amicus curiae*, mecanismo utilizado para ampliar debates em julgamento, dando à sociedade um instrumento para garantir sua participação nos debates, atribuindo oportunidade de opinar a respeito desse assunto relevante e de repercussão geral.

#### **4 O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO NOS**

## JULGADOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

É figura antiga na legislação estrangeira, principalmente nos países da *Common Law*. No Direito Brasileiro a sua atuação foi aprimorada dentro do processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, com o advento da Lei nº 9.868/1999. Para melhor compreensão sobre o tema será abordado o contexto histórico e seu significado.

*Amicus curiae* ou *amigo da corte*, no contexto histórico, tem sua origem no direito romano. Trata-se portanto, na espécie, de uma figura antiga do direito. Porém, predomina entre os doutrinadores a tese de que o instituto é originário do direito inglês, mais precisamente do processo penal. Do direito inglês, o *amicus curiae* migrou para o direito americano.

Adotado pelo sistema da *Common Law* é o *decisis*, permitindo com isso, que as decisões jurisprudenciais vinculem os casos futuros semelhantes. Portanto as decisões desses litígios podem ser utilizadas em situações análogas, servindo como parâmetro para novos processos da mesma natureza, tornando a participação de outros setores como importantes mecanismos em que a sociedade emita sua opinião sobre as decisões judiciais.

O ano de 1812 representou a revelação do instituto no direito norte-americano, no caso *The Schooner Exchange vs Mac Fadden*, quando Antononey General foi admitido na função de *Amicus Curiae*. Em 1963, o célebre caso Gideon vs. Wainwright (1963) foi notoriamente divulgado nos meios de comunicação e também foi tema do livro *Gedeon's Trumpet* (1964). Naquele feito, o cidadão foi condenado pela justiça do Estado da Florida a cinco anos de prisão, por invasão de domicílio, sem que lhe fosse garantido o direito de ser assistido por um advogado, porquanto não se tratava de crime capital, única hipótese em que tal garantia era considerada imprescindível. O sentenciado interpôs *habeas corpus* perante a Suprema Corte daquele Estado, invocando a Sexta Emenda da Carta Americana. No feito, habilitaram-se *amicus curiae* mais de duas dezenas de interessados, entre Estados da Federação norte-americana e entidades públicas das mais diversas espécies.

Lado outro, no direito italiano o *amicus curiae* tem como finalidade precípua colaborar com o aperfeiçoamento das decisões judiciais, demonstrando que sua manifestação se justifica em benefício da justiça e não para benefício próprio ou então por interesse de pessoas que estão sendo por ele representados.

O *amicus curiae* ou *amigo da corte* surgiu pela primeira vez no Direito Brasileiro no art. 31 da Lei nº 6.385/1976 – Comissão de Valores Mobiliários, que prevê a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos judiciais mediante o oferecimento de parecer ou prestação de esclarecimentos, desde que a matéria objeto da discussão seja de

competência da autarquia.

A Lei nº 8.884/1994 igualmente apontava outra hipótese de intervenção do *amicus curiae*, que consistia na possibilidade de manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômicas (CADE), nos processos em que se discutia a aplicação desta lei no que concerne à prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica.

A Lei nº 9.279/1996 que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial estabelece que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), obrigatoriamente, seja intimado a participar dos processos dos quais se buscam a nulidade de patente, de marca ou de registro industrial.

Com o advento de leis regulamentando os processos de controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, a intervenção do *amicus curiae* foi devidamente aprimorada, porquanto não mais se identifica previamente quem deve ser o amigo da Corte. Basta que o órgão ou entidade, pessoas físicas ou jurídicas – com ou sem personalidade jurídica –, possuam representatividade e contribuam para o melhor deslinde da controvérsia.

No entanto, a Lei nº 9.868/1999, em consonância com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, enquanto proíba a intervenção de terceiros em processos relativos às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, constituiu inovação legislativa a possibilidade de admissão que não autoriza a interposição de recursos, levando em consideração relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Quanto ao momento da admissão, Paulo e Alexandrino<sup>5</sup> entendem:

A admissão da intervenção do *amicus curiae* no processo, o Supremo Tribunal Federal inicialmente havia fixado entendimento de que ela deveria ocorrer, necessariamente, no momento de instrução, durante o prazo das informações, não sendo possível admiti-la quando já em curso o julgamento. Posteriormente, porém, o Tribunal passou a aceitar, em casos determinados, a sustentação oral do *amicus curiae*. Com isso, a atuação deste passou a ser admitida, também, depois do prazo de instrução, quando o julgamento do feito já esteja em andamento.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de permitir a intervenção do *amicus curiae* nos processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), mesmo não havendo previsão na legislação específica – Lei nº 9.882/1999. A Corte tem aplicado, por analogia, o § 2º, do art. 7º da Lei nº 9.868/1999. Com efeito é o que extrai do seguinte julgado:

Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate

---

<sup>5</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8. ed. São Paulo: GEN, 2009, p. 771.

constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita § 2º, do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, admitindo o ingresso da petionária, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, §3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº15, de 30/3/2004 (ADPF 73, Rel Minº Eros Grau, decisão monocrática. Julgamento em 1º-8-05). No mesmo sentido: ADPF 205, Rel. Minº Dias Toffoli, decisão monocrática, julgamento em 16-2-2011, *DJE* de 24-2-2011; ADPF 132, Rel. Minº Carlos Brito, decisão monocrática, julgamento em 29-4-09, *DJE* DE 7-5-09.

A admissão do *amicus curiae* tem-se mostrado acertada nos processo de controle de constitucionalidade, uma vez que contribui para o debate democrático e pluralista ligado a temas relevantes de direito constitucional, colaborando para uma nova interpretação do texto constitucional pátrio. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes “positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões”.

A participação do *amicus curiae* na Corte brasileira muito tem contribuído para uma ampla interpretação ultrapassando a esfera jurídica e interagindo com outras áreas do conhecimento. É o que demonstra a ADPF 54, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria dos votos, assegurar o direito à gestante de abortar em caso de feto anencefálico. Muito contribuiu para a decisão do Ministro a atuação de órgãos e entidades ligados à saúde na qualidade de *amicus curiae*.

Pode-se ainda citar caso em que o Plenário do Supremo Federal (STF), por unanimidade, decidiu que o direito à aposentadoria por invalidez, com proventos integrais, pressupõe que a doença esteja especificada em lei. O entendimento foi firmado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 656860, de relatoria do Minº Teori Zavascki. Na ação, o Estado de Mato Grosso (MT) questiona acórdão do Tribunal de Justiça (TJM-MT) que, em mandado de segurança preventivo, assentou que uma servidora teria direito à aposentadoria por invalidez, com proventos integrais, por ser portadora de doença grave e incurável, mesmo que a doença não esteja especificada em lei. O TJ-MT reconheceu que o rol das doenças graves, contagiosas ou incuráveis previsto no artigo 213, 1º, da Lei Complementar nº 4/1990 (estadual), é meramente exemplificativo. O Estado alega que a decisão do TJ-MT viola a Constituição Federal em seu art. 40, §1º, inciso I, que apresenta as possibilidades de regime de previdência para servidores da União, Estados e Municípios. A doença da qual a recorrida é portadora não está inserida no rol taxativo da legislação de regência apta a deferir aposentadoria integral, alega. A União, admitida como *amicus curiae*, se manifestou por meio

da Advocacia Geral da União pelo provimento do recurso. Por outro lado, entidades de classe defendem o entendimento de não ser taxativo o rol de doenças incuráveis previsto na legislação que regulamenta o artigo 40 da Constituição Federal.

VOTO DO RELATOR - O ministro Teori Zavascki votou pelo provimento do recurso, seguindo jurisprudência da Corte em relação ao tema. Segundo o relator, o inciso I, do parágrafo 2º, do artigo 40, afirma que as doenças graves, contagiosas ou incuráveis causadoras da invalidez devem ser especificadas na forma da lei. Pertence, portanto, ao domínio normativo ordinário a definição das doenças e moléstias que ensejam a aposentadoria por invalidez, com proventos integrais, cujo rol, segundo jurisprudência assentada pelo STF, tem natureza taxativa, decidiu. - Repercussão geral - Em fevereiro de 2012, no Plenário Virtual do STF, a questão levantada no RE 656860 teve reconhecida sua repercussão geral. O então relator do recurso, ministro Ayres Britto (aposentado), considerou que a questão aludida nos autos atendia aos requisitos de relevância e interesse público.

O *amicus curiae* é um instrumento de democratização compatível também com os casos de repercussão geral, que tem como objetivo pluralizar o debate constitucional contribuindo em questões relevantes em nossa sociedade, ampliando a interpretação da norma, uma vez que ultrapassa a esfera jurídica abarcando conhecimentos de outras áreas, sendo um mecanismo de grande valia.

Expõem Wambier, Talamini e Almeida<sup>6</sup>:

a natureza jurídica do *amicus curiae* é assunto em torno do qual controverte a doutrina. Aliás, todos os temas ligados à figura do *amicus curiae* são controvertidos, em virtude da ausência, quase absoluta, de disciplina na figura no direito brasileiro. Na verdade, não se sabe quem e ele, não se sabe ao certo o que justifica sua intervenção, em que tipo de ações pode intervir, até que ponto pode efetivamente atuar etc. Trata-se de figura bastante refratária ao tratamento sistemático.

Em que pesem as controvérsias sobre a natureza jurídica do *amicus curiae*, inegável que a sua intervenção nos casos mencionados denota uma ferramenta de democratização do processo, contribuindo para a realização da justiça no caso concreto. Não obstante, a tendência do Supremo Tribunal Federal em ampliar as hipóteses das ações diretas de inconstitucionalidade evidencia as chances de que a figura ganhe ainda mais espaço no sistema jurídico, para além da própria repercussão geral aqui abordada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por objeto fazer uma reflexão quanto ao recurso

---

<sup>6</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia. **Curso Avançado de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

extraordinário e o requisito de admissibilidade da repercussão geral e a influência neste do *amicus curiae*, como representante da sociedade, que passa a integrar o debate quanto a determinado assunto ampliando os conhecimentos, funcionando como instrumento na busca de uma interpretação plena do caso concreto em consonância com Lei Maior.

A participação do *amicus curiae* na Corte brasileira muito tem contribuído para uma ampla interpretação ultrapassando a esfera jurídica e interagindo com outras áreas do conhecimento, como forma de um processo democrático em que a sociedade atua diretamente no debate de assunto relevante.

É sabido que o *amicus curiae* é originário de jurisdição estrangeira, sendo inserido no ordenamento como terceiro que agrega, notadamente nas ações de inconstitucionalidade, mecanismo utilizado para ampla interpretação da norma constitucional que ultrapassa a esfera jurídica interagindo com outras áreas. No entanto, pela sua contribuição à democratização do processo tem sido inserido em outros institutos processuais, a exemplo da repercussão geral no recurso extraordinário e, em breve, se tornará modalidade de intervenção de terceiros regulada no Código de Processo Civil de 2015 vigente a partir de março de 2016.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Carreira. **Conjuntura do sistema jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/entrevista/carreiraalvin.asp>>. Acesso em: 25 out. 2014.
- PAIVA, Clarissa Teixeira. **A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521841>>. Acesso em: 25 out. 2014.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8. ed. São Paulo: GEN, 2009.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo, 1959
- SILVA, Nelson Finotti, FRANZÉ, Luís Henrique Barbante, GARCIA, Bruna Pinotti (Org.). **Reflexões sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Curitiba: CRV, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia. **Curso Avançado de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

# NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A DEMOCRACIA

**Thais Silva de Oliveira**

*Acadêmica do 10º período de Direito da FINOM*

**Bruna Pinotti Garcia**

*Doutoranda em Direito. Mestre em Direito. Docente da Faculdade do  
Nordeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

Este trabalho tem como escopo apresentar como surgiu a democracia, abordando seu conceito inicial e contemporâneo, sua evolução e advento no ordenamento jurídico brasileiro. Foi utilizado o método bibliográfico documental, bem como fonte de pesquisa a Constituição Federal brasileira de 1988 e doutrinadores clássicos que tratam da matéria. Sabe-se que a democracia nasceu na Grécia, mais precisamente na cidade de Atenas, onde o povo reunia no Ágora para exercerem o poder político. A democracia pode ser conceituada como um governo do povo, para o povo, pelo povo. E possui três modelos básicos: a democracia direta, a democracia indireta e a democracia participativa. O Brasil é um Estado Democrático de Direito, e na sua Constituição Federal, no artigo 1º, a democracia encontra-se fundamentada através do sufrágio universal, que é instituto da democracia participativa. Tendo em vista que trata-se de um tema de grande importância, será demonstrada as principais formas de democracia, e suas abrangências contemporâneas.

**Palavras-chave:** conceito de democracia; democracia direta; democracia indireta; democracia participativa; Estado Democrático de Direito.

## INTRODUÇÃO

A democracia como forma de governo é pressuposto essencial para o exercício adequado, efetivo e pleno de todas as dimensões dos direitos fundamentais. Um Estado Democrático não consegue garantir direitos como o direito a liberdade de reunião, de manifestação, de expressão, bem como não irá garantir o exercício dos direitos políticos, pois os governos antidemocráticos impedem a participação popular.

Por conseguinte a democracia possui três modelos básicos que são: a democracia direta, a democracia indireta e a democracia híbrida. A democracia direta é a democracia ateniense que consiste na participação direta de todos os cidadãos nas decisões importantes da *polis*. A democracia indireta, ou representativa, é aquela que é exercida por representantes escolhidos pelo povo para tomar as decisões em nome deles. Já a democracia híbrida, participativa ou mista é aquela que possui o representante decidindo pelo povo, mas existem também institutos da democracia direta que permite a participação do povo nas funções de governo.

O modelo de democracia participativa tem se destacado entre os Estado por permitir

que a população tenha maior participação nas decisões políticas. No cenário nacional os institutos que permitem a participação direta da população são basicamente: o sufrágio universal, que é a participação do povo nas eleições ou nos instrumentos de democracia direta; a iniciativa popular que é a oportunidade dos cidadãos criarem projetos leis e apresentarem ao Congresso Nacional; o plebiscito e o referendo que são consultas populares antes ou depois, respectivamente, de ato legislativo ou administrativo para aprová-lo ou denegá-lo, ratificá-lo ou rejeitá-lo; e a ação popular que é remédio constitucional criado para defender interesse coletivo contra lesões ao patrimônio público, histórico e cultura, meio ambiente e da moralidade administrativa.

O objetivo do presente estudo é apresentar as primeiras noções da democracia, trazendo o conceito de democracia, bem como seus modelos tradicionais e trazer os institutos de democracia participativa no Brasil.

## 1 DO CONCEITO DE DEMOCRACIA

A democracia teve sua origem na Grécia antiga, na cidade de Atenas, por volta do século V antes de Cristo sendo derivada da palavra *demos* que significa povo e *kratos* significa poder, portanto, poder do povo. Ribeiro<sup>1</sup> menciona que para se ter democracia “o fundamental é que o povo escolha o indivíduo ou grupo que governa, e que controle como ele governa”.

Conceituada por Bonavides<sup>2</sup>, a democracia é governo do povo, para o povo, consistindo na melhor e mais sábia forma de organização do poder, conhecida na história política e social de todas as civilizações.

Ainda sobre o conceito de democracia Silva<sup>3</sup> esclarece que:

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

Neste sentido, Silva<sup>4</sup> acrescenta que democracia é “um processo de convivência

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 08.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 127-128.

social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”.

A expressão governo do povo se entende como o povo sendo titular do poder conforme determina a soberania popular; o governo pelo povo significa a vontade e o consentimento da população sendo fundamento para se governar; e governo para o povo “há de ser aquele que procure libertar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar”<sup>5</sup>.

É possível observar, portanto, que a democracia é o regime de governo no qual o povo é o detentor do poder político e é através dele e para ele que as decisões políticas deverão ser tomadas.

Aristóteles<sup>6</sup> diz que a democracia “é o governo onde domina o número, isto é, a maioria, mas também disso que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais”;

Democracia para Garcia e Lazari<sup>7</sup>:

[...] é o regime de governo no qual os cidadãos participam das decisões políticas, direta ou indiretamente. Em outras palavras, democracia (do grego, *demos* + *kratos*) é um regime de governo em que o *poder de tomar decisões políticas está com os cidadãos*, de forma direta (quando um cidadão se reúne com os demais e, juntos, eles tomam a decisão política) ou indireta (quando ao cidadão é dado o poder de eleger um representante). Logo, dentro do conceito de democracia incluem-se três modelos democráticos possíveis: direto, indireta e misto. (grifos dos autores)

Silva<sup>8</sup> traz como princípios da democracia: a soberania popular, que consiste na concentração de todo poder na mão do povo, que é característica da democracia direta, conforme veremos a seguir; e a vontade popular, caracterizando pela participação direta ou indireta do povo no poder, tais fatores serão analisados posteriormente nas espécies de democracia indireta e semidireta.

Portanto, a democracia é fundamentada na existência de um elo entre povo e poder<sup>9</sup>. Ocorre que, este poder pode estar direta ou indiretamente nas mãos do povo, sendo assim, é importante estudarmos agora as espécies da democracia, que basicamente são: a democracia direta, a democracia indireta e a democracia semidireta.

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 128.

<sup>5</sup> Ibid., p. 137.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES apud SILVA, José Afonso da... Op. Cit., p. 131.

<sup>7</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 103.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da... Op. Cit.

<sup>9</sup> Ibid.

## 2 DA DEMOCRACIA DIRETA

A Democracia Direta foi fundada na Grécia antiga, mais especificamente na cidade de Atenas, e consistia na reunião do povo no *Ágora* (praça pública) no qual os cidadãos de Atenas exerciam de forma direta e imediata o poder político, julgando, administrando e criando leis para sua cidade.

Bobbio<sup>10</sup> entende por democracia direta “literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes”.

Quanto ao conceito Silva<sup>11</sup> alega que a democracia direta significa o povo exercendo poderes governamentais, criando leis, administrando e julgando, ou seja, o povo aqui na democracia direta é o detentor exclusivo de todo poder político, econômico e social.

Garcia e Lazari<sup>12</sup> dizem que a democracia direta, também chamada de pura, é aquela na qual o cidadão expressa sua vontade por voto direto e individual em cada questão relevante.

Este modelo de democracia era exercido no âmbito de uma cidade cuja extensão territorial era menor que Estados atuais. A sociedade por completa não exercia a vida civil, pois a base da sociedade era escrava, e por isso, havia a possibilidade do cidadão – homem adulto – se dedicar exclusivamente à coisa pública.

Era realizada uma assembleia onde os cidadãos atenienses exerciam de forma plena a soberania legislativa, executiva e judicial. Considerava-se cidadão apenas os homens livres, pois, as mulheres, crianças, estrangeiras e escravos não se enquadravam como cidadãos, portanto não participavam da vida política.

A esse respeito Ribeiro<sup>13</sup> critica a democracia ateniense:

Em meio aos elogios dos modernos à democracia ateniense, uma crítica reponta: ela negava participação na *ágora* às mulheres, aos menores, aos escravos e estrangeiros. Hoje aceitamos a exclusão dos menores, mas não a das outras categorias. O trabalho manual, considerado degradante, cabia sobretudo a escravos. Na condição de estrangeiro (em grego, *meteco*), incluíam-se todos os não-atenienses e mesmo seus descendentes: muitas pessoas nascidas em Atenas, mas de ancestrais estrangeiros, jamais teriam a cidadania ateniense.

Bonavides<sup>14</sup> afirma que a democracia grega tinha por base três garantias essenciais a

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 54.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da... Op. Cit.

<sup>12</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de... Op. Cit.

<sup>13</sup> RIBEIRO, Renato Janine... Op. Cit., p. 12.

todos os cidadãos: a isonomia, a isotimia e a isagoria. A isonomia consiste na igualdade política a todos perante a lei, sem discriminação de grau, classe ou riqueza. A isotimia significa a abolição de todas as prerrogativas hereditárias no acesso ao exercício das funções públicas, garantindo a todo o cidadão acesso livre, sem distinção ou requisito de merecimento, honradez e confiança. Já a isagoria se expressa no direito da palavra, na igualdade que todos possuíam de falar nas assembleias populares e debater publicamente os assuntos do governo. A isagoria é o princípio essencial à democracia antiga, vez que a democracia direta era regida inspirada na soberania de um governo de opinião.

A democracia direta é o ideal de democracia, porém atualmente é utópico exigir que os países exerçam a democracia puramente direta, vez que o cidadão não possui só a responsabilidade política, mas eles necessitam trabalhar, estudar, ter vida social, ou seja, acaba que a vida política fica em segundo plano, sendo assim é impossível manter a democracia direta como regime de governo, por isso, no decorrer do tempo foi surgindo outros tipos de democracia, conforme veremos a seguir.

### **3 DA DEMOCRACIA INDIRETA**

Com a queda da democracia direta ocorrida devido à abolição da escravatura e a conversão do Estado-Cidade para Estado-Nação, cuja extensão territorial é maior, tornou-se impossível manter como único sujeito político o cidadão. Inicia-se assim o período da Democracia Indireta caracterizada pelo sistema representativo.

O cidadão na democracia indireta não mais é um sujeito exclusivamente político, devido suas novas obrigações da vida civil, ele teve a necessidade de trabalhar para suprir suas carências materiais e de sua família, se tornando assim, político apenas em segundo plano. Com o povo ocupado com a vida civil, foi necessário criar um Estado que fosse governado por um representante.

A democracia representativa para Bobbio<sup>15</sup> “significa que as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade”. Portanto, os representantes que tomavam as decisões em nome do povo que os elegia.

Democracia indireta, também chamada de democracia representativa, para Silva<sup>16</sup>:

É aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os

---

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo... Op. Cit.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto... Op. Cit., p. 56.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da... Op. Cit., p. 135.

negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.

A democracia indireta, ou representativa, para Garcia e Lazari<sup>17</sup> é aquela em que “os cidadãos exercem individualmente o direito de voto para escolher representante(s) e aquele(s) que for (em) mais escolhido(s) representa(m) todos os eleitores”.

Silva<sup>18</sup> acrescenta que na democracia representativa, a participação do cidadão é indireta, formal e periódica através das “instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo”.

Para Bonavides<sup>19</sup>, as bases principiológicas da democracia indireta são: a soberania popular, que visa assegurar todo poder legítimo à vontade geral; o sufrágio universal, que possuía diversidades de candidatos e partidos políticos; distinção de poderes; igualdade entre todos perante a lei; limitação de prerrogativas dos governantes; proteção estatal das liberdades públicas abrangendo qualquer manifestação de pensamento livre; temporariedade dos mandatos eletivos; e garantia de direitos e representação das minorias políticas.

Observando esses princípios essenciais da democracia indireta, é possível verificar que o Estado brasileiro possui características desta categoria de Democracia, conforme se observa no texto da Constituição Federal de 1988:

#### TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais

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:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal no artigo 1º, declara que o Estado brasileiro é Democrático e esta democracia é exercida por representantes escolhidos pelo povo que é o detentor do poder político, o que se denomina sufrágio universal.

## 4 DA DEMOCRACIA SEMIDIRETA

Esta forma de democracia fundamenta-se na tentativa de aproximação da democracia

---

<sup>17</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de... Op. Cit., p. 103.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da... Op. Cit., p. 139.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo... Op. Cit.

indireta com a democracia direta. Surgiu no mudo jurídico nas três primeiras décadas do século XX, com a Primeira Guerra Mundial, devido à crise das instituições democráticas no ocidente. Porém, foi só depois da Segunda Guerra Mundial que os constitucionalistas começaram a utilizar cada vez mais os institutos da democracia semidireta.

A democracia semidireta ou participativa veio com a necessidade de criar instituições que transformassem o governo com características da democracia grega e da democracia representativa. Bonavides<sup>20</sup> afirma que a democracia participativa, o poder é do povo, mas o governo é dos representantes em nome do povo.

Entende-se, portanto, por democracia semidireta ou democracia participativa, “a democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo”<sup>21</sup>.

A democracia participativa para Garcia e Lazari<sup>22</sup> é aquela que se tem “*democracia representativa mesclada com peculiaridades e atributos da democracia direta* (sistema híbrido ou misto)”.

Na democracia semidireta a soberania está com o povo e ao mesmo tempo com os representantes do povo, dando a possibilidade aos cidadãos de não apenas eleger seus representantes através do sufrágio universal da democracia indireta, mas também legislar sobre as matérias mais importantes da vida pública, caracterizando assim a democracia direta.

Para isso, existem institutos capazes de conciliar as duas democracias, tais como o referendo, plebiscito e a iniciativa popular.

O referendo, conforme Bonavides<sup>23</sup> é o instituto possibilita o povo agir diretamente na legislação, ele foi criado no século XVIII, quando Rousseau, em sua obra Contrato Social, disse que a lei que o povo, pessoalmente, não tenha ratificado é nula. Tal instituto está previsto no artigo 14, II, da CF e consiste no “ato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências [...] o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado”<sup>24</sup>.

O plebiscito, previsto no artigo 14, I da CF, consiste no “fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes da sua formulação legislativa [...] o

---

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da... Op. Cit., p. 138.

<sup>22</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de... Op. Cit., p. 103.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo... Op. Cit.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da... Op. Cit., p. 144.

plebiscito autoriza a formulação da medida requerida”<sup>25</sup>. Como exemplo de plebiscito no Brasil tivemos a escolha da forma presidencialista ocorrida em 1961.

A iniciativa popular, prevista no artigo 14, III da CF, é a possibilidade de o povo apresentar projetos de leis ao poder legislativo sob condição de número considerável de eleitores e distribuídos por cinco Estados com no mínimo três décimos por cento de eleitores de cada um deles.

Tais institutos de democracia direta estão presentes na Constituição Federal do Brasil conforme artigo 14, incisos I, II e III, vejamos:

CAPÍTULO IV  
DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

Portanto, a “constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa”<sup>26</sup>.

O Brasil adota a forma de democracia semidireta, com características de democracia representativa, fundamentada no parágrafo único do artigo primeiro da CF que alega que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos” e de democracia participativa que é complemento do referido parágrafo: “ou diretamente”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia surgiu em Atenas na Grécia antiga por volta do século V antes de Cristo. O vocábulo Democracia é derivado da palavra *demos* que significa povo, e *kratos* que significa poder. O conceito de democracia, portanto, é o governo do povo, para o povo e pelo povo. O detentor político no regime democrático é o povo e as decisões devem ser tomadas por ele e para ele. Existem três modelos de democracia: a democracia direta, a democracia indireta e a democracia semidireta.

A democracia direta consiste na participação direta e imediata dos cidadãos nas decisões pertinentes, portanto, o povo governa, legisla, administra e julga. O povo é o detentor exclusivo de poder político nesta modalidade de democracia.

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 144.

<sup>26</sup> Ibid., p. 139.

Apesar de ser o melhor modelo de democracia já visto na história, ele não é possível ser posto em prática atualmente, tendo em vista a extensão territorial, as responsabilidades civis do cidadão, e o fato de não mais existir escravidão e as mulheres e crianças serem também sujeitos de direito.

A democracia indireta também chamada de democracia representativa consiste no poder político estar nas mãos de um representante escolhido pelo povo para governar em nome dele. Esta modalidade de democracia se deu devido a não ser mais possível o cidadão ser exclusivamente político.

Já a democracia semidireta também chamada de democracia participativa, híbrida ou mista é a democracia que contém características representativas e diretas. Ou seja, há um representante escolhido pelo povo para governar o Estado, mas também há institutos que permitem a participação popular direta em casos específicos. Este modelo de democracia é o adotado no Brasil.

Para que o Estado assegure os direitos fundamentais aos seus cidadãos é necessário que este Estado adote o regime de Estado Democrático de Direito, pois sem esta condição, todas as liberdades e igualdades não serão exercidas de maneira ideal.

Sendo assim, espera-se que o presente artigo contribua para o conhecimento dos cidadãos a cerca das noções introdutórias sobre a democracia, bem como os institutos da democracia participativa brasileira.

## **REFERÊNCIAS**

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

**BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC:  
DIFICULDADES DA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO COM BASE NA LEI  
ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – LOAS**

**Esdras Vieira Dos Santos**

*Acadêmico do 10º período de Direito da FINOM*

**Pedro Henriques Ferreira**

*Especialista em Docência no Ensino Superior. Docente da Faculdade do*

*Noroeste de Minas – FINOM.*

**RESUMO**

O objetivo deste trabalho é analisar o direito do cidadão brasileiro ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) com ênfase nas dificuldades enfrentadas por ele na caracterização do direito. O BPC é um benefício assistencial assegurado à pessoa com sessenta e cinco anos ou mais de idade ou portadora de deficiência incapacitante, em longo prazo, para a sua vida autônoma e o trabalho, seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. O direito ao BPC é uma garantia estabelecida pela Lei Federal nº 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS), mas, na aplicabilidade do direito, é perceptível que o cidadão enfrenta muitas dificuldades para gozar de tal benefício. Uma dificuldade muito comum no país é a comprovação da renda familiar, pois o recebimento do BPC requer que o cidadão possua renda mensal inferior a um quarto do salário mínimo por pessoa na família. Este estudo se limita à proposta de mostrar as reais dificuldades dos cidadãos de obter o BPC com base na LOAS.

**Palavras-chave:** assistência social; LOAS; pessoa com deficiência/idosa; benefício de prestação continuada.

**INTRODUÇÃO**

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) é um benefício assistencial assegurado à pessoa com sessenta e cinco anos ou mais de idade ou portadora de deficiência incapacitante para sua vida autônoma e para o trabalho, desde que comprovada a sua necessidade assistencial. Com base na Lei Federal nº 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS) tem direito à obtenção do benefício a pessoa idosa ou deficiente que detém renda per capita familiar correspondente a um quarto do salário mínimo vigente do país. No entanto, na hora de requerer o benefício, o cidadão tem tido alguns obstáculos para caracterizar o seu direito, tornando, assim, uma interminável luta para o cidadão ser beneficiado.

Considerando essa discussão, este artigo tem o objetivo de analisar o direito do cidadão ao Benefício de Prestação Continuada, com ênfase nas dificuldades enfrentadas quando o mesmo busca exercer o seu direito. Para tanto, aborda-se duas linhas de pesquisas: a pesquisa bibliográfica, de abordagem descritiva-qualitativa, buscando uma sustentação teórica

para a análise do direito do cidadão ao BPC, e uma pesquisa de campo, com os beneficiários da LOAS com o propósito de arrolar os aspectos dificultadores do acesso do cidadão ao respectivo benefício. A expectativa é evidenciar que, na maioria dos casos, o cidadão enfrenta a dificuldade de comprovar a renda per capita familiar.

Comprovar essa renda é um problema enfrentado pelo cidadão de direito. Esse estudo tem relevância porque busca esclarecer as dificuldades enfrentadas pelo cidadão ao BPC, o que é um problema social e atual no nosso país. Por outro lado, esse estudo tem também importância porque enriquece o conhecimento adquirido pelo discente no decorrer do curso de Direito. A importância da relevância do tema é um estudo em que procuramos comprovar que a Assistência Social poderá constituir-se em uma estratégia para minimizar as situações de desigualdades sociais, na medida em que seja incluída à nova concepção de assistência como o BPC – Benefício de Prestação Continuada, enquanto direito para o acolhimento das necessidades sociais e enfrentamento da pobreza para as pessoas com deficiência ou idosa. Visando assim uma melhor compreensão acerca do BPC, demonstrado os critérios para a concessão do benefício junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), na qual as pessoas com deficiências ou idosas encontrar a dificuldade de comprovar a sua renda per capita familiar.

A perspectiva deste estudo é mostrar as reais dificuldades dos cidadãos de obter ao BPC, entre as quais, destaca-se a dificuldade do cidadão comprovar a renda mínima da família de um quarto do salário vigente no país. Sendo assim, compreende-se que estudar sobre esse assunto é muito importante, porque aborda, de forma clara e sucinta, a dificuldade para se ter o direito ao BPC. Por outro lado, este estudo é importante ainda porque abrangerá uma análise profunda da LOAS e das demais legislações inerentes ao tema, enriquecendo, assim, o conhecimento do discente acadêmico.

De acordo com a Constituição Brasileira (1988), no art. 203, está determinado que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição previdenciária. Em 1993, foi promulgada a Lei nº 8.742 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), que foi regulamentando no ano de 2007 pelo o Decreto nº 6.214 o direito do cidadão ao recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC) equivalente a um salário mínimo vigente no país. Apesar de a legislação garantir tal benefício, a pessoa com deficiência ou idosa, ainda encontra obstacularização no exercício desse direito. Diante disso, a questão levantada é: Que obstáculos a LOAS impõe ao cidadão de direito? Que critérios são necessários para recebimento do BPC? A perspectiva deste estudo é buscar respostas a essas

questões.

Podemos apresentar uma hipótese de que somente com apoio e ajuda do legislador podemos chegar ao futuro melhor, tanto para as pessoas com deficiência quanto para as idosas, fazendo uma alteração na lei para que todos tenham o direito com dignidade sem muitas restrições por parte do Estado.

Sendo assim, o objetivo geral é o de identificar as dificuldades enfrentadas pela pessoa com deficiência ou idosa para exercer seu direito ao BPC – Benefício de Prestação Continuada, conforme determina a Lei nº 8.742/1993. Por seu turno, os objetivos específicos são: estudar a Lei Federal nº 8.742/1993; observar os aspectos legais ao acesso da Pessoa com Deficiência e ao Idoso ao BCP – Benefício de Prestação Continuada; demonstrar a aplicabilidade da lei quando ao direito do BPC – Benefício de Prestação Continuada, a partir de uma pesquisa bibliográfica.

O presente estudo será organizado a partir de uma pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório e qualitativo, buscando o entendimento de autores sobre aspectos importantes da legislação vigente, com ênfase no Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social. Inicialmente, foi feita a leitura de todo material bibliográfico levantado e o fichamento das partes mais importantes ao debate temático, consubstanciado, assim, a fundamentação teórica. Todo o material bibliográfico levantado está referenciado no final do estudo.

## **BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PERANTE A LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL**

A Constituição Brasileira determina a Seguridade Social como um instrumento político e social direcionado ao bem-estar do cidadão. Assim, prevê, mais precisamente no art. 203, inciso V, a previdência social e assistencial aos desamparados. Em regulamentação a essa prescrição constitucional, a Lei Federal nº 8.742/93 determinou a concessão e administração do benefício de prestação continuada a cargo da União, com a operacionalização por parte do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Desse modo, é dever do INSS avaliar o cidadão para recebimento do BPC. Dentre outros, um dos critérios para a concessão do BPC é o cidadão ter a renda per capita inferior a um quarto do salário mínimo vigente, no país<sup>1</sup>.

O Decreto nº 6.214/2007 descreve que deve ser conferido o BPC a pessoa com

---

<sup>1</sup> ANTUNES, Cristiano Braga. **Benefício de Prestação Continuada – BPC confrontando com a aposentadoria por invalidez**. Disponível em: <[www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7545](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7545)>. Acesso em 27 out. 2014.

deficiência ou idosa sem condições de se prover ou de ser mantido pela família. Assim, determina:

Art. 1º O benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei nº 8.742 de 1993, é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso, com idade de sessenta e cinco anos ou mais, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família<sup>2</sup>.

De modo sucinto, o BPC é um instrumento de política do Governo Federal que visa garantir a proteção ao cidadão com deficiência e ao idoso que se encontram em situação de miserabilidade e vulnerabilidade social, ou seja, quando a pessoa não possui renda para garantia mínima de seu sustento. Nessa situação, o BPC se traduz como uma face social do Estado que, por política de transferência de renda, subsidia aquele que não pode prover-se. Martins<sup>3</sup>, define o BPC:

Trata-se um benefício de trato continuado, que é devido mensal e sucessivamente. São beneficiários desse direito os idosos ou deficientes que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. O beneficiário não precisa ter contribuído para a Seguridade Social, desde que não tenha outra fonte de renda.

O BPC é diferente do benefício previdenciário, porém são pagos pelo INSS. O BPC, diferentemente do benefício previdenciário, não requer do cidadão deficiente ou idoso a contribuição para a Previdência Social. Já o benefício previdenciário exige que primeiramente a pessoa contribua para Previdência Social para, depois, ter o direito à aposentadoria.

Acerca da diferença entre o BPC e o benefício previdenciário, Ibrahim<sup>4</sup> descreve que o BPC:

Não é necessário para o benefício previdenciário devido a sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando à comprovação da condição de necessitado. Veio a substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial.

Nota-se, contudo, que as necessidades e limitações de atividade laboral são a base para o BPC, enquanto o benefício previdenciário requer a contribuição.

A respeito dos objetivos da LOAS, Stringari<sup>5</sup> os identifica na supremacia do

---

<sup>2</sup> BRASIL. Secretaria Nacional da Pessoa com Deficiência. **Pessoa com Deficiência – Legislação**. Brasília: 2012.

<sup>3</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 495.

<sup>4</sup> IBRAHIM, Fabio Zambitte, **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 16.

<sup>5</sup> STRINGARI, Amana Kauling. O benefício de prestação continuada como política de afirmação da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2155, 26 mai. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12789>>. Acesso em: 27 out. 2014

atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de renda, a universalidade dos direitos sociais, tornando o cidadão “pobre” receptor de políticas públicas, o respeito à dignidade humana, não deixando que o cidadão passe por comprovação vexatória de necessidade, a igualdade de direito ao acesso às políticas públicas. Nesse aspecto, a autora destaca a importância da descentralização político-administrativa aos Estados, Distrito Federal e Municípios e da participação da população por meio das organizações não-governamentais.

Observando as políticas de assistência social no Brasil, Pereira<sup>6</sup> deixa explicitado duas maneiras de assistência social:

A primeira delas, nomeada assistência social *stricto sensu*, representa ação típica, circunstancial e sem garantia legal [...] direcionada para o problema individual das pessoas em situação de pobreza absoluta e cujo mínimo vital encontra-se ameaçado ou já atingiu níveis profundos de deteriorização. [...]. Esta modalidade revela-se amadora, sem planejamento e incapaz de distribuir riquezas e é a que predomina no Brasil. Em contrapartida, a assistência social *lato sensu*, respaldada no movimento da sociedade e em garantias legais, vem integrar o projeto político de proteções sociais, trazendo uma proposta de democratização e inclusão social amparado no princípio da universalidade.

Gomes<sup>7</sup> evidencia que as ações de assistência social para o idoso ou pessoa com deficiência estava associadas a programas descontínuos, incertos e desarticulados, com características assistencialistas. A partir da criação do BPC, iniciou-se um padrão de assistência social certo e regular, rompendo-se com as ações da Assistência Social em que predominava a ausência de regras claras e definidas para acesso, dependente da disponibilidade financeira.

Desta forma, constatamos a importância do BPC, que ultrapassa a segurança de renda, haja vista que amplia a proteção social brasileira, fortalecendo a perspectiva de seguridade social. Entretanto, é necessário que, simultaneamente ao recebimento de renda básica, exista o acesso dos beneficiários a outras políticas públicas, tais como as de assistência, educação e saúde, pois somente assim acreditamos que a parcela de idosos e deficientes no país tenham realmente acesso à cidadania, à independência e à autonomia.

Nesse sentido, pode-se destacar:

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Potyara Amazoneida P. **A assistência social na perspectiva dos direitos**: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil. Brasília: Thesaurus, 1996, p. 40-41 apud STRINGARI, Amana Kauling... Op. Cit.

<sup>7</sup> GOMES, Ana Lígia. O Benefício de Prestação Continuada: uma trajetória de retrocessos e limites – construído possibilidades de avanços? In: SPOSATI, Aldaíza. **Proteção Social de Cidadania**: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. São Paulo: Cortez, 2011.

A relação de mão dupla existente entre capacidade e política pública, haja vista que as capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas, também, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo<sup>8</sup>.

Entendemos que o acesso integrado às políticas públicas implica na melhoria da qualidade de vida do indivíduo, bem como o favorecimento do processo de desenvolvimento do mesmo, aumentando sua liberdade e capacidade de participar da vida social, política e econômica da comunidade em que vive.

A gestão do BPC é realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), que é responsável pela implementação, coordenação, regulação, financiamento, monitoramento e avaliação do Benefício. A operacionalização é realizada pelo INSS. Os recursos para o custeio do BPC provêm da Seguridade Social, sendo administrado pelo MDS e repassado ao INSS, por meio do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). De acordo com dados do MDS, são 3,6 milhões beneficiários do BPC em todo o Brasil, sendo 1,9 milhões pessoas com deficiência e 1,7 milhões de idosos, segundo os dados de março de 2012<sup>9</sup>.

O BPC, inovador enquanto iniciativa inédita de transferir renda a não segurados, surgiu na esteira da mobilização constituinte e da discussão internacional sobre renda mínima ou renda básica. Diferentemente da proposta universal de destinar um benefício básico a todo cidadão, independentemente de sua renda, o BPC representou uma opção focalizada em uma parcela menor da sociedade, vulnerável por ser pessoa com deficiência ou idosa. Em termos de benefício e da realidade brasileira, entretanto, tem (comparativamente a outros benefícios e ao valor do salário mínimo da PEA) um valor alto para um benefício da assistência social. Conforme Silva e Diniz<sup>10</sup>,

[...] a proteção à pessoa com deficiência implica verdadeiramente reconhecer que as necessidades individuais são diferentes e que a determinação de mínimos não deve ser resultado de um cálculo orçamentário, mas da proteção às necessidades individuais.

A Avaliação Social dos beneficiários do BPC consiste em identificar fatores que impedem ou dificultam o acesso de pessoas com deficiências ou idosos a uma condição de vida com qualidade, colocando-os numa circunstância de dependência e vulnerabilidade social, dentre essas informações: relações familiares fragilizadas, reduzida oferta de serviços

---

<sup>8</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 33.

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Benefício de Prestação Continuada (BPC)**. . Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>>. Acesso em: 15 de nov. 2014.

<sup>10</sup> SILVA, Janaina L.P.; DINIZ, Debora. Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS. **Revista Katálysis**, 2012, vol. 15 (2), p. 268.

comunitários e sociais; carência econômica familiar; baixo nível de escolaridade, inatividade da maioria das pessoas idosas e com deficiência; precárias relações com o meio onde vivem; baixa autoestima frente à deficiência e à idade avançada.

No ato da avaliação social as anotações escritas não necessitam se limitar aos aspectos sociais contidos no instrumento de avaliação ora posto. Com o objetivo de sistematizar as informações e conferir pontuações, é um instrumento que contém uma série de quesitos, contudo a estes poderão ser agregados outros observados pelo técnico que realizar a visita. O avaliador social terá a condição de analisar qualquer situação de vulnerabilidade verificada na visita domiciliar utilizando-se dos grandes eixos de observação privilegiado no referido instrumento. As condições sociais verificadas poderão estar claramente definidas ou serem apreciadas análogas ou equivalentes às citadas no instrumento e nestes casos deve ser contemplado na avaliação.

O benefício de prestação continuada deve ser revisto em cada dos anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem conforme descreve o art. 21º, § 1º a § 4º da Lei nº 8.742/93:

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário.

§ 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.

§ 3º O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência.

§ 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento.

A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo médico realizado pelos serviços de perícia médica e por uma assistência social do INSS, na qual passará por uma avaliação para comprovar a incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Os eixos de avaliação são: situação familiar, localização da moradia, idade e grau de escolaridade; necessidade de auxílio de atividades de vida diária; necessidade de cuidados frequentes de médicos, enfermeiros ou de terceiros, histórico da doença ou deficiência; níveis de obstáculos nas áreas de: visão, audição, fala, aparelho locomotor, funções orgânicas e outras; existência e níveis de deficiência mental; existência e níveis de síndromes e quadro psiquiátricos; e situação social e nível de vulnerabilidade conforme as informações obtidas a partir da avaliação social.

Após a avaliação social e médico-pericial, o INSS admitirá os demais procedimentos e finalizará o processo de revisão informado aos beneficiários sobre a manutenção ou não do benefício e outorgando os prazos legais para contestação das decisões pelos beneficiários, conforme o caso.

Quanto às pessoas com deficiências ou idosas, para alcançarem a concessão do benefício devem procurar primeiro a via administrativa, no caso de indeferimento, com a prova escrita, o mesmo deve recorrer ao Poder Judiciário, pois houve a lesão de direito ou ameaça ao seu direito. Julgado procedente o pedido será concedido o benefício à pessoa.

Em muitos casos podemos compreender que o acesso a justiça é dificuldade da população pobre. Vê-se que o público do BPC dificilmente será alcançado, já que se trata da população de extrema pobreza, que tem ainda aliada à sua carência material e à ausência de acesso aos bens públicos, suas limitações físicas ou mentais, muitas vezes desconhecendo seus direitos e principalmente os mecanismos para buscá-los.

A morosidade da justiça é motivo de preocupação quando se examina a judicialização da política, já que, se considerado que o tempo médio de expectativa para a concessão do BPC administrativamente é de pouco mais de trinta dias, e ainda que em geral esses requerentes são pessoas em extrema pobreza, a espera média de dois anos é tempo demais para quem tem urgência em ter suas necessidades básicas providas.

Podemos constatar que a disparidade dentro do Judiciário volta a acontecer, fazendo com que o Poder Judiciário recaia nos problemas sociais encarados pelas políticas públicas. Vejamos que as pessoas com deficiências ou idosas vivem em posições de exclusão social. No entanto, isso não nos dá o direito de afirmar que todas as pessoas com deficiência ou idosas partilham desta mesma posição. A generalização não é coerente, pois ignora os contextos particulares de cada exclusão.

A palavra exclusão, em vez de motivar uma prática transformadora, acaba por induzir, muitas vezes, uma prática empobrecida, calçada em uma visão estereotipada daqueles a que a ação se destina<sup>11</sup>.

Compreendemos que, quando a sociedade ou o Poder Público percebe a pessoa com deficiência ou idosa apenas como excluídas, as ações desenvolvidas para essa parcela da população baseadas no assistencialismo, na caridade e na pena, ao invés de oferecer as pessoas à oportunidade de transformação da condição social, terminam por mantê-las à margem.

---

<sup>11</sup> BARTALOTTI, Celina Camargo. **Inclusão social das pessoas com deficiência: utopia ou possibilidade?** São Paulo: Paulus, 2010.

Dessa forma, entendemos que para existir a inclusão é importante que ocorra uma democratização das dimensões sociais, ou seja, que estes sejam acessíveis a todos, para que as pessoas com deficiências ou idosas tenham a possibilidade de ir e vir, com autonomia. Para isso realizar-se de fato é preciso uma articulação das políticas sociais. Além disso, é preciso que a sociedade aceite e respeite a diversidade, não corroborando com atitudes preconceituosas, excludentes e que produzam desigualdade e discriminação.

Diante do exposto, podemos refletir que o BPC, criado para atender as pessoas deficientes que necessitem de assistencial, pode ser inacessível a muitos cidadãos brasileiros que fazem jus a ele, notadamente pela dificuldade quanto à renda per capita. No mais, o legislador, quando fez a lei, trouxe o obstáculo de que a política pública não avançasse rumo à redução das desigualdades sociais no país.

Sobre a alternativa para o problema, existe consenso entre os estudiosos da lei de que a mudança deve passar pela reformulação da Lei nº 8.742/93. O papel do Estado é atender às pessoas que necessitem da assistência social. Contudo, podemos dizer que o papel da assistência social, enquanto direito, é o de assegurar os mínimos direitos sociais necessários a uma vida digna, como exemplo, a alimentação, saúde, educação etc. A partir daí, podemos chegar à conclusão de que a assistência social cumpre a garantia mínima social, isto é, sua função básica de inclusão social, conforme está prescrito na Constituição Federal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Podemos, a partir desse artigo, identificar as dificuldades encontradas pela pessoa com deficiência ou idosa para exercer seu o direito da concessão do BPC conforme determina a Lei da LOAS.

A norma constitucional teve um avanço significativo, mas a normatização do BPC não observou bem os princípios e os dispositivos desta quanto à garantia de acesso ao benefício. No entendimento de diversos autores, foram feitas várias análises críticas quanto à aplicabilidade e a forma de avaliar por meio de critérios exigidos o direito ao benefício. Diante da Constituição Federal de 1988, é garantido o benefício à pessoa com deficiência ou idosa que comprovar a insuficiência de recurso para prover a própria subsistência, nem tê-la provida por sua família.

Com promulgação da LOAS, o direito ao acesso ao benefício passou ser mais criterioso principalmente para as pessoas com deficiência em relação à comprovação da renda familiar per capita, que é de um quarto do salário mínimo, além da comprovação da

incapacidade para vida independente e para o trabalho. Outra dificuldade enfrentada quanto ao direito ao BPC é que este é pouco divulgado para os cidadãos que fazem jus a ele.

O BPC é um instrumento de grande valor para a redistribuição de renda, mas percebe-se que a miserabilidade é requisito essencial que o legislador indicou para definir o necessitado, isto é, a pessoa que recebe a fração de um quarto do salário mínimo de renda per capita vigente no país.

As reais dificuldades encontradas nas pessoas com deficiências estão além da aferição de renda, isto é, o mínimo que já é insuficiente para cobrir as despesas e garantir uma vida digna. Quando o Poder Judiciário verificar situações que não correspondem com os princípios e objetivos da Constituição Federal quando da fixação do limite de um quarto do salário mínimo para a comprovação da miserabilidade, de acordo com o entendimento dos tribunais superiores, cabe verificar e avaliar de forma a flexibilizar a aplicação da lei, no sentido de zelar e proteger pela dignidade da pessoa humana, promover o bem de todos, erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir todas as formas de desigualdades sociais.

Espera-se que a leitura deste artigo incentive o leitor às reflexões e ao compromisso com tema em foco, promovendo o debate entre os envolvidos na questão da assistência social e o vislumbre de novas perspectivas aos beneficiários das políticas sociais através do reconhecimento e exigência de seus direitos, colaborando para alcance de uma cidadania plena.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Cristiano Braga. **Benefício de Prestação Continuada – BPC confrontando com a aposentadoria por invalidez**. Disponível em:

<[www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7545](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7545)>. Acesso em 27 out. 2014.

BARTALOTTI, Celina Camargo. **Inclusão social das pessoas com deficiência: utopia ou possibilidade?** São Paulo: Paulus, 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Benefício de Prestação Continuada (BPC)**. Disponível em:

<<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>>. Acesso em: 15 de nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria Nacional da Pessoa com Deficiência. **Pessoa com Deficiência – Legislação**. Brasília: 2012.

GOMES, Ana Lígia. O Benefício de Prestação Continuada: uma trajetória de retrocessos e limites – construído possibilidades de avanços? In: SPOSATI, Aldaíza. **Proteção Social de**

**Cidadania:** inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. São Paulo: Cortez, 2011.

IBRAHIM, Fabio Zambitte, **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Janaina L. P.; DINIZ, Debora. Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS. **Revista Katálisis**, 2012, vol. 15 (2), p. 262-269.

STRINGARI, Amana Kauling. O benefício de prestação continuada como política de afirmação da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2155, 26 mai. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12789>>. Acesso em: 27 out. 2014

# INCONSTITUCIONALIDADE DA DISCREPÂNCIA SUCESSÓRIA ENTRE IRMÃOS BILATERAIS E UNILATERAIS

**Camila Grazielle Marques**

*Graduada em Direito pela FINOM.*

**Flávio Vasconcelos de Farias**

*Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Docente da Faculdade do*

*Noroeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

O presente artigo propõe uma reflexão a cerca da discrepância entre os artigos 1841 art. 1843, §2º e §3º do Código Civil em relação ao art. 227, § 6º da Constituição Federal. O Código Civil discute sobre a herança, dizendo que os irmãos unilaterais herdam apenas à metade que os bilaterais herdarem. Com isso a Constituição Federal de 1988 destina-se a testemunhar o exercício dos direitos sociais e individuais, trazendo em seu art. 227 § 6º da referida legislação a necessidade de igualdade. Este trabalho visa contribuir a respeito da inconstitucionalidade de tais artigos.

**Palavras-chave:** direito das sucessões; inconstitucionalidade; discrepância sucessória.

## INTRODUÇÃO

Parte-se da análise da possível inconstitucionalidade dos artigos 1841 e 1843, § 2º e § 3º do Código Civil, em face da Constituição Federal, conforme o artigo 227 § 6º, que vem em contrassenso e se divorcia dessa ideia trazendo a igualdade de filiação e os seus respectivos direitos, vedando sua discriminação.

Sendo positivada a Carta Constitucional de 1988 fundamenta-se no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecendo-se que todos são iguais perante lei, registrando, no entanto, grande repercussão perante o Direito de Família, outrossim proporcionando um grande avanço frente à sociedade brasileira. A constitucionalização do direito de família, em especial no que tange ao direito de filiação, nos guia a entender que todos os filhos independentes da forma de concepção são juridicamente iguais.

Cabe ressaltar que a Constituição Federal 1988 renovou as regras de filiação, verificando a igualdade de direitos para os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou até mesmo por adoção, inibindo qualquer discriminação. Por isso, a igualdade é um Direito constitucional, devendo ser exercido de maneira justa para a convivência em uma sociedade.

Em divergência a tais previsões constitucionais temos o Código Civil de 2002 que traz a distinção no momento da sucessão entre os filhos bilaterais e unilaterais, estendendo-se inclusive aos sobrinhos.

A igualdade possui grande importância entre os filhos, proíbe qualquer discriminação, lhes garantido direitos e deveres. Como se não bastasse, os núcleos de direito de família patrimonial, assistencial e pessoal certamente são de estender-se de maneira igual entre pais e filhos, filhos e pais, ou irmãos e irmãos, como se verá amplamente no presente trabalho.

## 1 FILIAÇÃO

O vocábulo filiação emite a ligação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou adotaram. Conforme Gonçalves<sup>1</sup>, “a filiação é uma relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivesse gerado”.

Ademais a filiação no âmbito jurídico é aquela que liga os pais aos seus filhos, pois todas as regras de parentesco consanguíneo constituem-se diante da noção de filiação, sendo esta a mais importante, uma vez que a relação de parentesco é a que permanece entre filhos e pais.

Segundo Farias e Rosenthal<sup>2</sup>, “para que seja vivida a experiência de filiação não é essencial a geração biológica do filho”.

De acordo com as palavras do autor percebe-se que o ilustre demonstra que para efetivar uma relação filiatória não há necessidade de uma passagem de carga absolutamente genética, tendo em vista que o principal elemento se encontra na existência e no crescimento cotidiano diante dos carinhos e dos ensinamentos.

Nesse sentido, tem-se o § 6º do artigo 227, da Constituição da República de 1988, que entende que não deve haver diferença entre filho legítimo e ilegítimo, num sentido amplo o que se estabelece é a igualdade entre todos os filhos.

Desta feita, a situação relativa à legitimidade ocasionava consequências para prova – lá, tendo em vista que os filhos legítimos seriam aqueles que seguiam de núpcias justas, caso não existisse casamento entre os pais, os filhos eram chamados de ilegítimos, e ainda classificados como naturais e espúrios.

Neste sentido, se não houvesse nenhum impedimento para a realização do casamento entre os pais, os filhos eram tidos como naturais.

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v. 6: **direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 281.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2013, p. 636.

Tal situação mudava-se de fato quando a existência da lei impedisse a união conjugal dos genitores, de modo que os filhos havidos destes se denominavam como espúrios. Estes poderiam ainda ser classificados adulterinos se houvesse algum empecilho que proviesse de fato de um ou ambos serem casados. E no mais o casamento era denominado como incestuoso, se resultasse de parentesco próximo entre irmão e irmã ou entre filha e pai.

Hoje, porém, ainda que por vedação constitucional não seja permitido qualquer ato discriminatório referente aos filhos, tal concepção frente ao Direito era vista diferente. Afinal, pai era o que fosse marido da mãe, de forma que a existência de um filho ilegítimo favorecia o genitor e obstava o filho, pois negar a existência de um filho era simplesmente benéfico, tendo em vista que a Lei não resguardava o filho.

Farias e Rosenvald<sup>3</sup> entendem: “O Código Civil de 1916 corrigiu os conflitos familiares no país onde a filiação era como uma espécie, o favor concedido aos filhos é um meio oferecido aos pais, de exonerar a sua consciência e de melhorar a sorte dos inocentes frutos de seus erros”.

O que se percebe é que o tratamento era totalmente discriminatório, pois o homem não poderia reconhecer filho procedente de relacionamentos passados se já fosse casado. Tal situação ocorria em face dos filhos adotados, não cabendo aos mesmos, o direito sucessório.

Conforme Dias<sup>4</sup>, “negar reconhecimento ao filho é excluir-lhes direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais”.

Portanto, com a normatividade garantista da Constituição Federal de 1988, as coisas foram mudadas no sistema jurídico, não sendo mais admitido qualquer óbice ao reconhecimento da filiação. Tendo como base primordial o princípio da igualdade para equiparar os direitos e qualificações dos filhos, todos, sem exceção, pois todos são filhos, mesmo que uns sejam havidos fora do casamento e outros na constância.

Por fim, é o que diz o artigo 227 §6º da Constituição Federal que remete aos filhos advindos da relação do casamento ou não, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

## 2 SUCESSÃO E TRANSMISSÃO DA HERANÇA

Conforme Gonçalves<sup>5</sup> sucessão “significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”. A morte por sua vez, se dá

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 639.

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 356.

<sup>5</sup> GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. VII: **direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo:

mediante aplicação de dois suportes que atuam conjuntamente, o plano biológico, que utiliza os suportes da medicina, e o plano jurídico, que utiliza o suporte da certidão de óbito.

Certo é que a sucessão tem sua abertura, mediante a morte do sujeito, é exatamente nesse momento que ocorre a sucessão, mesmo que os planos biológicos ou jurídicos sejam materializados posteriormente é no momento da morte que ocorre a transmissão aos herdeiros dos bens e direitos do falecido.

Vale ressaltar que existem outros meios de atribuir os efeitos da morte, como ocorre com a declaração de morte presumida, com ou sem a declaração de ausente, porém esse ato judicial rodeado de procedimentos terá os mesmos efeitos da morte real, não mudando os efeitos para o que se pretende aqui demonstrar.

A sucessão se dá com a morte, pois não há direito a herança de pessoa viva, não há em que se falar em sucessão se não houver o óbito, uma vez que a morte é mero fato jurídico, sendo caracterizada como mera expectativa, donde o direito adquirido à herança aos herdeiros só se concretizará após o óbito do *de cuius*.

Assim, não restam dúvidas em relação à abertura da sucessão, uma vez que a mesma só surtirá seus efeitos após a aprovação no plano biológico, pelos suportes da medicina legal e no âmbito jurídico pela certidão do Registro Civil, e na falta destes, os interessados deve usar como meios juridicamente admissíveis, o levantamento pericial, ou a morte presumida, cujo estudo não vem ao caso. Desta forma, com o óbito, os herdeiros, conforme a lei recebe tais direitos e também obrigações sobre os bens móveis e imóveis.

Com o falecimento do *de cuius*, a herança é disponibilizada a quem possa aceita-la e tenha titularidade para tanto. Assim, acontecendo o falecimento, rompe a personalidade jurídica do *de cuius*, a fim de que se surge então a herança, conforme disponibiliza o art. 5º, XXX da Constituição Federal de 1988, transferindo-se a propriedade do *de cuius* no instante do seu falecimento.

Não se pode jamais confundir a transmissão da herança com o inventário. O inventário ao seu turno não passa do procedimento a ser adotado para que viabilize a apuração do eventual ativo a ser partilhado entre os herdeiros.

Após todo o processamento do inventário e eventual levantamento dos bens do objeto da herança que se faz o formal de partilha e transmite de forma definitiva a propriedade dos bens da herança.

### 3 ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Havendo o falecimento, a herança será destinada para os sucessores, havendo o chamamento dos mesmos e tendo seguimento à ordem de vocação, ato que se faz intimando aqueles que por Lei ou testamento foram nomeados herdeiros do falecido. Desta forma, a sucessão mesmo diante da vontade do *de cujus*, deve-se seguir é o que a lei traz, sendo regulamentada a transmissão conforme o art. 1829 do Código Civil de 2002.

Ocorrendo o falecimento do *de cujus*, será transferido o seu patrimônio em razão da sucessão hereditária, no qual observa a seguinte linha sucessória; descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, com a ressalva do regime comunhão universal de bens ou separação obrigatória, e comunhão parcial caso o titular não tenha deixado bens particulares; logo depois se tem os ascendentes, em concorrência também com o cônjuge; em seguida o cônjuge; e por fim, os colaterais.

Com isso terão direitos sucessórios diante dos bens dos pais, os filhos em razão de serem herdeiros necessários, independentemente da vontade do *de cujus* os filhos herdam na denominada sucessão legítima. O mesmo acontece em razão dos pais que herdam dos filhos por serem herdeiros dos bens dos mesmos.

Segundo Gonçalves<sup>6</sup>, “caso o *de cujus* faleça não deixando testamento, a herança será repassada aos herdeiros legítimos, haja vista que o mesmo acontecerá aos bens que não forem incluídos no testamento”.

Assim quando o falecido, não deixa testamento, ou se deixado for reconhecido como inválido, a lei irá declarar o seu destino, pois na falta de herdeiros, ou familiares, o patrimônio irá para o Poder Público.

Os descendentes, ascendentes e cônjuge são considerados herdeiros necessários. Para Diniz<sup>7</sup>, “considera-se herdeiro necessário o parente em linha reta, descendentes ou ascendentes, e o cônjuge supérstite, em favor dos quais a lei reserva uma porção hereditária a legítima, da qual não é lícito ao falecido dispor testamentariamente”.

Contudo, não basta que os herdeiros necessários sejam excluídos apenas com a ressalva de uma cláusula testamentária, uma vez que é preciso que o testador mostre o motivo do afastamento, baseada em uma causa legal. Desta maneira, vale salientar que o herdeiro necessário, sempre irá herdar uma quota parte, haja vista, que caso o *de cujus* queira

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 138.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 6: **direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

beneficiar terceiros, o herdeiro não poderá ser privado, pois por direito já estará resguardado, chamado de legítima.

Os herdeiros necessários não podem ser excluídos da herança, e por direito os mesmos têm direito a herança, salvo se houver ação de indignidade ou cláusula testamentária de deserdação.

Os parentes colaterais, não se encontram na relação de herdeiros necessários, uma vez que com isso o Código Civil 2002 dá tal direito ao testador de excluí-los sem qualquer motivo. Em outras palavras, a eles não é assegurado a legítima ou direito absoluto da herança.

A vocação hereditária, disposta na legislação, no artigo 1829 do Código Civil de 2002:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatório de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.

Assim, caso não haja herdeiros descendentes, os ascendentes serão chamados à sucessão, se faltarem os ascendentes, o cônjuge será chamado, e na falta deste, os parentes colaterais, e por último o Estado se não houver colaterais.

#### **4 FRACIONAMENTO SUCESSÓRIO PARA COLATERAIS IRMÃOS**

O Código Civil de 2002 traz em seu art. 1841 do referido diploma que concorrendo à herança com irmãos bilaterais, com irmãos unilaterais, cada um herdará destes a metade do que aqueles herdarem: “Concorrendo à herança do falecido, irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”.

“A filiação pode ser denominada bilateral por serem filhos que descendem dos mesmos pais, e unilaterais que não são filhos de ambos, são aqueles filhos que descendem só por parte de mãe ou só por parte de pai”<sup>8</sup>.

Ao debruçar sobre a Constituição da República Brasileira, encontram-se em suas páginas todos os fundamentos legais para dar suporte a tese de igualdade no direito das sucessões entre os irmãos. Primeiramente deve-se buscar a exegese dos princípios da

---

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice... Op. Cit., p. 345.

isonomia, princípio basilar do direito brasileiro, para entender realmente do que se trata o caso em tela.

Cabe qualificar esta obra monográfica na Lei Maior, que diz: “os filhos, advindos da relação do casamento ou não, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (artigo 227, § 6º, CF/88).

Neste diapasão, encontram-se na Constituição Federal do Brasil vários fundamentos do estado de filiação, que não se resume somente à filiação biológica, ou seja, todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem. Assim, não há mais que se falar em separação entre filhos legítimos e ilegítimos fora do casamento.

Dias<sup>9</sup> “aduz ser o tratamento diferenciado uma forma injusta de se realizar a sucessão entre os irmãos, apenas pelo fato de serem filhos de pai ou mãe diferentes, pois o que se deve prevalecer nesses casos é princípio da igualdade”.

Vê-se claramente com essa disposição que o vínculo afetivo foi ignorado, levando-se em consideração a relação biológica. Após a vinculação adotiva poderia sofrer com tal discriminação caso o pai ou a mãe, tivesse adotado sozinho um filho e posteriormente tivesse filho biológico com outrem.

De acordo com Lisboa<sup>10</sup>, “[...] o artigo 1841 afronta o princípio constitucional, pois o que se deve atender é o principio da igualdade, de forma que os irmãos sejam tratados de forma igualitária, não devendo vir ao caso se são irmãos bilaterais ou não”.

Entretanto, o que se percebe é que o princípio da igualdade tem como objetivo equiparar de forma igualitária o tratamento entre os irmãos, de forma que não haja distinção no que gerou a filiação, não há em que se falar se os irmãos são por parte paterna ou materna, ou ainda por apenas um deles.

Nota-se veementemente por todo o exposto até o momento que é injusto os irmãos bilaterais herdarem o dobro dos unilaterais, em face que os sobrinhos bilaterais do falecido também herdarão o dobro dos sobrinhos unilaterais, tal discriminação fica visível no âmbito do Código Civil de 2002.

## **5 FRACIONAMENTO SUCESSÓRIO PARA COLATERAIS SOBRINHOS**

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 345.

<sup>10</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Direito de família e das Sucessões**, v. 5: Manual de Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 478.

Segundo Dias<sup>11</sup>, “parentes colaterais são provenientes de um tronco comum, com a limitação do parentesco até o quarto grau, somente esses desfrutam da qualidade de herdeiros”.

Desta forma a ordem de vocação a serem convocados são os parentes de 2º grau, ou seja, aos irmãos, na falta destes serão chamados o de 3º grau, os sobrinhos e tios, e na falta serão chamados os de 4º grau (primos, tios, avós e sobrinhos-netos).

No entanto a lei contempla a sucessão dos colaterais, de acordo com a ordem de vocação hereditária em seu artigo 1829 IV do Código Civil, em distinguir que os colaterais não são herdeiros necessários, conforme o diploma legal não cabe aos mesmos uma parte da herança, haja vista que só há que se falar em herdar caso inexista outros herdeiros que precedem a ordem de vocação hereditária.

Segundo Diniz<sup>12</sup>, “os sobrinhos, filhos de irmãos, aproximam-se do falecido um grau, ficando no segundo, e excluindo os tios do finado que também se encontram no terceiro grau, devido estes não terem o direito de representação”.

Todavia, tal dispositivo faz uma ressalva diante dos filhos de irmãos, disposto no art. 1840 do Código Civil, que assegura a sucessão por estirpe, caso o *de cujus* deixe irmãos, mas os mesmos já houverem falecido, caso em que os sobrinhos herdam.

Desta forma, cumpre colacionar o art. 1843 §2º e §3º do Código Civil 2002 que sistematiza tão proposição:

Art. 1843 Não havendo irmãos, herdarão os filhos, na falta destes herdarão os tios.

§ 2 Pleiteando filhos de irmãos bilaterais com filhos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que cada um daqueles.

§ 3º Caso todos forem filhos de irmãos bilaterais ou unilaterais, herdarão por igual.

O referido artigo a que se referem os parágrafos §1º e §3º diz respeito aos parentes colaterais, haja vista que o artigo faz menção aos sobrinhos; não havendo irmãos, os sobrinhos irão ser chamados, representando o pai, no qual os sobrinhos do falecido serão convocados para condição de herdeiros.

O parágrafo segundo refere-se à questão dos filhos de irmãos bilaterais e unilaterais, caso o falecido tenha irmãos bilaterais, automaticamente os sobrinhos filhos do irmão do *de cujus* também será bilateral, devido esta linha de raciocínio, pode-se perceber que se o falecido tiver deixado irmãos unilaterais, os filhos destes, também serão unilaterais.

---

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice... Op. Cit., p. 144.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena... Op. Cit., p. 180.

Portanto, este dispositivo remete ao artigo 1841 do Código Civil, tendo em vista que este evidencia a discrepância sucessória entre os irmãos, trazendo, no entanto, a mesma divergência em face dos sobrinhos.

Conforme Dias<sup>13</sup>, “sempre que for chamada a sucessão dos colaterais de segundo grau e terceiro grau, é necessário fazer a seguinte indagação se são irmãos unilaterais ou bilaterais, tal diferenciação atinge até os sobrinhos”.

Assim, o parágrafo terceiro refere-se aos filhos dos irmãos, correlacionado aos sobrinhos, tendo em vista que se todos forem bilaterais ou unilaterais, todos herdaram por igual. Deste modo, pode-se resumir que a sucessão entre os colaterais, mostra a discrepância sucessória entre os sobrinhos, haja vista que uma vez havendo desigualdade entre os irmãos, o mesmo repercutirá em face dos sobrinhos.

## **6 NÚCLEOS NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Ao se pronunciar sobre o direito de família, o que aparece em nossa mente primordialmente é que a família tem como estirpe, a mãe, o pai acompanhado dos filhos. Tal premissa pertence ao passado, hoje a família assume multiformas e configurações admitindo a família mono parental, a união entre pessoas do mesmo sexo e a própria união estável que a muito faz parte do nosso ordenamento jurídico.

Mesmo com toda essa evolução o direito de família finca suas raízes em princípios contraídos como da dignidade da pessoa humana, da isonomia, independentemente da forma que se apresente. Toda exposição, seja em vigência, seja na Constituição Federal ou normas infraconstitucionais, concentram-se em três núcleos centrais do direito de família.

### **a) Pessoal**

Os sujeitos da família unem-se em razão de um vínculo que lhes guia para uma comunhão de vida baseada nos pilares da solidariedade, companheirismo e interação plena de interesses. Seja a filiação biológica, adotiva ou afetiva, os membros da família unem-se com o mesmo animus e interesse de se completarem e conviverem uma vida em comum. Esse sujeito que por qualquer vinculação consolidam uma condição de vida familiar compartilham sua vida pessoal de forma plena, uma completando a outra como pessoa.

Exatamente aí que se torna perceptível a inconstitucionalidade da discrepância sucessória entre irmãos ou sobrinhos bilaterais dos unilaterais, vez que, não pode o vínculo

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice... Op. Cit., p. 145.

biológico determinar a comunhão pessoal que os irmãos unilaterais compartilham com os bilaterais. Seria a própria lei discriminando sujeitos pretendentes, a mesma família.

#### **b) Assistencial**

Neste núcleo assistencial também a discriminação se faz contrária à proteção da família disposta na Constituição Federal, pois, se um irmão bilateral necessitar de alimentos e o irmão unilateral tiverem condições de paga-los, pagará só a metade.

Vejam que o dever assistencial da família é pleno e não determinado pelo vínculo biológico, mais vale adiantar assim como a Constituição que atinge o animus dos sujeitos, de se viverem enquanto família, assim sendo haverá sempre o direito e a obrigação recíproca da assistência entre parentes na forma do artigo 1699 e seguintes do Código Civil.

#### **c) Patrimonial**

E aqui no núcleo familiar que a discriminação, objeto desse trabalho encontra sua problemática. Entre irmãos unilaterais e bilaterais existe individualmente a relação pessoal da família e a obrigação assistencial decorrente de pertencerem ao mesmo núcleo familiar.

Porém, o legislador de 2002 equivocou-se quando deu tratamento discriminatório a estes, em razão da sucessão, como a legislação, em razão da vinculação biológica, define direitos sucessórios discrepantes entre irmãos. A Constituição Federal muito acertadamente evoluiu para proteger todas as formas de família e repudiar qualquer discriminação do Código Civil, na contramão, determina que irmãos unilaterais mesmo sendo familiares, mas numa ligação sanguínea “menos completa” passam a ter diminuído seus direitos sucessórios.

A prestação de alimentos aos filhos biológicos são os mesmos estabelecidos aos adotados. Conforme Gonçalves<sup>14</sup> “os alimentos entre o adotante e o adotado existem em decorrência do parentesco estabelecido entre ambos”.

Gonçalves<sup>15</sup>, com relação ao direito sucessório, aponta que todos os filhos concorrem em igualdade de condições com os filhos de sangue, em razão da paridade estabelecida pelos art. 227, §6º da Constituição e art. 1.628 do Código Civil.

## **7 DISCRIMINAÇÃO EM ESPÉCIE**

As causas que discriminam os irmãos e sobrinhos da ordem de vocação hereditária estão especificadas no art. 1.841e 1843, §2º e §3º do Código Civil.

---

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v. 6: **direito de família...** Op. Cit., p. 360.

<sup>15</sup> Id. Direito Civil Brasileiro, v. 7: **direito das sucessões...** Op. Cit., p. 362.

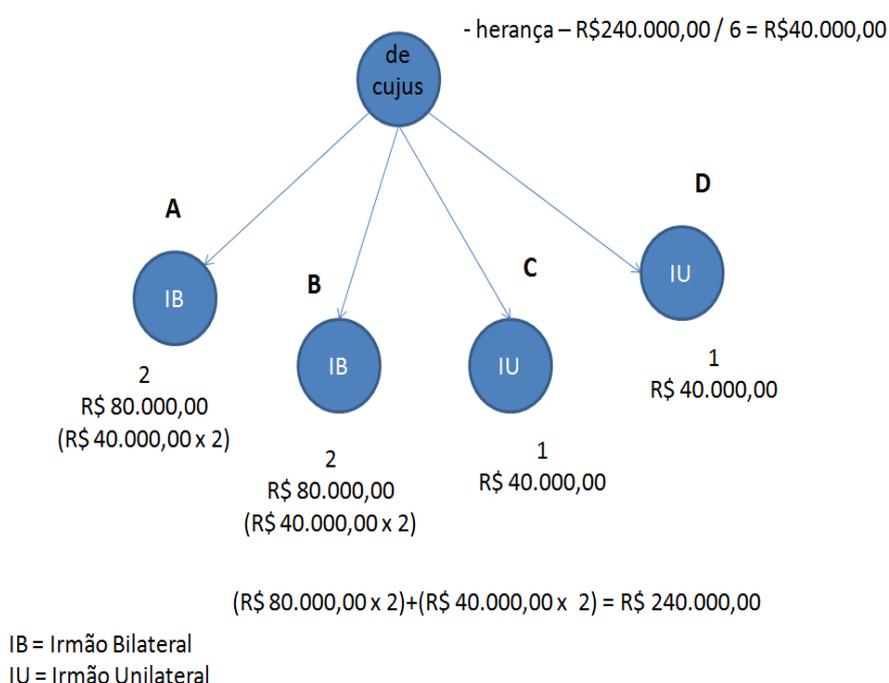
Segundo Venosa<sup>16</sup>, “o princípio da igualdade não adentra em relação aos irmãos, em vista que o irmão bilateral é irmão duas vezes, relação disso deve receber sua parte hereditária dobrada em face do meio irmão”.

Nesse íterim, leciona Venosa<sup>17</sup>:

Os irmãos bilaterais, filhos do mesmo pai e da mesma mãe, recebem o dobro do que couber ao filho só do pai ou só da mãe. Na divisão da herança, coloca-se peso 2 para o irmão bilateral e peso 1 para o unilateral, fazendo-se a partilha. Assim, existindo dois irmãos bilaterais e dois irmãos unilaterais, a herança divide-se em seis partes, 1/6 para cada irmão unilateral e 2/6 (1/3) para cada irmão bilateral.

Note-se que a discriminação em face dos irmãos unilaterais, é estritamente visível, haja vista que o mesmo se repercute sobre os sobrinhos, em virtude que o Código Civil de 2002 deixa clara a discriminação, pelo fato dos irmãos bilaterais serem filhos dos mesmos pais, cabendo aos mesmos o dobro da quota hereditária.

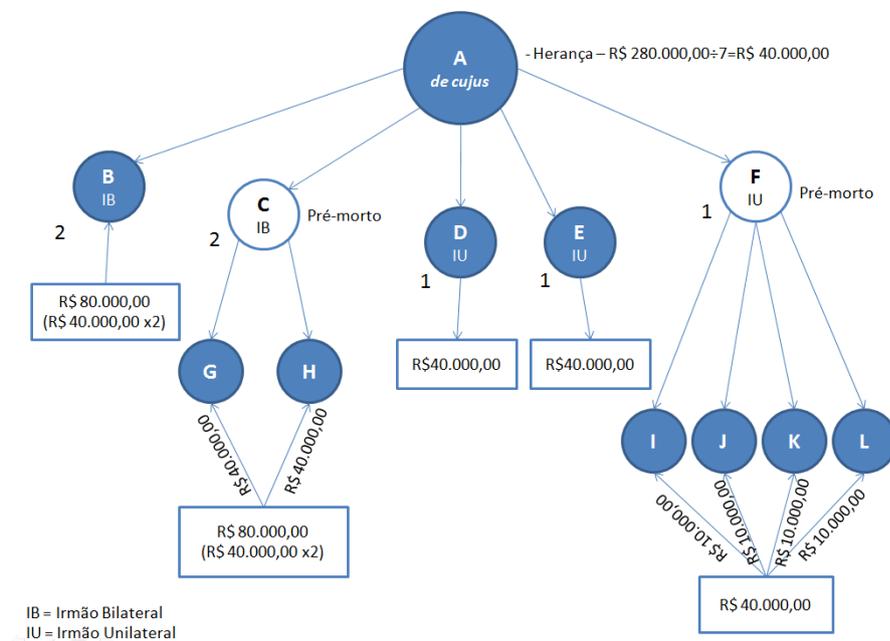
O Código Civil de 2002 em seu artigo 1841 prevê que “pleiteando a herança irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que cada um daqueles herdar”, questão melhor especificada no seguinte gráfico:



<sup>16</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito Civil, v. 7: **direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 156.

<sup>17</sup> Ibid., p. 154.

Em meio a esses motivos, tal discriminação retrata-se que a desigualdade existe, ao passo que tal preceito fere os irmãos e também aos sobrinhos, é o que mostrará no seguinte gráfico abordado:



Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça colaciona o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL DOS ALUGUÉIS AUFERIDOS DE IMÓVEL DO ESPÓLIO. CONCORRÊNCIA DE IRMÃO BILATERAL COM IRMÃS UNILATERAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.841 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Controvérsia acerca do percentual da herança cabível em favor das irmãs unilaterais no inventário do "de cujus", que também deixou um irmão bilateral a quem indicara em testamento como herdeiro único. 2. Discussão judicial acerca da validade do testamento. 3. Possibilidade de o irmão bilateral levantar a parte incontroversa dos aluguéis do imóvel deixado pelo "de cujus". 4. Necessidade, porém, de depósito judicial da parcela controvertida. 5. Cálculo do valor a ser depositado em conformidade com o disposto no art. 1841 do Código Civil ("Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar"). 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO<sup>18</sup>.

Trata-se de um recurso especial em que as irmãs recorrem com o fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. As três irmãs unilaterais do *de cujus* foram admitidas no inventário e recorreram sustentando ofensa ao artigo 1841 do Código Civil de 2002. No caso, percebe-se que o *de cujus* deixou um imóvel cabível a um irmão bilateral.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.203.182/MG**. Brasília, 19 de setembro de 2013. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 26 out. 2014.

Não resta dúvidas que o recorrido é herdeiro legítimo do falecido, cabendo ao mesmo uma parte da herança correspondente a essa parcela do aluguel, desta forma pode-se perceber que devido à existência de um irmão germano e das irmãs, o seguinte caso deve conferir peso 2 ao recorrido e peso 1 às recorrentes, cabendo, portanto 2/5 ao irmão bilateral e 1/5 as irmãs unilaterais.

O entendimento do Tribunal Justiça de São Paulo é pela constitucionalidade do dispositivo:

ARROLAMENTO SUCESSÃO DE COLATERAIS. IRMÃ UNILATERAL QUE SE INSURGE QUANTO AO SEU QUINHÃO COTA INFERIOR A QUE TEM DIREITO OS IRMÃOS GERMANOS OU BILATERAIS (DE MESMO PAI E MESMA MÃE). INTELIGÊNCIA DO ART. 1.841 DO CC. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A REGRA ESCULPIDA NO § 6º DO ART. 227 DA CF/88 SE REFERE À IGUALDADE ENTRE OS FILHOS, NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO, NÃO AOS IRMÃOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO<sup>19</sup>.

Nota-se veemente por todo exposto até o momento que tanto as jurisprudências quanto alguns doutrinadores entendem que na sucessão o caso dos irmãos não afronta os princípios da Constituição Federal cabendo a cada qual receber uma quota diversa.

No entanto vale ressaltar que a Constituição Federal é de extrema relevância, uma vez que a mesma representa a progressão dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, a sucessão dos irmãos é estritamente discriminatória haja vista que uma vez que o irmão unilateral herda a metade do que o bilateral herdar, já existe a discriminação, o laço de consanguinidade seja por parte paterna ou materna do irmão unilateral, não são motivos suficientes para que um herde mais do que o outro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletir sobre a discrepância sucessória entre os irmãos bilaterais e unilaterais requer uma pré-disposição para compreender o tratamento que se repete sobre a linha dos colaterais, haja vista que os sobrinhos recebem o mesmo tratamento.

Por todo exposto, pode-se concluir que a família é à base da sociedade, na qual a mesma só se concretizava com o casamento, no entanto. tal situação não é vista como antigamente, toda esta evolução precisou ser acompanhada donde passou por diversas modificações. A constitucionalização repercutiu no âmbito do direito de filiação com a publicação do texto Constitucional, que passou a tratar com detalhe a família em seu contexto.

---

<sup>19</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 9248081622008826 SP 9248081-62.2008.8.26.0000**. São Paulo, 24 de abril de 2012. Relator: Neves Amorim. Disponível em: [www.tj.sp.jus.br](http://www.tj.sp.jus.br). Acesso em: 26 out. 2014.

Demonstrou-se que no âmbito do direito de família e da filiação que o objetivo da igualdade é o tratamento igualitário e jurídico dos filhos, sendo vedado qualquer ato de discriminação. Desta feita, o ordenamento jurídico deve ser observado pelos entes públicos, sendo vedado qualquer parâmetro desigual.

Observar-se ainda que filho não é aquele simplesmente advindo de uma relação consanguínea, da mesma forma que pai não é aquele que se diz ser pai, em relação da linha reta de parentesco. Na maior parte dos casos estudados, pai é aquele que proporciona o carinho, fazendo daquele convívio a certeza da proteção.

Há de estender-se ainda que os filhos havidos por adoção recebem tratamento igualitário na sucessão, os filhos advindos por adoção recebem os mesmos direitos e qualificações dos filhos biológicos, tratamento este constitucionalmente protegido.

Neste sentido que a constitucionalização dentro do parâmetro familiar buscará suas verdadeiras raízes para além da norma do Código Civil, providenciando, dentre outras medidas, o reconhecimento pleno da igualdade entre irmãos colaterais também para fins sucessórios.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.203.182/MG**. Brasília, 19 de setembro de 2013. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 26 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 6: direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson<sup>o</sup> **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 6: **direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro**, v. 7: **direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito de família e das Sucessões**, v. 5: Manual de Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 9248081622008826 SP 9248081-62.2008.8.26.0000**. São Paulo, 24 de abril de 2012. Relator: Neves Amorim. Disponível em: [www.tj.sp.jus.br](http://www.tj.sp.jus.br). Acesso em: 26 out. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, v. 7: **direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

# EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM SOBRE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

**Joyce Gabriella Martins**

*Acadêmica do 10º período de Direito da FINOM.*

**Raquel Silva Melo**

*Acadêmica do 10º período de Direito da FINOM.*

**Súsan Danielle Novais dos Santos**

*Acadêmica do 10º período de Direito da FINOM.*

**Juliana Aparecida Magalhães**

*Mestre em Direito. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

Este trabalho apresenta a evolução do Direito Brasileiro no que tange à formação familiar. Anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro, a família era caracterizada, unicamente, pelo casamento entre homem e mulher. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar e atribuiu a ela o mesmo status do casamento. Destarte, os laços familiares hoje são constituídos pelo afeto. A Lei assegurou também a conversão da união de fato em casamento. Mas, para que fosse caracterizada a união estável ou o casamento, teria que ser cumprido o pressuposto da diversidade de sexo. Vale ressaltar que a Carta Magna trouxe também como preceitos fundamentais a Dignidade da Pessoa Humana, a Igualdade, e a Liberdade, e, baseando-se nisso, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu como entidade familiar união entre pessoas do mesmo sexo. Esta evolução do Direito de Família não ocorreu com tanta facilidade, pois enfrentou preconceitos indiscriminados, principalmente de ordem religiosa. A homossexualidade sempre esteve presente na humanidade, e, conseqüentemente, sempre houve a constituição de uniões homoafetivas. Portanto, torna-se imprescindível o reconhecimento de direitos e garantias às pessoas homossexuais. Embora a jurisprudência tenha dado esse passo, a matéria ainda não foi legislada, havendo a grande necessidade de uma lei que dê mais chancela a família homoafetiva. Pensando nisso, será encaminhado ao Congresso Nacional, o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual, que será mais um grande avanço no Direito de Família. O Estatuto irá dar aplicabilidade aos preceitos garantidos pela Constituição Federal, assegurando direitos como a adoção, a criminalização da homofobia, bem como direitos de ordem patrimonial.

**Palavras-chave:** formação familiar; união estável; união homoafetiva; afetividade; homossexualidade.

## INTRODUÇÃO

A resolução do Conselho Nacional de Justiça de número 175, aprovada em 14 de maio de 2013, estabeleceu um incomensurável avanço no que tange os direitos de casais homoafetivos. Por meio desta medida, os cartórios de todo o país não poderão se recusar a realizar casamentos civis, bem como converter a união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Este texto do CNJ corrobora a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 05

de maio de 2011, no qual reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar.

Apesar de sempre ter existido, a homossexualidade era ignorada e seus direitos esquecidos. No entanto, cada vez mais essa nova configuração de família estará presente publicamente na sociedade, modificando os conceitos preestabelecidos de formação familiar.

Diante desse progresso e ainda em meio a tanta discriminação, não se pode ficar alheio a essa realidade. Assim, necessário se faz compreender todos os aspectos de formação familiar e como eles refletem na sociedade brasileira, seja hetero ou homossexual.

Tendo em vista a extensão das tutelas asseguradas pela Carta Magna, imprescindível se faz abordar os principais fundamentos que asseguram determinados direitos e garantias fundamentais. E é com fulcro em fundamentos constitucionais, que o presente trabalho científico visa esclarecer certas modificações empreendidas no Direito Pátrio, e, por conseguinte, explanar o reconhecimento das prerrogativas advindas com a evolução de determinados institutos jurídicos. Frente ao exposto, e em detrimento do avanço dos direitos referentes à dignidade, igualdade e liberdade de orientação sexual, demonstrar-se-á os efeitos jurídicos irradiados no âmbito familiar, bem como serão apresentados os novos significados de conceitos preestabelecidos, e, conseqüentemente, as transformações ocorridas até os dias atuais e as que ainda se fazem necessárias.

Para a realização do presente artigo científico, por não haver análise de campo, foi utilizado, principalmente, a pesquisa por meio de livros didáticos referentes ao tema, tal como via internet. Em livros buscou-se apreender as posições doutrinárias e as principais ideias pertinentes ao objeto deste estudo. Lado outro, pelo meio digital a busca se deu, sinteticamente, em sites confiáveis, pelas opiniões sobre o assunto que fundamentaram todo o conceito final desta abordagem. Enfim, para obter o resultado pretendido foi investigado essencialmente o que desponta de mais moderno na atualidade no que tange os meios de formação familiar.

## **1 CONCEITO DE FAMÍLIA ANTES E DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A evolução legislativa trouxe diversas alterações no conceito de família desde a antiguidade até hoje. Isto ocorreu em decorrência de fatores culturais, sociopolíticos e, principalmente, religiosos. Para entender o *status* que a união estável possui hoje se faz necessário retornar na história e acompanhar a evolução da família brasileira.

### **1.1 Histórico**

A Idade Média e, por conseguinte, o Direito de Família, foi marcado por grande influência da Igreja Católica, que detinha uma estreita relação com o Estado. O catolicismo era a religião oficial e a Igreja quem regia status de nascimentos, óbitos e casamentos. Portanto, o casamento religioso também tinha efeitos civis, sendo a única forma de constituição de família.

Em 1980, com a Proclamação da República, houve a segregação de Estado e Igreja. Com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, foi instituído o casamento civil e retirado o valor jurídico do casamento religioso.

Segundo Amin<sup>1</sup>, esta separação de casamento religioso e civil ainda acabou por ser uma grande incentivadora da união estável. A Igreja conduziu os fiéis a se casarem sob a norma religiosa, afirmando que o casamento civil não possuía nenhum valor perante Deus. Portanto, muitas famílias nobres da época, acabaram se casando apenas na Igreja, dando origem ao que hoje se define como união estável.

As Constituições de 1934, 1937, 1946, e 1967 mantiveram o casamento civil e indissolúvel como única forma de constituir família. Posteriormente, a Emenda Constitucional 9/1969 possibilitou a dissolução do casamento através do divórcio.

O Código Civil de 1916 determinava que a família legítima fosse aquela proveniente do casamento civil e a que advinha de união entre pessoas fora do casamento era, portanto, ilegítima. Esta última denominava-se concubinato, não recebendo nenhuma proteção legal. O aludido código ainda fazia restrições ao concubinato, proibindo assim as doações e testamentos à concubina ou instituição desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Gradativamente a jurisprudência caminhou para reconhecer alguns direitos à concubina, pois a ruptura de uma longa união poderia causar injustiças. Desta forma, o STF cristalizou a orientação jurisprudencial na Súmula 380 dispondo que: “Comprovada à existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

O termo concubinato passou a ser usado apenas para definir os casos onde o homem casado vivia simultaneamente com a esposa e concubina. E as restrições do Código de 16 só eram aplicadas a esta relação. Contudo, quando o homem já havia se separado de fato da esposa para viver com outra mulher, ela não era mais concubina e sim companheira, configurando uma união de fato.

Dentre todas as mudanças que ocorreram, a Constituição de 1988 é que foi a grande

---

<sup>1</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. **O novo Código de Direito Civil**: Direito de Família. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2002.

inovadora. Ela ampliou o conceito de família, reconhecendo novas formas de sua constituição. Em seu artigo 226, §3º, a Carta proclamou que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Acerca das inovações trazidas pela Nova Constituição, pontua Dias<sup>2</sup> que:

Ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao afeto ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar.

Após o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal foram editadas duas leis para regular a matéria. A primeira foi a Lei nº 8.971/94, que reconheceu direito a alimentos e a sucessão do companheiro. Entretanto, só consistia a união estável aquela entre homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por tempo de cinco anos, ou, sendo inferior, havendo prole.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.278/96 que dispõe de forma diversa em seu artigo 1º: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Desta forma, esta lei, ao contrário da primeira, não excluiu os separados de fato nem estabeleceu tempo mínimo de convivência. A Lei nº 9.278/96 reconheceu direito real de habitação e estabeleceu também que os bens adquiridos onerosamente na constância da união são considerados frutos do trabalho e colaboração comum.

O Código Civil de 2002 trouxe no livro de Direito de Família um Título tratando da união estável, definindo seus pressupostos, bem como os direitos e deveres dos companheiros, seus aspectos pessoais e patrimoniais.

A união estável agora possui total juridicidade e *status* formal, sendo tão importante quanto o casamento. Isso se dá pelo fato do princípio da afetividade ter sido incorporado no atual ordenamento jurídico.

## 1.2 União Estável e Casamento

A Constituição Federal reconhece o casamento e a união estável, como entidades familiares e, por esta razão, lhes garante proteção. O casamento conceitua-se como “[...] o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida”<sup>3</sup>.

Imprescindível se faz destacar a observação de Gonçalves<sup>4</sup> referente ao conceito de casamento:

Todas as definições apresentam o casamento como união entre homem e mulher, ou seja, entre duas pessoas de sexo diferente. Tal requisito, todavia, foi afastado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu expressamente a inexistência do óbice relativo à igualdade de sexos (uniões homoafetivas).

O artigo 1723 do Código Civil dispõe que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. A interpretação do artigo em questão foi estendida aos casais homoafetivos, em 05 de maio de 2011, quando os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Verificou-se através da mencionada decisão que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide com o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, segundo o qual “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A configuração da união estável difere do casamento, uma vez que este é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, ao passo que a união estável é estabelecida por meio do contrato de convivência, o qual se define como: “[...] o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação por eles constituída”<sup>5</sup>.

O contrato de convivência não possui forma determinada para sua eficácia, podendo ser celebrado por escritura pública ou instrumento particular. Malgrado admissível à informalidade na união estável, esta situação se define com a soma de fatores subjetivos e objetivos, sendo a convivência “more uxório”, o ânimo de constituir família, a notoriedade, a estabilidade ou duração prolongada, a continuidade e a relação monogâmica.

Nas relações matrimoniais, os cônjuges possuem deveres e direitos recíprocos e da mesma forma as pessoas que se unem estavelmente irão contraí-los, sendo declarado pelo art. 1724 do CC, que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.

<sup>4</sup> Ibid., p. 40.

<sup>5</sup> Ibid., p. 641.

lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. No tocante aos direitos dos companheiros, estes abrangem os de cunho pessoal, de natureza patrimonial, além de outros trazidos pela lei. A título de exemplo, no plano material, os companheiros possuem direitos a alimentos, o qual é assegurado pelos arts. 1694 e 1708 do CC; direito a meação, devido à união estável ser equiparada ao casamento realizado no regime da comunhão parcial de bens, conforme o art. 1725, no entanto, o próprio artigo autoriza o afastamento do mencionado regime através de contrato escrito; direito a sucessão hereditária, dentre outras prerrogativas.

Os direitos hereditários dos companheiros devem seguir o disposto no art. 1790 do CC, o qual estabelece:

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

A sucessão proveniente do casamento ocorre seguindo a ordem de vocação hereditária, estabelecida no art. 1829 do CC, sendo imprescindível ater-se ao regime de bens adotado. Nesta forma de sucessão, o direito real de habitação (art. 1831 do CC) e o usufruto viual (art. 1832 do CC) são garantidos ao cônjuge sobrevivente. No entanto, tais direitos não são atribuídos ao companheiro sobrevivente. Esta restrição não se justifica e, conseqüentemente, afronta a norma constitucional, estabelecida no art. 226, § 3º supracitado. Destarte, observa-se que ao ser atribuído o status de entidade familiar à união estável, esta se equipara ao casamento e, portanto, não deveriam existir distinções de ordem patrimonial entre o cônjuge e o companheiro.

### **1.3 Conversão da união estável em casamento**

A Constituição tratou de assegurar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento. Nesse sentido, o Código Civil estabeleceu em seu artigo 1.726 que a conversão da união estável em casamento será feita mediante pedido ao juiz e assento no Registro Civil.

Entretanto, há uma crítica doutrinária quanto ao dispositivo, pois este não apresenta um procedimento a ser seguido e determina que seja feito pedido ao juiz, o que não implica em facilidade na conversão, obrigando que se recorra ao método comum do casamento. Dessa maneira, há uma colisão da norma civil com a norma constitucional.

De qualquer modo, a conversão será feita dispensando-se a cerimônia de celebração e comprovando-se a inexistência de impedimentos.

Posterior ao Código Civil de 2002, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) editou provimentos para tratar da conversão da união estável em casamento naquele estado. Acontece que os estados da federação estavam tomando medidas diferenciadas para realizar a conversão.

Tendo em vista essa situação o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) dirigiu em junho de 2013 um pedido de providência ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que haja regulamentação em âmbito nacional sobre a conversão da união estável em casamento.

Segundo notícia publicada pela assessoria de comunicação do IBDFAM, conforme pedido enviado ao CNJ:

Devem ser observados e padronizados em todo o País os seguintes procedimentos: os companheiros sem impedimentos legais para casar poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, mediante requerimento ao Oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio, juntando os documentos previstos no art. 1.525 do Código Civil, devendo as testemunhas certificar a existência da união estável, sob as penas da lei, dispensando-se os proclamas e os editais<sup>6</sup>.

## **2 UNIÃO HOMOAFETIVA**

### **2.1 Dimensões dos Direitos Fundamentais**

Sabe-se que com o decurso dos tempos, a tendência é que a sociedade evolua cada vez mais e, em virtude da modernização, fazem-se necessários novos recursos, como também, a ampliação da tutela Estatal. Desta maneira, torna-se evidente que os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas sim, conforme a demanda de cada época.

Com o progresso social diversas prerrogativas foram reivindicadas e, após o acolhimento destas pela ordem jurídica, o ser humano pôde usufruir de novos direitos essenciais à vida. Assim, considerando o perfil histórico, os direitos fundamentais foram inseridos na Constituição Federal e agrupados em dimensões, com base no lema da revolução francesa: liberdade (1ª dimensão), igualdade (2ª dimensão) e fraternidade (3ª dimensão). Além das três dimensões referidas, seletos autores classificam outras duas, sendo: 4ª dimensão

---

<sup>6</sup> TJS INFORMAM ao CNJ como é feita a conversão de união estável, conforme pedido de providência do Ibdfam. **IBDFAM**, 28 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5128/TJs+informam+ao+CNJ+como+é+feita+a+conversão+de+união+estável%2C+conforme+pedido+de+providência+do+Ibdfam>>. Acesso em: 17 out. 2013.

(associada à globalização) e 5ª dimensão (concernente aos avanços tecnológicos).

No entanto, é importante saber que os direitos fundamentais não são apenas os existentes na CF. Até a mesma em seu art. 5º, § 2º, dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O aludido parágrafo refere-se ao caráter não exaustivo dos direitos fundamentais e, em virtude deste caráter, são reconhecidos importantes direitos que, embora não declarados expressamente em lei, podem ser exercidos de maneira eficaz.

Pelo exposto, é crucial destacar os direitos dos casais homoafetivos, os quais, mesmo com a inexistência de lei específica, fazem jus a uma vida digna, exercida de forma igualitária e com plena liberdade para constituírem família, seja através do matrimônio ou pela união homoafetiva. Logo, é perceptível a incidência do direito a liberdade, igualdade e dignidade, os quais pertencem, respectivamente, à 1ª, 2ª e 3ª dimensão dos direitos fundamentais.

## **2.2 Homossexualidade**

As explicações sobre as origens da homossexualidade são diversas. As opiniões sempre se dividiram entre os que acreditavam que se nascia gay e aqueles que achavam que a pessoa se tornava homossexual, seja por escolha ou por influência do meio em que vivia.

Hodiernamente, sustenta-se que a sexualidade é definida antes do nascimento. Essa moderna teoria, ligada a estudos biológicos, afirma que “a formação da sexualidade acontece antes do nascimento – em parte pelos genes, mas também por fatores que atuam na formação do feto”<sup>7</sup>.

Essa nova forma de pensar sobre o que leva alguém ser homossexual é extremamente importante para desmitificar o arcaico pensamento religioso de que a homossexualidade é algo diabólico e patológico. Tanto é, que a antiga crença de que a homossexualidade era um transtorno mental, portanto passível de cura, foi superada.

Desse modo, o termo “homossexualismo”, que remetia a uma ideia de doença por causa do sufixo “ismo”, fora substituído por “homossexualidade”, pela Associação Psiquiátrica Americana, em 1973. Já em 1993, a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou o “homossexualismo” da lista internacional das doenças mentais.

Acredita-se que os fatores biológicos, como genes e hormônios, são responsáveis por mais de 50% da orientação sexual. Apesar de predominante, não é tudo. Outros tópicos

---

<sup>7</sup> PORQUE GAYS são gays? **Revista Superinteressante**, jan. 2006. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/gays-sao-gays-446194.shtml>>. Acesso em: 16 out. 2013.

também são relevantes para a formação da sexualidade. Como, por exemplo, o fator psicológico. Entende-se que as experiências adquiridas ao longo da criação de uma pessoa também influem na determinação da sua sexualidade.

Independentemente de qual seja a origem da homossexualidade, ela está presente na realidade do mundo. Não há como fingir que ela não existe.

Neste contexto, oportuna é a observação da doutrinadora e Presidenta da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, Dias<sup>8</sup>:

O fato é que a homossexualidade acompanha a história do homem. Sabe-se da sua existência desde os primórdios dos tempos gregos. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal.

### 2.3 União homoafetiva como sociedade de fato

Anteriormente ao reconhecimento da relação ou convivência entre pessoas do mesmo sexo como união estável (ou casamento), tinha-se a união homossexual tão somente como uma sociedade fato. Este é o tipo de sociedade em que não há contrato social escrito, seja entre pessoas casadas ou não. Nesse passo, impende destacar a observação do eminente Gonçalves Neto<sup>9</sup>: “[...] pode-se dizer que a sociedade em comum insuscetível de comprovação escrita é uma *sociedade de fato*, que se caracteriza pela circunstâncias de os sócios não terem como invocar as relações jurídicas que possam ter ajustado entre si ou com terceiros”.

Assim, aplicava-se a inteligência trazida pela Súmula 380 do STF, na qual, uma vez comprovada a sociedade de fato, “é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Dessa forma, confirmada a participação de um dos parceiros para a aquisição de patrimônio comum, podia-se comunicar com o final da união os bens adquiridos, seja para título de concessão de benefício do INSS, dissolução da relação ou sucessão.

Esse entendimento também era o adotado pelo STJ. Não obstante, este órgão de jurisdição superior foi além, reconhecendo aos casais homoafetivos direitos similares aos da união estável, conforme se observa no julgado da íncrita Min<sup>o</sup> Nancy Andrichi:

---

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. Cit.

<sup>9</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: Comentários aos arts. 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. - Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1º da Lei nº 9.278/96. - A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido<sup>10</sup>.

Todavia, apesar de uma evolução no ordenamento jurídico, essa forma de se pensar a relação homoafetiva como sociedade de fato acarreta injustiças e discriminações. Isso se deve ao trato diferenciado às formações familiares baseadas nos mesmos predicados, distinguindo-se apenas pela igualdade ou diferença de sexos que cada casal possui. O *animus* de conviver com outrem, compartilhando e comungando relações de todas as esferas (pessoais, patrimoniais e assistências), é o que realmente constitui uma família. E isto casais hetero ou homossexuais podem ter.

Sabendo que hoje a procriação não é mais o motivo para constituir família, o vínculo afetivo interfere como fator determinante para sua formação. É pela afetividade dos membros, pela vontade que as pessoas têm de se unirem para compartilharem a comunhão de vida plena que se desenvolve um núcleo familiar.

E, não sendo poucos os casos de relacionamento homossexual, cada vez mais surgem novas famílias advindas deles. Dessa forma, as chamadas uniões homoafetivas, aquelas provenientes de pessoas do mesmo sexo, necessitam de uma chancela muito maior do poder público para efetivamente se firmarem na sociedade.

## 2.4 Homoafetividade e atualidade

Sabe-se que a diversidade de sexos é requisito objetivo para a caracterização da união estável, uma vez que a legislação menciona relação entre homem e mulher. Seguindo esse pressuposto não haveria que se considerar a união homoafetiva.

Sobre o assunto Dias<sup>11</sup> pontua que: “Em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias”.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 773136/RJ**. Brasília, 2006. Relatora: Minº Nancy Andrighi. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 10 jun. 2013.

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. Cit.

Entretanto, mesmo com a falta de legislação, o entendimento observado na jurisprudência está alterando essa situação. Em maio de 2011, ao julgar procedente por unanimidade a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Preceito Fundamental 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo.

Essa decisão vinculante e *erga omnes* deu uma interpretação constitucional ao artigo 1723 do Código Civil, vedando qualquer discriminação em virtude, de sexo, primando assim pelo Princípio da Igualdade estabelecido no 3º inciso IV da Constituição Federal.

A Instrução Normativa 126 de 17 de agosto de 2011 do STF dispôs em seu artigo 2º que se considera como entidade familiar a convivência contínua, pública e duradoura entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos.

Portanto, a partir dessa decisão, a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar tendo os mesmos direitos da união heteroafetiva. Sendo assim, é importante observar que a união de casais do mesmo sexo também possui a prerrogativa de converter a união em casamento.

Alguns cartórios ainda estavam impondo dificuldades quando os casais homoafetivos requeriam a conversão. Por esse motivo, considerando que a referida decisão fora dotada de efeitos vinculantes a todos os órgãos do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução 175 de maio de 2013. A resolução veda ao Registro Civil a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo.

Noutro giro, sendo a família hoje constituída por laços de afeto faz-se importante ressaltar a adoção por casais homoafetivos. A adoção era prerrogativa exclusiva de casais heterossexuais. E sempre foram feitos muitos questionamentos acerca da formação social e psicológica de uma criança adotada por pessoas do mesmo sexo. Segundo Dias<sup>12</sup>:

Essas preocupações, no entanto, são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio de crianças com pais do mesmo sexo. Também não há registro de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos. Igualmente nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarreta perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero. Diante

---

<sup>12</sup> Id. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6\\_-ado%E7%E3o\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2013.

de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologias nos filhos.

Não há, ainda, nenhuma legislação que trate a respeito da adoção por pessoas do mesmo sexo. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) garante o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, e prevê também que será deferida a adoção quando apresentar vantagens ao adotando. Baseando-se nessas garantias a jurisprudência vem deferindo, cada vez mais, casos de adoção por casais homoafetivos.

Acerca do assunto, vale tomar nota deste trecho extraído de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe”<sup>13</sup>.

Ato contínuo, a Constituição Federal resguarda como direitos fundamentais a igualdade e a dignidade. E, muito embora já tenham sido proferidas inúmeras decisões reconhecendo os direitos das pessoas homossexuais, faz-se imprescindível a criação de legislação infraconstitucional que dê aplicabilidade do disposto na Constituição.

A perseguição sofrida pelas pessoas homossexuais, bissexuais, transexuais, transgêneros e intersexuais acaba por pedir uma tutela maior do Estado. Com base nisso, a Ordem dos Advogados do Brasil irá encaminhar ao Congresso Nacional o projeto legislativo do Estatuto da Diversidade Sexual.

O Conselho Federal da OAB aprovou em março de 2011 a constituição da Comissão Especial da Diversidade Sexual, presidida por Maria Berenice Dias. A Comissão ficou responsável por elaborar o projeto do Estatuto e ouviu ainda diversos movimentos sociais.

O Estatuto será apresentado à Câmara Federal como iniciativa popular, mas para isso está recolhendo assinatura dos cidadãos e necessita de pelo menos um milhão e meio de adesões. Se aprovado, o Estatuto será mais um grande marco na luta pelos direitos homoafetivos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo discutiu a evolução no conceito de família, culminando na formação do núcleo familiar por uniões afetivas, particularmente de casais homoafetivos. Com enfoque nas principais conquistas dos homossexuais, foi retratada especificamente a busca pela

---

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 889852/RS**. Brasília, 10 de agosto de 2010. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 10 jun. 2013.

normatização, fato necessário para a consolidação dos direitos de casais homoafetivos.

Sabe-se que os dogmas impostos pela Igreja e por grande parte da sociedade, que ainda estimulam a persistência de certos comportamentos, acarretando na dificuldade da coletividade em aceitar as diferenças, constituem verdadeiros obstáculos para uma legislação específica sobre o tema.

Ademais, este texto objetivou desmitificar ideias preestabelecidas acerca da homossexualidade, que estimulam discriminação e repúdio à esta comunidade tão marcantemente presente na sociedade brasileira (e mundial!). Diante do exposto em todo artigo, infere-se que esta meta foi atingida ao mostrar que as origens da homossexualidade não advém de uma opção sexual, mas de uma interferência biológica e, desse modo, genética. E, mais, o próprio texto constitucional, acompanhado das leis infraconstitucionais, veta qualquer atitude discriminatória.

No entanto, nota-se que apesar da determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de proibir a recusa dos Cartórios em efetuar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece as união homoafetivas como entidade familiar, ainda falta muita matéria sobre o assunto a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Lado outro, o atual desenrolar dos acontecimentos faz com que se acredite que o próximo passo será um concreto regramento dos direitos da sociedade LGBT. Mesmo que o projeto de lei que instauraria o Estatuto da Diversidade Sexual não seja aprovado pelo Congresso Nacional, outra lei não tardará a entrar em vigor.

Enfim, a doutrina e jurisprudência moderna, apesar de divergentes em tantos pontos, tendem a afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana para *todas* as pessoas, independente da sua sexualidade. Consequentemente, a legislação brasileira, buscando a legalidade e, principalmente, a legitimidade, acompanharão essa tendência doutrinária e jurisprudencial.

Portanto, quanto mais for discutido, debatido, quanto mais penetrar no assunto, buscando todas as nuances, todas as contradições, indubitavelmente o resultado será grandioso na afirmação dos direitos do povo.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **O novo Código de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 773136/RJ**. Brasília, 2006. Relatora: Min<sup>o</sup> Nancy Andrighi. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 10 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 889852/RS**. Brasília, 10 de agosto de 2010. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 10 jun. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6\\_-\\_ado%E7%E3o\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf). Acesso em: 26 out. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: Comentários aos arts. 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORQUE GAYS são gays? **Revista Superinteressante**, jan. 2006. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/gays-sao-gays-446194.shtml>. Acesso em: 16 out. 2013.

TJS INFORMAM ao CNJ como é feita a conversão de união estável, conforme pedido de providência do Ibdfam. **IBDFAM**, 28 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5128/TJs+informam+ao+CNJ+como+é+feita+a+conversão+de+união+estável%2C+conforme+pedido+de+providência+do+Ibdfam>. Acesso em: 17 out. 2013.

# **A EXCLUSIVIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADO POR POLICIAIS MILITARES EM SERVIÇO OU EM RAZÃO DA FUNÇÃO**

**Ernani Dias dos Santos**

*Policial militar. Graduado em Direito pela FINOM.*

**Rodolfo Ramos Caldeira**

*Mestrando em Administração. Especialista em Direito. Docente e  
Coordenador do Curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas –  
FINOM.*

## **RESUMO**

O presente trabalho visa demonstrar a competência exclusiva da Polícia Judiciária Militar – PJM na instauração do inquérito policial militar - IPM, sua finalidade e excepcionalidade quando elaborado para elucidar crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por policiais militares em serviço, afastando a possibilidade da instauração de Inquérito Policial – IP pela Polícia Judiciária Civil para investigar o mesmo fato. O IPM é um procedimento investigatório que tem por escopo apontar as infrações penais militares e sua autoria, bem como as circunstâncias que determinaram a ocorrência do fato, desta forma auxiliando o Ministério Público- MP através das provas materiais ou não, obtidas durante a apuração, para que assim este possa dar início se necessário à propositura da ação penal. Seguindo essa linha busca-se demonstrar através da legislação, da doutrina e das jurisprudências que é competência da PJM a instauração de IPM no caso descrito acima e que uma vez instaurado não pode a PJC instaurar IP apurando o mesmo fato, pois não pode o policial militar responder dois procedimentos administrativos apurando o mesmo fato.

**Palavras-Chaves:** Polícia Judiciária Militar; Inquérito Policial Militar; Crimes Dolosos Contra a Vida de Civil.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por escopo, através de uma pesquisa teórica, estudar a competência exclusiva da Polícia Judiciária Militar – PJM no que tange a instauração do Inquérito Policial Militar – IPM nos crimes dolosos contra a vida de civis praticados por policiais militares em serviço ou em razão da função, desta forma será analisado o IPM desde sua instauração até sua conclusão.

A Constituição da República de 1988 – CF prescreve a partir do artigo 144 que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo assim se pode afirmar que é dever do Estado fornecer a segurança pública bem como punir aqueles que infringirem dispositivos legais, cabendo a este como titular do Direito de punir, empenhar-se através de um devido processo legal, angariar por meio de uma investigação que comprove materialmente por um conjunto probatório a autoria do fato delituoso, somente assim

proceder-se-á ação penal, com o objetivo de efetivar o *jus puniendi* com segurança para impor a sanção aquele que é de fato culpado.

A autoridade judiciária em regra é competente para dar início ao inquérito policial – IP, entretanto quando se tratar de crimes dolosos contra a vida de civil praticados por policiais militares no exercício da função ou em razão da função caberá a PJM instaurar o inquérito policial militar com o objetivo de colaborar para que ao final possa o Ministério Público dá início ou não a ação penal.

A CF de 1988 instituiu em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, a competência do Tribunal do Júri para julgar crimes dolosos contra a vida, entretanto crimes dolosos contra a vida de civil praticado por policiais militares em serviço ou em razão da função eram julgados pela Justiça Militar até 1996, quando surgiu a Lei nº 9.299 que alterou os dispositivos dos Decretos-Leis nº 1.001 Código Penal Militar e 1.002 do Código de Processo Penal Militar, passando a competência do julgamento do crime doloso contra a vida de civil praticado por policial militar em serviço ou em razão deste para a Justiça Comum “Tribunal do Júri” quando pronunciado.

A Lei nº 9.299/96 surgiu através de um clamor social, uma vez que a época dos fatos havia ocorrido grandes tragédias envolvendo policiais militares, elaborada pelo então Deputado Federal Hélio Bicudo, foi rapidamente aprovada como forma de resposta à sociedade, pois, entendia-se que o motivo do grande número de homicídios praticados por policiais em serviço se davam em razão destes serem julgados pela Justiça Militar, acreditavam que essa era tendenciosa a beneficiar o militar e causava aos civis uma sensação de impunidade.

Com a aprovação da Lei nº 9.299/96 que transferiu então a competência para a Justiça Comum, no tribunal do Júri, julgar os crimes dolosos contra a vida de civis praticadas por policiais militares em serviço ou em razão da função, emerge-se o que se denomina conflito positivo de competência, pois as Polícias Civis entenderam que com a transferência de competência essa passou a ser parte legítima para instaurar o IP, entretanto as Instituições Policiais Militares entendem que mesmo transferindo a competência para julgar tais crimes a Justiça Comum, continuam elas competentes para a elaboração do IPM. O assunto é polêmico até mesmo entre os Juízes de Direito da Justiça Comum como para os Juízes de Direito da Justiça Militar bem como para os demais operadores do Direito. Neste prisma torna-se interessante analisar a fundo o estudo sobre o conflito positivo de competência das Instituições Policiais para a instauração do IP ou IPM nos crimes dolosos contra a vida de

civis praticados por policiais militares em serviço ou em razão da função, visto que isto tem gerado prejuízos desnecessários ao erário público com investigações paralelas e desgaste entre as referidas Instituições.

A Polícia Judiciária Militar é a responsável em apurar infrações penais militares, ou seja, crimes militares praticados por policiais militares, para que isto ocorra é instaurado um procedimento administrativo denominado IPM, que visa buscar a materialidade e autoria do delito com o objetivo de obter todos os meios de provas legais, para que assim o suspeito possa ser ou não condenado pelo delito.

Tal procedimento é realizado pela autoridade militar, tanto no âmbito das Forças Armadas, quanto no âmbito das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares Estaduais e do Distrito Federal, as autoridades militares competentes para a instauração deste procedimento estão previsto no artigo 7º do Código de Processo Penal Militar – CPPM, e no âmbito estadual por semelhança são Comandante Geral, Corregedor, Comandantes Regionais, Comandantes de Unidades, Chefes e Diretores das respectivas Polícias Militares e Bombeiros Militares. Entretanto, quando concluído tal procedimento será remetido a Justiça Militar quando ficar provado que o crime cometido é de competência desta ou a Justiça Comum quando ficar provado o contrário.

No exercício da função policial militar é corriqueira a necessidade do uso da força, sendo assim quando ocorre o crime doloso contra a vida de civil praticado por policiais militares em serviço ou em juízo deste, desponta então a polêmica a respeito da competência para a apuração do delito penal, uma vez que a Polícia Judiciária Militar e a Polícia Judiciária Civil se declaram competentes. Sendo assim inúmeras às vezes o policial militar que se envolve em tal delito é submetido a dois procedimentos administrativos que apuram o mesmo fato, o IMP instaurado pela Polícia Judiciária Militar e o IP Instaurado pela Polícia Civil, situação que não pode ser tolerada, pois fere os direitos e garantias fundamentais do policial como pessoa, estabelecidos na CF/88, uma Constituição cidadã elaborada sob a égide de uma Democracia. Quanto à competência para julgar tal crime é pacífico o entendimento entre os operadores do Direito que está a cargo da Justiça Comum perante o Tribunal do Júri quando for o caso.

Sendo assim nasce a problematização deste estudo no tocante a competência exclusiva da Polícia Judiciária Militar para a instauração do Inquérito Policial Militar nos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares em serviço ou em razão deste.

Seguindo este prisma, serão demonstrados através dos dispositivos legais, doutrinas e jurisprudências que é competência exclusiva da PJM a instauração do IPM e que este é instrumento legal, exclusivo e imparcial que colaborará com o Ministério Público para que ele possa pronunciar ou não o acusado, e também esclarecer que não pode o policial militar ser indiciado em dois procedimentos administrativos que apure o mesmo fato, visto que isto violaria um dos maiores e abrangentes fundamentos expressos na CF/88 o qual seja a dignidade da pessoa humana, entre outros direitos fundamentais.

Será elaborado um estudo teórico com técnicas normativas, utilizando-se o método dedutivo, buscando explicar através deste, a exclusividade do IPM nos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por policiais militares em serviço ou em razão da função, concluindo ao final do estudo se este procedimento é ou não exclusivo e se é a PJM a competente para instaurar tal procedimento administrativo.

## **1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS**

Desde os primórdios da humanidade, as normas de condutas já existiam como forma de controlar o homem em seu convívio em sociedade. Desta forma o Direito Penal surgiu na Idade Primitiva, onde de fato não existia um sistema orgânico de princípios gerais, uma vez que naquele período tudo girava entorno da magia e da religião, acontecimentos naturais maléficos eram atribuídos às divindades e a feiticeiros, encolerizados pela prática de fatos que exigiam reparação.

Segundo Mirabete<sup>1</sup>, “a pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça”.

No direito penal primitivo houve varias fases de evolução da vingança penal, entretanto, estas não se sucederam sistematicamente, ou seja, uma fase conviveu com a outra por um largo período.

São três as fases do Direito Penal primitivo: fase da vingança privada; fase da vingança divina; e fase da vingança pública.

A primeira fase é conhecida por fase da vingança privada, pois autorizava aquele que fosse vítima ou a seus próximos, buscarem vingança sem limites contra o autor do crime.

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 28. ed. Atualização Renato Nº Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16.

Segundo Mirabete: “Na denominação fase de vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo”.

A segunda fase conhecida por fase da Vingança Divina pregava que a repressão ao crime era a satisfação dos deuses. Nesta fase ficou evidente a influência da religião na vida das pessoas como forma de castigar o autor de determinado crime, para a satisfação do Deus ofendido, era a ira deste Deus caindo sobre o infrator como forma de repressão, castigo. Nesta fase a aplicabilidade das sanções ficava a cargo dos sacerdotes, que como representantes dos deuses, encarregavam-se da justiça.

Segundo Teles<sup>2</sup> apesar da Lei de Talião ser considerada uma maneira extraordinariamente rígida de aplicar a sanção aquele que a violasse, foi através dela que a sociedade passou a estabelecer os limites para as penas aplicadas aos autores de crimes, ou seja, passou-se a limitar a vingança privada.

Segundo a lição de Dotti<sup>3</sup>, a Lei de Talião nada mais era do que aplicar ao autor de um delito o mesmo sofrimento praticado por ele, ou seja, consistia em impor ao autor o mesmo sofrimento produzido por ele.

A pena de Talião (do latim *talis* = tal, tal qual) consistia em impor ao delincente um sofrimento igual ao que produziria com sua ação. Assim consta na Bíblia: “Pagará a vida com a vida; mão com mão, pé por pé, olho por olho, queimadura por queimadura” (Êxodo, XXI, versículos 23 a 25). Aquela antiga modalidade de sanção penal caracterizou uma moderação relativamente ao exercício da vingança como reação à ofensa e consta no Código de Hamurabi, na legislação mosaica e na Lei das XII tábuas<sup>4</sup>.

Na sociedade primitiva, o direito penal era aplicado como forma de se obter a vingança, de forma desproporcional ao agravo e sem senso de justiça, com requintes de crueldade que transcendia a pessoa do autor.

Com a evolução do pensamento, surge a fase da composição penal que possibilitaria ao autor de uma lesão, uma transação pecuniária, ou seja, caberia a este ressarcir a vítima ou a sua família pelos danos causados ao invés de receber castigos físicos, entretanto este instituto logo deixou de ser aplicado devido às desigualdades sociais existentes.

A terceira fase se deu com a evolução da sociedade, chamada fase da vingança pública, onde o Estado passa a ser o detentor do poder de punir, isto para garantir a autoridade e a segurança do soberano ou príncipe da época, as penas ainda eram cruéis e desumanas.

---

<sup>2</sup> TELES, Ney Moura. **Direito penal**. Parte geral – I. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>3</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 125.

Tais penas eram aplicadas em obediência a religião. “Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus, e era seu intérprete e mandatário”<sup>5</sup>.

Posteriormente com os movimentos iluministas surge então no Direito Penal o período humanitário, logo em seguida tais aspirações dão origem a legislações que garantiam o Direito do indivíduo como ser humano.

No Brasil, estiveram em vigor as Ordenações Afonsinas até 1512 e Manuelinas até 1569, sendo substituídas pelo Código de D. Sebastião até 1603. Daí em diante passou a serem utilizadas as Ordenações Filipinas, que eram espelho dos tempos medievais. Desta forma o delito era tratado como pecado e com a ofensa moral, prevalecendo punições cruéis aos apóstatas, hereges, feiticeiros e benzedores. Aplicavam-se penas cruéis como açoites, degredo, mutilação, queimaduras, pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo etc., com o objetivo de espalhar o temor.

Proclamada a independência, a Constituição de 1824, consagrou o princípio da igualdade, da irretroatividade da lei penal, bem como aboliu as penas cruéis, e em 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império. De índole liberal, o Código Criminal fixava um esboço de individualização da pena, previa e existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos.

A Constituição Federal do Brasil de 1891, de forma clara tratou de princípios fundamentais, tais como, da reserva legal, do juiz natural, da intranscendência da pena, ou seja, nenhuma pena passará da pessoa do réu. Aboliu as penas de morte (exceto nos crimes militares em tempo de guerra), de banimento, e a de galés<sup>6</sup>.

Percebe-se então que a partir da Constituição de 1891 o processo condenatório começa a caminhar para uma valoração do devido processo legal, onde os direitos dos autores de delitos passam a serem tipificados, podendo estes agora sim buscar todos os meios de provas legais para se defender e terem garantido seus direitos.

### **1.1 Direito Penal Militar**

O Direito Penal Militar é considerado um ramo especial do Direito Penal, diferente das normas comuns que são aplicadas a todos os cidadãos, o Direito Penal Militar é destinado a determinado grupo em razão da situação ou condição em que se encontre.

---

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual...* Op. Cit., p. 16.

<sup>6</sup> TELES, Ney Moura... Op. Cit.

No Direito Penal Militar tutelam-se, em linhas gerais, valores essenciais às organizações militares, tais quais a Hierarquia e a disciplina.

O Direito Penal Militar é considerado especial porque atinge a determinado grupo, em razão de sua condição de militar na maioria das vezes, e visa defender o bem jurídico violado, que estão ligados diretamente a hierarquia e disciplina<sup>7</sup>.

O Direito Penal Militar surgiu na antiguidade, entretanto vale ressaltar que foi os romanos que de fato o elevaram a condição de instituto jurídico. Os romanos eram disciplinados e agiam dentro da hierarquia, tiveram grande sucesso nas batalhas por terem organizado seu exercito, utilizando normas jurídicas eficazes.

As punições aplicadas ao exercito romano tinham por base castigos corporais, como a bastonada<sup>8</sup>. Os romanos foram referências para as demais civilizações no que tange suas táticas militares e suas leis.

O direito castrense brasileiro tem sua origem em Portugal ou, ao menos, na legislação penal portuguesa, entre ela as Ordenações Filipinas, posteriormente os Artigos de Guerra do Conde de Lipe em 1763.

É possível afirmar, como assinala Univaldo Corrêa, que o Direito português que no Brasil “aportou” tem matrizes romanas marcadas por forte influência do Código Visigótico e, ainda, pequeno influxo oriundo do domínio sarraceno.

Em 1808, D. João VI através de alvará instituiu o Conselho Supremo Militar e de Justiça. Mas é a partir de 20 de outubro de 1834, mediante uma Provisão é que os crimes militares passam a ser divididos nas espécies de crimes militares cometidos em tempo de paz e em tempo de guerra. O primeiro Código Militar brasileiro foi o Código da Armada (Decreto nº. 18 de 7 de março de 1891), o qual foi aplicado ao Exército (Lei nº. 612, de 28 de janeiro de 1899) e à Aeronáutica (Decreto-lei nº. 2.961, de 20 de janeiro de 1941)<sup>9</sup>.

No ano de 1944, através do Decreto-Lei nº 6.227 surge o primeiro Código Penal Militar no Brasil. Atualmente encontra-se em vigor o Código Penal Militar, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.001 de 1969.

O Direito Penal Militar é especial, pois a aplicação de suas sanções se dá quase que exclusivamente aos militares integrantes das Forças Armadas, das Polícias Militares, e dos Corpos de Bombeiros Militares, com objetivo de proteger os valores dessas instituições<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> COSTA, Alexandre Henriques da. **Manual prático dos atos de polícia judiciária militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2005.

<sup>8</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> ASSIS, Jorge Cesar de. **Código de processo penal anotado**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. v. 1.

Para Roth<sup>11</sup>, o direito militar visa orientar e organizar as atividades dos militares, os quais diante à população civil possuem muito mais deveres e obrigações, e justamente por isso se faz necessário a existência de um arcabouço jurídico próprio.

Desta forma o Direito Penal Militar foi elaborado para ser aplicado a determinada categoria de pessoas com objetivo de assegurar a efetividade, a qualidade dos serviços prestados a sociedade e sobre tudo os valerosos pilares das Instituições Militares que é a hierarquia e a Disciplina.

## 1.2 Crime Militar

A definição de crime militar é uma tarefa árdua, que há muito vem sido objeto de discussão entre os doutrinadores, sabe-se que os tipos penais militares tutelam os bens de interesses das instituições militares e por cuidar a legislação militar, não somente dos crimes praticados no exercício da função, torna-se mais difícil ainda sua definição.

A própria CF/88, não define exatamente o que venha a ser o crime militar, apenas faz menção por diversas vezes a este instituto jurídico, como pode ser observar no artigo 5º, inciso LXI - “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de *transgressão militar ou crime propriamente militar*, definidos em lei” (grifo nosso), no artigo 124 “à Justiça Militar compete processar e julgar os *crimes militares definidos em lei*” (grifo nosso).

Ao longo da história vários doutrinadores tentaram definir o que é crime militar, estabelecendo critérios, quais sejam, o critério em razão da pessoa (*ratione personae*), que define crime militar como sendo todo o crime cometido por militar; o critério em razão do lugar (*ratione loci*), no qual o crime militar é todo o crime ocorrido em local sujeito à administração militar; o critério em razão da matéria (*ratione materiae*), no qual o crime militar é todo o crime que versa sobre a matéria militar e o critério em razão da lei (*ratione legis*), segundo o qual o crime militar é todo aquele previsto em lei penal militar como tal.

Na lição de Assis<sup>12</sup>:

O critério *ratione materiae* exige que se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente. São delitos militares *ratione personae* aqueles cujo sujeito ativo é militar, atendendo exclusivamente à qualidade militar do agente. O critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar. São delitos militares *ratione temporis* os praticados em determinada época, como por exemplo, os

---

<sup>11</sup> ROTH, Ronaldo João. **Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

<sup>12</sup> ASSIS, Jorge Cesar de. **Código...** Op. Cit., p. 124.

ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios.

Para Lobão<sup>13</sup>, “[...] os critérios *ratione materiae*, *ratione personae*, e *ratione loci* subordinam-se ao critério *ratione legis* (fato delituoso tipificado na lei – Código Penal Militar)”.

Sendo assim Lobão defende que crime militar é o que a Lei define como tal, pois este critério, *ratione legis* (em razão da lei) prevalece sobre os demais, pois só se falara em crime militar quando o fato estiver tipificado no CPM como crime.

Nota-se a dificuldade que é definir ao certo o conceito de crime militar de forma completa e aceita por todos doutrinadores.

As dificuldades que se apresentam para elaborar um conceito completo e imutável de crimes militares, foram elas definidas em normas a fim de evitar definições incompletas ou deficientes, incapazes de aplicação prática, que somente os conduziam ao erro, ou a insuficiência, ou a contradição<sup>14</sup>.

Para o ilustre Promotor da Justiça Militar da União, Dr. Assis<sup>15</sup>: “Crime militar é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares”.

Distingue-se da transgressão disciplinar porque está é a mesma violação, porém de manifestação elementar e simples. A relação crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre crime e contravenção penal.

A Carta Magma de 1988, segundo Lobão<sup>16</sup>, recepcionou o critério “em razão da Lei” ao confirmar a competência da Justiça Militar para “processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

Sendo assim, a atual CF/88 traz em seu bojo os seguintes dispositivos referentes ao crime militar, a saber:

Art. 5º- [...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Art.125- [...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for

<sup>13</sup> LOBÃO, Célio. **Direito penal processual militar**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 27.

<sup>14</sup> ANJOS, Vilson Reginaldo dos. **Crime Militar e o Princípio da Insignificância**. Monografia, Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba: 2010, p. 10.

<sup>15</sup> ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37.

<sup>16</sup> LOBÃO, Célio... Op. Cit.

civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Seguindo este pensamento, se faz necessário, trazer a tona o texto dos incisos e alíneas contidos no artigo 9º do Código Penal Militar, que estabelecem os requisitos do crime militar em tempo de paz, *in verbis*.

O art. 9º do Código Penal Militar –CPM diz que consideram-se crimes militares, em tempo de paz aqueles tipificados neste código, quando forem definidos de modo diverso na lei penal comum, ou não forem nela prevista, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial. O inciso 2º deste mesmo artigo descreve que os crimes previsto neste código mesmo que também estejam previstos na legislação comum com igual definição serão crimes militares se forem praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado, também serão considerados crimes militares aqueles praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil – *ratione loci e ratione personae* (grifos nossos). Por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil – *ratione loci e ratione personae* (grifos nossos). Por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil - *ratione loci e ratione personae* (grifos nossos). Por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar – *ratione personae e ratione objeto* – (grifos nossos). O inciso 3º do mesmo artigo prever que também serão considerados crimes militares aqueles praticado por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; *ratione objeto* – (grifos nossos)

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; *ratione loci e ratione persone* (grifos nossos)

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; *ratione loci e ratione persone* (grifos nossos)

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior – *ratione objeto* (grifos nossos)

Observando o artigo transcrito acima, percebe-se que o legislador infraconstitucional, se atentou para as diversas doutrinas existentes a respeito do tema, ao enumerar de forma incontestável as situações em que um crime será considerado militar.

### **1.3 Polícia Judiciária Militar**

A Constituição da República de 1988, trás em seu art. 144, § 4º de forma implícita a existência da Polícia Judiciária Militar, criada com a finalidade de auxiliar a Justiça militar através da investigação, da elucidação das infrações penais, sendo este o início a persecução penal por parte do Estado.

Neste sentido: “art. 144, CF/1988, § 4º – às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, *exceto as militares*”. (grifo nosso)

Com base no dispositivo transcrito acima, pode-se concluir que existem três polícias judiciárias a própria polícia civil (crimes comuns) em âmbito estadual, a Polícia Federal em âmbito nacional (competência da União) e a Polícia Militar (crimes militares).

A competência da Justiça militar esta descrita na Constituição Federal a partir do art. 122 ao 125, do qual destaca-se para este estudo os seguintes dispositivos :

Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Segundo a Carta Magna de 1988, a Justiça Militar, que é uma justiça especializada é a competente para julgar e processar os crimes militares codificados no CPM. Para este estudo vale salientar que nos prenderemos aos crimes militares praticados por militares estaduais, que o foco deste estudo é a Justiça Militar Estadual. Sendo assim a Justiça Militar Estadual é a competente para julgar as infrações penais militares praticadas por militares estaduais, ressalvada a competência do Júri nos crimes dolosos contra a vida, quando a vítima for civil. Disciplina a Constituição que é facultativo ao Estado criar ou não Tribunais de Justiça Militar Estadual quando o efetivo militar estadual for superior a 20 (vinte) mil integrantes, no Brasil os Tribunais de Justiça Militar Estadual estão presentes em apenas 03 (três) Estados, no Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais.

A Justiça Militar é considerada uma justiça especial por que julga crimes pela sua natureza, é uma justiça que se preocupa em processar e julgar crimes tipificados em ordenamento próprio, que requerem uma atenção especializada em decorrência de suas particularidades.

Neste mesmo sentido ensina Marques<sup>17</sup> que:

A justiça militar é uma das poucas jurisdições especiais cuja existência se justifica. Não se trata de um privilégio de pessoas, mas de organizações decorrentes, como lembra ASTOLPHO REZENDE, das “condições especiais que ligam pessoas e atos de índole particular atinentes ao organismo militar [...]. [...] trata-se de juízes especiais, técnicos, juízes naturais do soldado, que sabem pesar os danos que à disciplina e ao , ao bom estado militar podem custar as infrações e que a este proporcionam a adequada sanção.

O exercício da atividade judiciária militar fica a cargo da autoridade militar (Comandante/Chefe/ Diretor) seja nas instituições militares da União ou nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares Estaduais. Nas Polícias militares as autoridades competentes para exercer tal atividade são o Comandante Geral; o Chefe do Estado Maior; os Comandantes Regionais; o Chefe ou Direto e os Comandantes de Batalhões.

Neste mesmo sentido ensina Lobão<sup>18</sup> que:

Na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militares, a polícia judiciária militar é exercida pelo Comandante-geral da corporação militar estadual, em relação aos militares integrantes dos quadros da referida corporação sob seu comando; pelos oficiais que exercem comando ou chefia, em unidades ou repartições militares estaduais [...].

---

<sup>17</sup> MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. Revisão e atualização: NALINI, José Renato; DIP, Ricardo. Campinas: Millennium, 2000, p. 165.

<sup>18</sup> LOBÃO, Célio... Op. Cit., p. 46.

O Estatuto Processual Penal Militar prevê em seu art. 7º que são autoridades competentes para exercerem a atividade de Polícia Judiciária Militar:

Art. 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:

- a) pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro;
- b) pelo chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição;
- c) pelos chefes de Estado-Maior e pelo secretário-geral da Marinha, nos órgãos, forças e unidades que lhes são subordinados;
- d) pelos comandantes de Exército e pelo comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos, forças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando;
- e) pelos comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e unidades dos respectivos territórios;
- f) pelo secretário do Ministério do Exército e pelo chefe de Gabinete do Ministério da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados;
- g) pelos diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
- h) pelos comandantes de forças, unidades ou navios;

A Polícia Judiciária Militar é exercida pelas autoridades descritas acima em âmbito Nacional e no que concerne ao âmbito das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares estaduais a letra h trás a seguinte descrição pelos “comandantes das forças” Comandantes Gerais, Chefes do Estado Maior, Comandantes Regionais e os Comandantes de Batalhões.

Seguindo essa linha de pensamento ensina Assis que: “Dentro do conceito genérico de Comandantes de Forças, referidos na letra ‘h’ deste artigo, estão o Comandante Geral, o Chefe do Estado-Maior, os Comandantes Regionais e os Comandantes de Unidades, tanto das Polícias Militares quanto dos Corpos de Bombeiros Militares”<sup>19</sup>.

O Estatuto Processual Penal Militar disciplina a aplicação jurisdicional do direito penal militar em seu artigo 8º:

Art. 8º CPPM – Compete à polícia judiciária militar:

- a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar e, sua autoria;
- b) prestar aos órgãos e juízes da justiça militar e aos membros do Ministério Público, as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas;
- c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela justiça militar;
- d) representar as autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado;

---

<sup>19</sup> ASSIS, Jorge César de. **Comentários...** Op. Cit., p. 33.

- e) cumprir as determinações da justiça militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste código, neste sentido;
- f) solicitar as autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que estejam ao seu cargo;
- g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar;
- h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido.

Cabe a Polícia Judiciária Militar mediante a instauração do IPM realizar as diligências necessárias, buscando todos os meios de provas previstas na legislação para provar a existência da infração penal militar e sua autoria, bem como aquelas que estão sujeitas a jurisdição militar, e após sua conclusão remetê-lo ao juiz militar para que este abra vista ao Ministério Público o qual poderá da continuidade a persecução penal ou não.

#### **1.4 Inquérito Policial Militar**

O Estatuto Processual Penal Militar Decreto-Lei nº 1.002 de 1969, prescreve em seu art. 9º, que o Inquérito Policial Militar – IPM é o meio pelo qual se dá a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Sendo que este tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal.

O Inquérito Policial Militar é um procedimento investigatório de apuração sumária, realizado pela autoridade militar seja no âmbito das Forças Armadas como também das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, com o objetivo fundamental de buscar todos os meios de provas necessários e legais para a apuração de infrações castrenses e sua autoria, possibilitando que o Ministério Público Militar proponha ou não a ação penal. Entretanto haverá casos em que a Lei infringida será de competência da Justiça Comum, nestes casos em específicos os autos serão remetidos a esta.

Segundo ensina Ferreira<sup>20</sup> que o Inquérito Policial Militar é um conjunto de diligências que tem por objetivo demonstrar a verificação ou não do descumprimento de uma norma legal. Constitui-se na existência de um crime definido por lei específica, tem por finalidade prover todos os meios de provas legais necessários para o esclarecimento do delito e revelar a autoria, bem como cúmplices se houver, tornando-se possível, através das provas obtidas pela investigação a propositura da ação penal.

---

<sup>20</sup> FERREIRA. Alvimar S. **Inquérito Policial Militar e Sindicância**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Sobre inquérito policial, aplicáveis, também ao inquérito policial militar vale trazer a tona as sábias palavras de Pitombo<sup>21</sup>:

O inquérito policial integra o processo penal como parte integra o todo. Fase, pois que é da persecução penal, ubicada à formação preliminar da culpa. Deste modo [...] não é uma simples peça informativa com sustentam alguns autores. Mais que isso, é um processo (procedimento) preparatório, em que existe formação de prova, dispondo a autoridade policial de poderes para investigação. Não se trata, portanto, de um procedimento estático, em que o Delegado de Polícia se limita a recolher os dados que, eventualmente, cheguem ao seu conhecimento.

Daí porque o juiz penal, em muito se dirige pelos meios de prova constantes do inquérito, ao receber ou rejeitar a acusação; ao decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória; ao determinar o arresto, o sequestro e o confisco de bens, por exemplo.

Seguindo pensamento de Pitombo pode-se afirmar que o inquérito policial militar é um procedimento preparatório em que se busca a formação de provas suficientes à formação preliminar da culpa, no qual a autoridade militar disporá de poderes para a investigação e buscará através deste angariar todos os meios de provas legais para o esclarecimento do delito e comprovação da autoria, auxiliando o Ministério Público Militar na propositura da ação penal.

O Estatuto Processual Penal Militar em seu art. 10 elenca o rol de possibilidades do qual se iniciará o inquérito.

A propositura do Inquérito Policial Militar conforme prevê o art. 10 do CPPM, se inicia mediante portaria expedida pela autoridade militar, podendo ser de ofício na esfera de sua jurisdição ou de comando onde ocorreu a infração penal, atendida a hierarquia do infrator; por determinação ou delegação de autoridade militar superior; pela requisição do Ministério Público; por decisão da Justiça Militar; mediante requerimento da vítima ou de seu representante legal e através de sindicância quando desta se evidenciar o surgimento de indício da existência de infração penal militar.

A autoridade judiciária castrense sempre que obtiver conhecimento da ocorrência de um crime militar, deverá de ofício instaurar o IPM através de portaria, pois independe de provocação, podendo ainda incumbir essa competência a um Oficial que se encontre sob seu comando, obedecendo a ordem hierárquica sempre mais antigo que o investigado.

A delegação de competência para conduzir o IPM deve ser atribuída a um Oficial com o posto mínimo de Capitão, o qual será denominado encarregado do IPM. O escrivão do

---

<sup>21</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Direito Criminal**. Nº 4. Coleção Jus Aeternum. Coord. José Henrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 85.

IPM será o 1º ou o 2º tenente, isso se o indiciado for Oficial, se o indiciado for praça, será o escrivão Subtenente ou Sargento. O escrivão deverá prestar o compromisso de preservar o sigilo das informações e cumprir com as devidas obrigações inerentes sua função no IPM.

O Oficial responsável por comando, direção ou chefia, ou aquele que o substitua ou esteja de dia, de serviço ou de quarto, tome ou determine que sejam tomadas imediatamente as providências cabíveis, uma vez que tenha conhecimento de infração penal que lhe incumba reprimir ou evitar, deverá conforme prevê o artigo 12 e do CPPM, quando for o caso dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e a situação das coisas, enquanto necessário, apreender os instrumentos e todos os objetos que tenham relação com o fato, efetuar a prisão do infrator, se este estiver em flagrante delito conforme dispõe o art. 244 do CPPM, colher todas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Após, instaurado o IPM, o Oficial encarregado do ato, conforme previsão legal no artigo 13 do CPPM deverá tomar as medidas previstas no art. 12, se ainda não o tiverem sido, ouvir o ofendido, ouvir o indiciado, ouvir testemunhas, proceder a reconhecimento de pessoas e coisas, e acareações, determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outros exames e perícias, determinar a avaliação e identificação da coisa subtraída, desviada, destruída ou danificada, ou da qual houve indébita apropriação, proceder a buscas e apreensões, tomar as medidas necessárias destinadas à proteção de testemunhas, peritos ou do ofendido, quando coactos ou ameaçados de coação que lhes tolha a liberdade de depor, ou a independência para a realização de perícias ou exames e se julgar necessário poderá para verificar a possibilidade de haver sido a infração praticada de determinado modo, proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública, nem atente contra a hierarquia ou a disciplina militar.

O prazo previsto para a conclusão do IPM quando o indiciado se encontra na condição de preso será de 20 dias, a contar do dia da prisão, e de 40 dias se o indiciado estiver solto, a contar da data de instauração do IPM. Entretanto, este último prazo poderá ser prorrogado por mais vinte dias pela autoridade militar superior, desde que não estejam concluídos exames ou perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligência, indispensáveis à elucidação do fato, ouvido o Promotor de Justiça Militar.

Art. 20. O inquérito deverá terminar dentro em vinte dias, se o indiciado estiver preso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão; ou no prazo de quarenta dias, quando o indiciado estiver solto, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito.

§1º Este último prazo poderá ser prorrogado por mais vinte dias pela autoridade militar superior, desde que não estejam concluídos exames ou

perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligência, indispensáveis à elucidação do fato.

Quando concluído o IPM, deverá o encarregado, confeccionar relatório constando todos os atos realizados, e quando for o caso as diligências ou perícias que não foram possíveis realizar. Deverá ainda expor sua opinião a respeito da caracterização ou não do crime militar, ou comum quando houver, ou de transgressão disciplinar.

Quando houve a delegação de competência, o encarregado deverá remeter os autos ao delegante, para que este proceda à solução, podendo este se julgar necessário devolver os autos do IPM ao encarregado para a realização de novas diligências que são imprescindíveis para a comprovação do delito, ou concordar com o relatório do encarregado, ou discordar, e nesse caso a autoridade delegante deverá avocar a competência para solucionar da forma que entende ser a correta.

Após a conclusão do Inquérito os autos serão então remetidos a Justiça Militar, quando do recebimento deste o Juiz militar providenciará vistas ao Ilustre Promotor de Justiça Militar, cabendo a este quando julgar necessário propor a ação penal castrense ou pedir o arquivamento quando entender que não houve crime ou os indícios de autoria não existiram ou não foram o suficiente e neste caso ainda poderá requisitar novas diligências, desde que imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Quando se tratar de crime doloso contra a vida de civil, o Promotor de Justiça Militar agirá da mesma forma descrita acima e se ficar comprovada a autoria e a materialidade do fato delituoso remeterão os autos a Justiça Comum a qual é competente nesta situação para dar prosseguimento à ação, sendo o acusado julgado então quando denunciado pelo Tribunal do Júri.

## **2 POLÍCIA**

Conforme ensina Mirabete<sup>22</sup>, a Polícia é uma instituição de direito público destinada a manter a paz pública e a segurança individual.

São divididas das seguintes formas:

- a) Quanto ao lugar de atividade: terrestre, marítima ou aérea;
- b) Quanto à exteriorização: ostensiva e secreta;
- c) Quanto à organização: leiga e de carreira;
- d) Quanto ao objeto.

---

<sup>22</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Todavia para o nosso estudo se faz importante apenas distinguir a diferença da Polícia Administrativa e da Polícia Judiciária.

Polícia Administrativa (Polícias Militares dos Estados): Esta Polícia tem seu caráter preventivo, atua na prevenção de delitos, com o objetivo de impedir a prática de atos lesivos a bens individuais e coletivos, sua atuação se dá com grande discricionariedade, independentemente de autorização judicial.

Para Tourinho Filho<sup>23</sup>,

[...] Polícia de Segurança tem por objetivo as medidas preventivas, visando à não-alteração da ordem jurídica. Ela age com certo poder discricionário, isto é, com poderes mais ou menos amplos, sem as limitações impostas pela lei. Não se confunda discricionariedade com arbitrariedade; esta encerra o abuso do poder, prepotência, condenados por Lei.

Polícia Judiciária tem a função de auxiliar à justiça como o próprio nome já revela, atua sempre que a polícia administrativa não consegue impedir atos atentatórios aos bens individuais ou coletivos, sua finalidade é de apurar as infrações penais e suas respectivas autorias, desta forma buscam angariar o máximo de provas possíveis com o objetivo de fornecer ao titular da ação penal elementos para propô-la.

Atribuída no âmbito estadual às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, sem prejuízo de outras autoridades (CF, art. 144, §4º); na esfera federal, as atividades de polícia judiciária cabem, com exclusividade, à polícia federal (CF, art.144, §1º, IV).

Conforme leciona Tourinho Filho<sup>24</sup>,

[...] a polícia civil intervém quando os fatos que a Polícia de Segurança pretendia prevenir não puderam ser evitados... ou, então, aqueles fatos que a Polícia de Segurança nem sequer imaginava pudessem acontecer. [...] Todavia, a Constituição Federal, no art.144, §4.º, dispõe que: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. (grifos nossos)

Tem-se então que a polícia judiciária é um dos órgãos que compõem o sistema de segurança do país o qual tem como função primordial a apuração de infrações penais, bem como sua autoria, utilizando-se para tanto da investigação policial, que se trata de um procedimento administrativo e inquisitório, do qual se dará o Inquérito Policial que servirá de base à pretensão punitiva do Estado.

---

<sup>23</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 63.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 63.

## 2.1 Polícia Judiciária Civil

A polícia judiciária compõe o sistema de segurança do país, incumbindo a esta a função de apuração de infrações penais e sua respectiva autoria, através da investigação policial, que se dá por meio de um procedimento administrativo cuja característica é essencialmente inquisitória, a qual fornecerá ao representante do Ministério Público os meios necessários e legais para a continuação da persecução penal através da propositura da ação penal quando cabível.

Sob esse assunto dispõe a Constituição da República de 1988, *in verbis*:

Art. 144. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seus seguintes órgãos:

I – Polícia Federal;

II - Polícia Rodoviária Federal;

III – Polícia Ferroviária Federal;

IV- *Polícias Cíveis*;

V- Polícias Militares e Corpos de Bombeiros militares.

§ 4º Às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, *incumbem*, ressalvada a competência da União, *as funções de polícia judiciária* e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (grifos nossos)

O art. 144, *caput* trás todos os órgãos que compõem a segurança pública, sendo que os incisos subsequentes definem de maneira taxativa as atribuições de cada órgão. Sendo assim através de uma interpretação literal, pode-se afirmar que o legislador originário incumbiu às polícias cíveis duas funções primordiais na persecução penal por parte do Estado, as quais são: as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Segundo ensina Távora e Alencar<sup>25</sup> Polícia Judiciária é:

[...] de atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações penais, visando angariar elementos para apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva. Neste aspecto, destacamos o papel da Polícia Civil que deflui do art. 144, §4º, da CF, *verbis*:... No que nos interessa, a polícia judiciária tem a missão primordial de elaboração do inquérito policial. Incumbirá ainda à autoridade policial fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público [...].

Neste mesmo prisma leciona Nucci<sup>26</sup> que:

<sup>25</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Podivm, 2009, p. 135.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 123.

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), mas investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro.

Ainda sob o mesmo foco ensina Mirabete<sup>27</sup> que:

Segundo o ordenamento jurídico do País, a Polícia cabem duas funções: a Administrativa (ou de segurança) e a Judiciária. Com a primeira, de caráter preventivo, ela garante a ordem pública e impede a prática de fatos que possam lesar ou por em perigo os bens individuais ou coletivos; com a segunda, de caráter repressivo, após a prática de uma infração penal recolhe elementos que o elucidem para que possa ser instaurada a competente ação penal contra os autores do fato.

Conforme se pode observar nos transcritos acima, a polícia judiciária age de forma repressiva, ou seja, quando de fato houver a falha das polícias administrativas (polícias militares) no que tange ao trabalho preventivo no combate de infrações penais, caberá à polícia judiciária angariar elementos para a apuração da autoria, colhendo todos os meios de provas legais, subsidiando o Ministério Público para que este possa ou não oferecer denúncia.

À Polícia Judiciária cabe a direção da investigação em fase preliminar destinada a elucidar as infrações penais e conseqüentemente fazer com que os autores sejam processados e julgados pelos crimes praticados. A partir da *notitia criminis* ou de qualquer outro meio de informação, o Delegado de Polícia, que é a autoridade policial competente, instaura o procedimento administrativo próprio e a partir daí dar-se início as atividades de investigação/apuração, com o objetivo de colher os elementos probatórios necessários a subsidiar o Ministério Público.

Ainda colaborando com os entendimentos acima descritos ensina Santin<sup>28</sup> que:

A função de polícia de investigação criminal relaciona-se a apuração de infrações penais, através do inquérito policial, termo circunstanciado e outros procedimentos policiais, para possibilitar elementos e fontes de prova para a movimentação da ação penal pelo Ministério Público. A função de polícia judiciária refere-se à cooperação e auxílio da polícia às atividades judiciárias e do Ministério Público, no cumprimento de mandados e requisições, e realização de diligências processuais.

Nessa mesma linha de pensamento disserta Pacheco, Polícia Judiciária:

Nos termos do art. 4º do CPP, tem por objeto a apuração das infrações penais e da autoria (art. 4º do CPP), além de outras funções (art. 13 do CPP). [...] A Constituição Federal utilizou a expressão polícia judiciária no sentido original com o qual ingressou em nosso idioma há mais de cem anos, ou seja, como órgão que tem o dever de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo...** Op. Cit., p. 57.

<sup>28</sup> SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na Investigação Criminal**. Bauru: Edipro, 2007, p. 58.

as ordens judiciais relativas à execução de mandado de prisão ou mandado de busca e apreensão, à condução de presos para oitiva pelo juiz, à condução coercitiva de testemunhas etc<sup>29</sup>.

Como se pode notar, os dispositivos legais garantem as Polícias Civis Estaduais e a Polícia Federal atribuições de investigação de infrações penais, agindo como órgãos de cooperação e auxílio às atividades judiciais e do Ministério Público.

As Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, apesarem de exercerem a função de Polícia Judiciária, não estão subordinadas ao Poder Judiciário nem ao Ministério Público e sim se integram ao Executivo, exercendo atividades administrativas que auxiliaram as atividades exercidas por esses órgãos.

Por fim, a Polícia Judiciária tem caráter repressivo, pois atua na maioria das vezes após a ação delituosa, é órgão pertencente ao Poder Executivo que tem por objetivo auxiliar e cooperar com as atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público no exercício do *jus puniendi*.

## 2.2 Inquérito Policial

Não existe a definição legal do que seja inquérito policial, desta forma coube à doutrina conceitua-lo. O inquérito policial é o procedimento administrativo elaborado pela polícia Judiciária, ele é persecutório, inquisitivo, informativo, prévio e preparatório da ação penal. É um conjunto de atos encadeados, elaborado com o objetivo de perseguir a materialidade e indícios de autoria de uma infração penal.

Neste itinerário ensina Mirabete<sup>30</sup>:

Para que se proponha a ação penal, entretanto, é necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração e de sua autoria. O meio mais comum, (embora não exclusivo), para a colheita desses elementos é o inquérito policial [...] cabe à polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, a atividade destinada à apuração das infrações penais e da autoria por meio do inquérito policial, preliminar ou preparatório da ação penal. À soma dessa atividade investigatória com a ação penal promovida pelo Ministério Público ou ofendido se dá o nome de persecução penal (*persecutio criminis*) [...] Persecução penal significa, portanto, a ação de perseguir o crime.

Neste viés pode-se afirmar que a investigação preliminar não tem por objetivo a pena e nem a satisfação de uma pretensão acusatória, mas sim garantir através de uma justa investigação a ministração da justiça de forma eficaz e inquestionável. A investigação

<sup>29</sup> PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Procesual Penal: teoria, crítica e práxis**. Niterói: Impetus, 2008, p. 162-163.

<sup>30</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. **Processo...** Op. Cit., p. 73.

preliminar é considerado então o primeiro degrau a ser percorrido, buscando a elucidação da ação delituosa e sua autoria e possibilitando através dos meios de provas obtidos juízo de valor a respeito de tal delito, permitindo a propositura ou não da ação penal.

Segundo ensina Capez<sup>31</sup> que inquérito policial é:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF. art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento [...]

Este modelo é o adotado pelo Direito brasileiro, que impõe a polícia o papel de investigar e apurar os fatos decorrentes da notícia do crime, essa atribuição é normativa e a autoridade policial atua como verdadeiro titular da investigação preliminar.

Seguindo este mesmo prisma ensina Tourinho Filho<sup>32</sup> que:

[...] Inquérito visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que autorizem a promovê-la. Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. Para tanto, a Polícia Civil desenvolve laboriosa atividade, ouvindo testemunhas, tomando declarações da vítima, procedendo a exames periciais, nomeadamente os de corpo de delito, exames de instrumento do crime, determinando buscas e apreensões, acareações, reconhecimentos, ouvindo o indiciado, colhendo informações sobre todas as circunstâncias que circunververam o fato tido como delituoso, buscando tudo, enfim, que possa influir no esclarecimento do fato.

Segundo Mirabete<sup>33</sup> trata-se de instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difícil de obter na instrução judiciária.

O inquérito policial é esse conjunto de atos encadeados que visam buscar todos os tipos de provas legais, com o objetivo de revelar a verdade real, se o investigado ou acusado é ou não o autor do delito. O IP é um procedimento inquisitório, sendo assim não há que se falar em contraditório ou ampla defesa, a polícia exercer mera função administrativa e não jurisdicional.

A atribuição para presidir o inquérito se dá em função da competência *ratione loci*, ou seja, em razão do lugar onde se consumou o crime. A investigação desta forma ocorrerá onde de fato se praticou o crime. A competência do delegado será definida pela sua

<sup>31</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

<sup>32</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa... Op. Cit., p. 65.

<sup>33</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. **Processo...** Op. Cit.

circunscrição policial, com exceção das delegacias especializadas, como a delegacia da mulher e de tóxicos, dentre outras.

Entretanto, vale ressaltar que outras autoridades poderão presidir o inquérito, conforme esta previsto no art. 4º do Estatuto Processual Penal, em seu § único, como nos casos de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), Inquéritos Policiais militares (IPM's) e até mesmo os investigadores particulares segundo jurisprudências desde que respeitem as garantias constitucionais, utilizando-se de provas lícitas.

Segundo ensina Fernando Capez (2009) existem outras formas de investigação criminal, como por exemplo, o inquérito realizado pelas autoridades militares com o objetivo de apurar infrações de competência da Justiça Militar (IPM); as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), as quais terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas.

### **3 A EXCLUSIVIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR COM O ADVENTO DA LEI Nº 9.299/96**

Com o surgimento da Lei nº 9.299 em 1996 em nosso ordenamento pátrio, a então competência da Justiça Militar para o julgamento do crime doloso contra a vida de civil, praticado por policiais militares em serviço ou em razão deste, passa a ser da Justiça Comum.

Crimes dolosos são aqueles em que o agente tem a vontade, a intensão, a livre consciência de praticar a conduta delituosa, no caso em tela, o homicídio doloso que encontra previsão no CP art. 121 e no CPM art. 205.

O surgimento da referida Lei se deu em um determinado momento histórico marcado por protestos, em situações envolvendo a atuação de policiais militares nas quais foram necessárias ou não ceifarem a vida de terceiros, situações essas que sofreram severas críticas por parte da sociedade. São vários os exemplos como as chacinas da Candelária e Vigário Geral, Eldorado dos Carajás, Corumbiara, entretanto um dos fatos mais marcantes dessa década foi à invasão realizada pela Polícia Militar na Penitenciária do Carandiru durante uma rebelião da qual resultou 111 mortes, mas o ponto culminante decorreu da constatação de fatos de extrema gravidade, revelado pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI , instalada pelo legislativo para investigar a eliminação física de crianças no Brasil, onde ficou evidenciada a participação de policiais militares.

Diante das manifestações propagadas pela mídia, juntamente com a sociedade, os artistas, personalidades públicas, políticos e ONGs contra as atuações das Polícias Militares, o Legislativo Federal se sentiu pressionado a dar uma resposta à sociedade.

Foram apresentados vários projetos de Lei que modificavam a legislação limitando, mitigando, afastando a competência da Justiça Militar para julgar e até mesmo extinguindo o foro especial dos policiais militares.

Foi então aprovada o projeto Lei apresentado pelo então Deputado Federal Hélio Bicudo como resposta ao clamor da sociedade surge a Lei nº 9.299/96, que realizou alterações de cunho processual no Estatuto Penal Militar, deslocando assim a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil para a Justiça Comum.

A Lei nº 9.299/96 promove então mudanças na redação da lei penal militar, ao modificar a redação do art. 9º do Estatuto Processual Militar, introduzindo, alterações no incisos e acrescentando alíneas e o parágrafo único:

Passa a ser considerado crime militar a atuação do Militar mesmo quando fora do serviço militar, mas atuando em razão do serviço militar, ou seja quando o policial militar, de folga, invocar a referida função para intervir em determinada situação que assim lhe exigir, e em razão deste ato vier a cometer o crime aqui analisado será este considerado crime militar.

Art. 9º, CPM- Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I [...]

II – Os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na Lei Penal comum, quando praticados:

a) [...]

b) [...]

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função,[...]. (grifos nossos)

Neste sentido leciona Roth<sup>34</sup> que:

[...] Assegurou ainda a nova lei, ao inserir nova redação à alínea “c” do inciso II do artigo 9º do CPM, que a conduta do militar em razão de sua função, quando isso tipificar qualquer dos crimes militares previstos na Parte Especial do CPM, será crime militar e, portanto, de competência da Justiça Castrense [...].

O parágrafo único acrescentado ao artigo 9º do CPM transfere a competência até então da Justiça Militar à Justiça comum, para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por policiais militares em serviço ou que atuarem em razão da função policial militar, vejamos: Art. 9º, CPM, parágrafo único. “os crimes de que

---

<sup>34</sup> ROTH, Ronaldo João... Op. Cit., p. 191.

trata esse artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, são de competência da justiça comum” (grifos nossos).

Com a inclusão deste parágrafo único houve então entendimento de forma errônea pelas autoridades policiais comuns que também se transferiu a competência para a apuração/investigação do crime as polícias judiciárias civis, as quais se sentiram autorizadas a ingressarem na esfera do direito processual penal militar e procederem o inquérito policial civil em face de crime doloso contra a vida de civil praticado por policial militar em serviço ou em razão deste.

Entretanto, como pode-se observar o que houve foi apenas a transferência de competência para julgar tais crimes, passando para a Justiça Comum.

Segundo ensina Lobão<sup>35</sup>:

A Lei nº 9.299/96 não retirou os crimes dolosos contra a vida da categoria de crime militar, como consequência não podem ser julgados pela Justiça Comum, sem violação da Lei Fundamental. Se não houvesse o açodamento de fazer-se uma lei para dar satisfação às ONGs internacionais, para satisfazer interesses eleitorais, a redação do parágrafo único seria outra: “Não se consideram militares, os crimes dolosos contra a vida, cometidos nas circunstâncias das alíneas b, c, e d, do inciso II”. Nessa hipótese, a lei declara (e pode fazê-lo) que estes deixam de ser militares.

Seguindo essa doutrina, pode-se afirmar que o crime continua a ser militar, sendo assim não houve a transferência de competência no que tange a apuração do delito, o que há de fato é a transferência de competência à Justiça comum para o julgamento do crime.

Seguindo a mesma linha de pensamento leciona Roth<sup>36</sup> que: “Manteve, todavia, a referida lei, a investigação policial militar (IPM) sobre o homicídio praticado contra civil na alçada da Polícia Judiciária Militar (PJM), prevendo que, concluído o IPM, os autos serão remetidos à Justiça Comum (§ 2º do artigo 1º). [...]”.

Segundo Lobão<sup>37</sup>, o parágrafo único do artigo 9º do CPM, ao proclamar, na região árida da inconstitucionalidade, que compete à Justiça comum processar e julgar os crimes militares dolosos contra a vida praticado por policial militar contra civil, de forma cristalina feriu norma Constitucional expressas nos artigos 124 e 125, parágrafo 4º, da Constituição.

Segundo dispõe o art. 124 da CF: “À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

---

<sup>35</sup> LOBÃO, Célio... Op. Cit., p. 131.

<sup>36</sup> ROTH, Ronaldo João... Op. Cit., p. 191.

<sup>37</sup> LOBÃO, Célio... Op. Cit.

Entretanto em 2004 a inconstitucionalidade tão cristalina da Lei nº 9.299/96 e ignorada pelos Tribunais os quais até então não havia reconhecido, foi sanada pela Emenda Constitucional nº 45/04, que estabeleceu que quando se tratar de Justiça Militar Estadual haverá a ressalva da competência do Júri quando a vítima for civil.

Neste sentido ensina Assis<sup>38</sup>:

[...] sempre tivemos que a Lei era inconstitucional [...] e ofendia princípios contidos na Lei Maior. A toda evidência sempre existiu a possibilidade de alterar a competência da Justiça Militar. O instrumento hábil para tal alteração é a chamada Emenda à Constituição [...]. Por fim, a EC 45, de 08.12.2004, culminou por alterar a competência da Justiça Militar Estadual (e somente em relação a ela), ressaltando que os crimes dolosos contra a vida, praticados por policial militar estaduais e , do Distrito Federal, quando a vítima for civil, serão de competência do Tribunal do Júri.

Com base nas afirmações de Assis<sup>39</sup> pode-se afirmar que a Lei nº 9.299/96 desde sua criação até 2004 se tratava de uma Lei que violentava de forma expressa, evidente normas dispostas na Lei Maior.

É evidente também que não houve a transferência de competência para a apuração do crime doloso contra a vida de civil, o que ocorreu foi o deslocamento da competência para o processo e julgamento do crime, à Justiça comum, sem nenhuma alteração na atribuição da persecução penal, a qual permanece a cargo da Polícia Judiciária Militar com a instauração do Inquérito Policial Militar, que buscara todos os meios de provas necessários e legais à elucidação do crime, com o objetivo de fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para propositura da ação ou o arquivamento do IPM.

Disposição legal regula tal situação, como pode-se observar no art. 82 e parágrafo 2º do CPPM.

Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitas, em tempo de paz :  
I - [...]. § 1º [...]. § 2º Nos crime dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar *encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum.* (grifos nossos)

É bem claro que a interpretação correta dos dispositivos legais garante a Polícia Judiciária Militar a apuração do delito em questão, entretanto, vale salientar que, as autoridades judiciárias de polícia se opõem a competência da Polícia Judiciária Militar na elaboração do IPM nos crimes quando dolosos contra a vida de civil, sob a alegação que no procedimento haverá parcialidade devido o suposto corporativismo existente na seara

<sup>38</sup> ASSIS, Jorge César de. **Comentários...** Op. Cit., p. 146.

<sup>39</sup> Ibid.

castrense, já que serão militares que ficarão a cargo das investigações, entendendo que estes tem interesse na apuração do delito.

Entretanto, este argumento é de muito pobre, não devendo prosseguir tal entendimento, pois como é sabido as Instituições Militares são pautadas na hierarquia e disciplina e não há corporativismo ou parcialidade dentro destas instituições que se pactuem com atos ilícitos, além do mais, o IPM é um procedimento provisório administrativo e inquisitório que fundamentam a denúncia, uma vez que os atos processuais subsequentes é que colherão as provas, mediante o contraditório e a ampla defesa do acusado.

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL impetrou ADI nº. 1494-3/1997-DF, por entender que a Lei nº 9.299/96, ao prever a competência para a apuração/investigação dos crimes dolosos contra a vida de civil, quando praticados por policiais militares em serviço ou em razão deste à Polícia Judiciária Militar, através do IPM, seria inconstitucional por afronta ao inscrito no artigo 144, § 1º, IV, e § 4º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

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

[...]

*IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.*

[...]

*§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (grifos nossos)*

Sendo que sobre a referida ADI decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INSTITUCIONALIDADE – CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, PRATICADO CONTRA CIVIL, POR MILITARES E POLICIAIS MILITARES – CPPM, ART. 82, § 2º, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.299/96 – INVESTIGAÇÃO PENAL EM SEDE DE I. P. M. – APARENTE VALIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA LEGAL – VOTOS VENCIDOS – MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. O Pleno do Supremo Tribunal Federal – Vencidos os Ministros CELSO DE MELO (Relator), MAURICIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO E SEPULVEDA PERTENCE<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1494/DF. Relator: Celso de Mello. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 14 out. 2014.

A ADEPOL ao suscitar a constitucionalidade do §2 do artigo 82 do CPPM, utilizou dos seguintes argumentos:

Como se verifica, desde logo, o dispositivo impugnado é ofensivo à Constituição Federal, pois a Lei Federal 9299, de 7 de agosto de 1996, ao instituir no § 2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar o procedimento de inquérito policial militar para a apuração dos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, para posterior ação penal perante a Justiça comum, atenta flagrantemente contra o inciso IV do § 1º e § 4º, ambos do art. 144 da Carta da República.

Cumprir ter presente, dentro desse contexto, que a investigação policial nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, tem no inquérito policial (e não no I.P.M.) o instrumento de sua formalização, alçado pela sua importância ao patamar constitucional, cf. art. 129, VIII c/c art. 144, parágrafos 1º, inciso IV e 4º. Constitui, inequivocamente, procedimento administrativo de caráter essencialmente apuratório para esses crimes. Trata-se de peça informativa constitucionalmente adequada, cujos elementos instrutórios permitem, mediante a deflagração da competente ação penal pública o julgamento pelo Júri (art. 5º, XXXVIII da CF).

O Ministro Celso de Melo (relator) da ADI nº. 1494-3/1997, DF, ao analisar o pedido de liminar de suspensão do citado dispositivo reconhece que:

A edição da Lei nº. 9299, de 07/8/96 [...] foi motivada por fatos extremamente perturbadores revelados no curso de investigação legislativa, realizada por comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar a eliminação física de crianças no Brasil. Como decorrência dos trabalhos investigatórios procedidos por essa C.P.I – que constatou a gravíssima participação de membros da Polícia Militar na execução criminosa de criança e adolescentes em nosso País, - adveio a apresentação de projeto de lei destinada a descaracterizar, como delitos castrenses, os ilícitos penais cometidos por policiais militares no exercício da função de policiamento ostensivo, para viabilizar o julgamento desses agentes públicos por órgão competente (inclusive o Tribunal do Júri) vinculados à Justiça comum. [grifos nossos].

A Lei nº 9.299/96 foi uma resposta as severas críticas da sociedade aos acontecimentos ilícitos e escandalosos envolvendo policiais militares, como ora citado acima.

Segue parte do voto (vencido) do relator Minº Celso de Melo:

[...] assim sendo – e considerando que se revela conveniente a suspensão cautelar de eficácia da norma legal ora impugnada, para evitar possíveis conflitos de competências e/ou de atribuições, com graves reflexos sobre a apuração da verdade real e, até mesmo, sobre os direitos das pessoas eventualmente indiciadas (que possam vir a sofrer sérias restrições ditadas por medidas de coerção pessoal /ou patrimonial) -, defiro o pedido de medida liminar e, em consequência, suspendo, com efeito ex nunc, a execução e a aplicabilidade do art. 2º da Lei 9299, de 07/8/96, que deu nova redação ao § 2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar.

O Ministro Celso de Melo fundamentou seu voto em um entendimento que não se deve proporcionar tratamento diferenciado o policial militar que vier a praticar o delito ora em comento, pois é injustificado, revela privilégios aos acusados, por entender que pode haver corporativismo, entende que de fato a Lei nº 9.299/96 afrontava dispositivo da Lei Maior, deferindo o pedido liminar e suspendendo a execução e a aplicabilidade do § 2 do art. 82 do CPPM.

A Advocacia Geral da União manifestou sobre a presente discussão, assim entendendo que:

*[...] A norma sob comento deslocou o foro para a justiça comum, todavia, quanto à particularidade em exame, não transmudou a qualidade de servidor militar, atribuindo-lhe a condição de civil. Manteve o servidor sob a égide do Código de Processo Penal Militar, [...] com simples modificação de foro, a Lei nº. 9299 não teria inserido, sequer implicitamente, na esfera de competência da polícia federal a investigação dos crimes sob comento, nem isto resulta dos arts. 5º, XXXVIII, e 144, § 4º, da Constituição Federal, em virtude do exposto e de o art. 8º, letra a, do Decreto-lei 1002, de 1969, ser compatível com a instituição do júri, sendo defeso negar-lhe aplicação, posto que em vigor. Persiste reservada à polícia judiciária militar, destarte, a apuração dos crimes dolosos contra a vida, cometidos contra os civis e imputados aos servidores militares. (grifos nossos)*

A Advocacia Geral da União entendeu que a Lei nº 9.299/96 não feriu disposto da Constituição, apenas manteve o delito sob comento como crime militar, cujo julgamento passou a ser de competência da Justiça Comum, reservada à Polícia Judiciária Militar a apuração destes crimes.

O voto (vencedor) do Ministro Marco Aurélio na ADI nº 1494-3/1997, DF, dentre os vencedores, foi o que mais esclareceu a controvérsia existente, pois explanou sobre os pontos principais, enfatizando que embora existam nas Polícias Militares, milícias públicas alvos de ferrenhas críticas, isso não é o suficiente para denegrir valores destas Instituições, não as desqualificam ao ponto de retirar a competência de apuração de crimes praticados por seus integrantes.

Neste prisma segue parte do voto do referido Ministro:

*Atravessamos uma quadra muito infeliz no tocante à Polícia Militar, em que fatos inimagináveis vieram a público, escandalizando, a mais não poder, a sociedade. Todavia, não podemos deixar de reconhecer que a segurança, em si, também é proporcionada, a essa mesma sociedade, pela Polícia Militar; não podemos olvidar o princípio da razoabilidade, sempre a conduzir à presunção não do extraordinário, não do excepcional, não de posições tendenciosas, mas aquelas de padrão médio, o padrão do homem médio. Não coloco, de forma alguma, sob suspeição a atuação da Polícia Militar. Creio que os fatos devem merecer o crivo mais severo possível. Todavia, não*

*posso assentar, de início, que, tendo começado o inquérito, o qual visa à apuração sumária de fato – e o preceito atacado não revela que ele somente será remetido à Justiça comum após conclusão -, no âmbito policial militar, será um inquérito viciado, em que pese a atuação de um outro órgão junto à Justiça Militar, que é o Ministério Público. [...] Há um outro dispositivo, no Código de Processo Penal Militar, que cola segurança à apuração dos fatos. Refiro-me à impossibilidade de arquivamento pela autoridade policial. Creio que a concessão da liminar, a essa altura, não prestará obséquio à almejada segurança jurídica, sempre muito cara numa sociedade democrática. Levará sim, a uma descrença maior no aparelho policial-militar. Tomo o § 2º em exame como a conduzir à convicção de que, ocorrido um fato a envolver policial militar, [...] deve-se ter a instauração inicial do inquérito no âmbito militar, [...] evidentemente, a autoridade policial militar, entendendo pela existência de indício de crime doloso contra a vida, procederá, na esfera da absoluta normalidade, à remessa dos autos do inquérito policial militar à Justiça comum. (grifos nossos)*

É possível afirma através do voto do Ministro Marco Aurélio que o IPM é sim instrumento legal para a apuração do crime doloso contra a vida de civil praticado por policiais militares, uma vez que não se pode afirmar que é um procedimento eivado de vício, pelo simples fato de ser conduzido por autoridade policial militar da própria Instituição Policial Militar, como defendem os Ministros vencidos, entendendo que agir desta forma é desconsiderar o princípio da razoabilidade é excessivo tal entendimento, além do mais justifica o Ministro que mesmo sendo uma investigação sumária, está presente o Ministério Público a acompanhar e fiscalizar a lisura dos atos contidos no feito, além do próprio CPPM proporcionar maior segurança ao estabelecer que não pode a autoridade policial militar promover o arquivamento do IPM.

Após mais de 11 anos a ADEPOL, ainda inconformada com o primeiro entendimento do STF, impetra nova ADI, de nº 4164/2008 - DF, com os mesmos fundamentos, termos e pedidos da ADI acima mencionada, o STF com a finalidade de instruir a ação, recebeu da Advocacia Geral da União, um parecer do qual se extrai em defesa da constitucionalidade do exercício da Polícia Judiciária Militar na instauração do IPM para a apuração dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por policiais militares em serviço ou em decorrência da função:

O art. 1º da lei 9.299/96, ao modificar a redação do art. 9º, item II, alínea “c”, do Código Penal Militar, caracteriza como crime militar doloso contra a vida cometido contra civil, desde que “em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar”. A apuração desses ilícitos é feita mediante inquérito policial militar, por força do art. 144, § 4º, in fine, combinado com o art. 8º, I, do Código de Processo Penal Militar. [...]

“os crimes em tela, como previstos expressamente na legislação vigente (art. 9º , II, “c”, do CPM), e na legislação anterior, são crimes militares, não são crimes comuns”. [...]

Não pode restar dúvidas de que o crime praticado por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil, é um crime militar, já que assim previsto no Código Penal Militar, em 1969, assim recepcionado pela Constituição Federal, em 1988, e mais, assim confirmado, diante da alteração legislativa procedida pela Lei nº. 9.299/96. [...]<sup>41</sup>

A Advocacia Geral da União, no referido parecer se posicionou a favor da constitucionalidade do Inquérito Policial Militar para a apuração do homicídio doloso contra a vida de civil quando praticado por militar ou policial militar em serviço ou em decorrência da função, sob a alegação que o crime continua a ser militar, estando previsto de forma cristalina no CPM, sendo assim competente para apurar tais delitos a PJM através do devido IPM.

A problemática existente é que por não aceitarem ainda existem delegados que instauram o Inquérito Policial para apurar o homicídio doloso praticado por policial militar em serviço ou em razão deste, em paralelo IPM, ficando ai caracterizado evidente violação aos Direitos Humanos, uma vez que o militar acaba sendo submetido a duas investigações apurando o mesmo fato, o que de certa forma é inaceitável em um Estado que se diz Democrático de Direito, pois é mais que visível à afronta aos Direitos e garantias fundamentais do militar enquanto investigado.

O Brasil como signatário de diversos tratados de Direitos Humanos, que regulam a abusividade da dupla investigação, situação que é contagiada de ilegalidade, arbitrariedade que causa constrangimento ao investigado, como signatário deveria zelar pelo fiel cumprimento destes, uma vez que recepcionados pela carta magna gozam status de normas SupraLegais.

Segundo Costa<sup>42</sup> conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual se aplica a todos, e de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, sujeitar o policial militar em serviço ou em razão da função policial militar, a dois procedimentos apuratórios (Inquérito Policial Militar e Inquérito Policial), nos crimes dolosos contra a vida de civil caracteriza constrangimento ilegal, uma vez que viola de forma direta a dignidade do militar, os direitos fundamentais a pessoa humana expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4168/DF**. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 14 out. 2014.

<sup>42</sup> COSTA, Alexandre Henriques da... Op. Cit.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, é evidente a competência exclusiva da Polícia Judiciária Militar para a instauração do IPM com o objetivo de elucidar a infração penal doloso contra a vida de civil, praticado por militar em serviço ou em razão deste, ficando evidenciado que os dispositivos legais autorizam e ratificam tal procedimento.

Cabe a Polícia Judiciária Militar impulsionar a persecução penal, buscando dentro dos dispositivos legais todos os meios de provas necessários a comprovação do delito penal militar e sua autoria, ficando tal procedimento a cargo da autoridade policial militar seja ela o Comandante Geral, Chefe do Estado Maior, Diretor, Chefe, Comandantes Regionais, Comandante de Unidades, lembrando que tal competência poderá ser delegada a outro Oficial desde que sob o Comando de uma dessas autoridades militares.

A Constituição deixa claro em seu art.144 § 4º a competência da Polícia Civil em exercer sua função de Polícia Judiciária no que se refere aos crimes (comuns), entretanto ainda existem delegados que de forma errônea e ultrapassando os limites de sua competência insistem em instaurar outro inquérito paralelo ao Inquérito Policial Militar para a investigação do mesmo fato, o que de fato fere os direitos fundamentais do policial enquanto ser humano e vai de encontro a tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem falar no desgaste entre as Instituições e o desperdício do erário público e dos recursos humanos.

Conclui-se que mesmo após a promulgação da Lei nº 9.299/96 a qual transferiu a competência da Justiça Militar para o Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por policiais militares em serviço ou em razão deste continua sendo competente para a apuração de tal delito militar a Polícia Judiciária Militar através do seu respectivo IPM, fato que a doutrina majoritária e o próprio Supremo Tribunal Federal entende ser de competência da Polícia Judiciária Militar.

Os fatos alegados pelos delegados e outras parcelas da sociedade de que tal procedimento quando realizado no âmbito da própria Polícia Militar seria tendenciosa a colaborar com o investigado, não sendo assim imparcial é no mínimo impropriedade, argumento muito fraco fosse assim não poderia a Polícia Civil instaurar inquérito que envolvesse um policial civil ou a Polícia Federal, Ou o Ministério Público, e os demais órgãos instaurarem inquérito para apurar infração de seus próprios membros.

As Polícias Militares brasileiras são instituições pautadas na hierarquia e disciplina e seus membros quando agem com desvio de conduta são severamente punidos, pois como é de conhecimento de todos as sanções impostas a esta classe, são sanções pesadas, como forma de

manter a disciplina, outro fator importante é a publicidades dos atos praticados, com o objetivo de dar transparência a estes, vale ressaltar ainda que estes militares responderão tanto na Justiça Comum quanto na justiça Militar quando praticar conduta tipificada.

Conclui-se que após análise das diversas doutrinas e jurisprudências e com base nos tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, e principalmente conforme a Lei Fundamental pátria, é incompetente para apurar tal delito o Delegado de Polícia, pois tal crime continua tipificado no CPM no art. 205 e por não ter deixado de ser crime militar continua a ser de competência da Polícia Judiciária Militar a apuração de tal delito, sendo que a Lei nº 9.299/96 apenas transferiu a competência para o julgamento da infração penal ao Tribunal do Júri, ressaltando-se ainda que submeter o policial militar a dois procedimentos IP e IPM é ferir seus direitos fundamentais e inerentes a pessoa humana, além de provocar um desgaste entre as Instituições e gastar desnecessariamente o erário público e os recursos humanos que poderiam ser empregados na solução de outros delitos.

Dessa forma, pode-se afirmar que, se instaurado o inquérito pela autoridade Policial Civil, para a investigação dessa modalidade de crime, esse procedimento encontrara-se eivado de ilegalidade, uma vez que, a CF/88 confere tal atribuição a Polícia Judiciária Militar e que de forma expressa esta competência encontra-se prevista no CPPM, sendo assegurado a autoridade Policial Militar, de forma exclusiva, o direito de instaurar o procedimento próprio IPM para a apuração do delito em questão.

## **REFERÊNCIAS**

ASSIS, Jorge Cesar de. **Código de processo penal anotado**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal Militar**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ANJOS, Vilson Reginaldo dos. **Crime Militar e o Princípio da Insignificância**. Monografia, Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba: 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1494/DF**. Relator: Celso de Mello. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 14 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4168/DF**. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 14 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Alexandre Henriques da. **Manual prático dos atos de polícia judiciária militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2005.

- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERREIRA, Alvimar S. **Inquérito Policial Militar e Sindicância**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- LOBÃO, Célio. **Direito penal processual militar**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. Revisão e atualização: NALINI, José Renato; DIP, Ricardo. Campinas: Millennium, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direto Penal**: parte geral. 28. ed. Atualização Renato N° Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Procesual Penal: teoria, crítica e práxis**. Niterói: Impetus, 2008.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Direito Criminal**. N° 4. Coleção Jus Aeternum. Coord. José Henrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 85.
- ROTH, Ronaldo João. **Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na Investigação Criminal**. Bauru: Edipro, 2007.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Podivm, 2009.
- TELES, Ney Moura. **Direito penal**. Parte geral – I. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

# **REPRESENTAÇÕES CONSTRUÍDAS POR COMERCIANTES NO BAIRRO PARACATUZINHO, PARACATU/MG, SOBRE CRIMES DE FURTO E/OU ROUBO**

**Lucas Nazareno Faria dos Santos**

*Graduado em Direito pela FINOM.*

**Luiz Carlos Marques Lisboa Braz**

*Policia militar. Graduando em Direito.*

**Vandeir José da Silva**

*Mestre em História Cultural. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas –  
FINOM.*

**Giselda Shirley da Silva**

*Mestre em História Cultural. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas –  
FINOM.*

## **RESUMO**

Justificamos a escolha do trabalho pelo fato de não haver produções científicas que façam reflexões sobre práticas de crimes contra patrimônio privado, especificamente (furto e/ou roubo) na cidade de Paracatu/MG. Neste sentido é objetivo da pesquisa contribuir com conhecimento científico sobre práticas de crime contra patrimônio privado tendo como plano de observação o bairro Paracatuzinho na cidade de Paracatu/MG. Com o estudo objetivamos ampliar reflexões dessas práticas no Noroeste Mineiro. A metodologia é de natureza qualitativa com uso de instrumentos quantitativos. Foram aplicados questionários com 07 (sete) perguntas fechadas e 01 (uma) pergunta aberta para que os donos de estabelecimentos comerciais do referido bairro possam ter liberdade de expressar os sentimentos em relação a essa prática. A hipótese da pesquisa se assenta na ideia de que cada vez mais as pessoas tem se preocupado com a questão da segurança pública e buscam por alternativas para se proteger diante a onda de criminalidade que cresce de forma assustadora tanto nos grandes centros como no interior dos estados.

**Palavras-chave:** furto, roubo, patrimônio e Paracatuzinho.

## **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa teve por finalidade levantar dados estatísticos nos estabelecimentos comerciais localizados em diferentes pontos do bairro Paracatuzinho, cidade de Paracatu/MG, no que se refere a práticas criminosas descritas nos capítulos dos Crimes contra o Patrimônio do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro (artigos 155 e 157), furto e roubo respectivamente.

O objetivo foi identificar se já foram ou não vítimas dos referidos crimes, conhecer o perfil dos infratores desses delitos e estimar o prejuízo financeiro que esses comerciantes obtiveram. Ao final descobrimos o percentual desses comerciantes que investiram em

equipamentos de segurança para prevenir novos ataques criminosos e como eles se manifestam perante o trabalho da Polícia Militar, no que se refere à recuperação do bem subtraído.

Os dados estatísticos foram obtidos mediante pesquisa qualitativa de campo em 30 (trinta) estabelecimentos comerciais com aplicação de um questionário com 08 (oito) questões, 07 (sete) fechadas e 01 (uma) aberta, para consolidação das informações. Quanto à pesquisa científica sobre o histórico econômico e cultural da cidade de Paracatu/MG, bem como da evolução penal no tempo, realizamos levantamentos de acervos históricos e sítios eletrônicos contendo as informações que necessitávamos.

## **1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A CIDADE DE PARACATU**

Segundo informações de um memorial da Diocese de Paracatu, o município localiza-se no noroeste do estado de Minas Gerais e nasceu na primeira metade do século XVIII. Por quase um século o ouro floresceu de forma abundante e generosa e era facilmente encontrado e explorado nos diversos córregos do município, o que contribuiu para o crescimento do arraial e atraiu pessoas de todas as partes para a região.

Em 1730 o município começou a ser povoado e no dia 20 de outubro de 1798, Dona Maria I através de um alvará, oficializou a criação da Vila de Paracatu do Príncipe. A vasta riqueza logo foi ficando escassa e a produção do ouro declinou, o que acabou acarretando na época, a decadência econômica da vila.

Já em meados do século XX, a região ganha novamente impulso com a construção e proximidade da capital federal Brasília, por sua localização privilegiada às margens da BR 040 e divisa com o estado do Goiás. Passados mais de 200 anos, a economia de Paracatu é destaque no estado e no país pela produção do ouro, grãos e pecuária.

Segundo dados do IBGE, a cidade conta atualmente com uma população de aproximadamente 90.294 (noventa mil, duzentos e noventa e quatro) habitantes (IBGE, 2014). Paracatu hoje tem em seu território a maior mina de ouro do Brasil e a maior a céu aberto do mundo, segundo dados do Ministério Público. A cidade, recentemente, recebe investimentos na área de biocombustíveis, com a instalação de usinas de álcool e açúcar na região do Entre-Ribeiros.

Por outro lado, apesar de toda essa riqueza patrimonial, histórica e cultural, o município é marcado também por uma enorme desigualdade social, com forte concentração de renda por uma minoria da população. Segundo dados da Secretaria de Desenvolvimento e

Ação Social do município, atualmente são cerca de aproximadamente 3.000 (três) mil famílias dentro da margem da extrema pobreza e pobreza, na grande maioria famílias mono-parentais ou desestruturadas, que para amenizar a situação, são beneficiadas por programas sociais do Governo Federal.

Aliados às desigualdades, podemos citar outros problemas sociais como as drogas, alcoolismo, violência e vadiagem, que acabam por acarretar um aumento significativo nos índices de criminalidade e contribuem para que a sensação de insegurança torne-se cada vez mais presente no cotidiano dos moradores de Paracatu/MG.

## **2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E A EVOLUÇÃO DOS CRIMES DE FURTO E ROUBO NA LEGISLAÇÃO PENAL**

Os Romanos já traziam nas leis da XII Tábuas a definição mais antiga sobre o crime de furto. Dois tipos penais eram definidos: o *furtum manifestum* e o *nec manifestum*, o primeiro quando o infrator era encontrado praticando o ato (em estado de flagrante), ou quando descoberto e perseguido com clamores, já o segundo, quando não se verificavam as condições de flagrância. As sanções para esse tipo de crime eram pecuniárias, chegando o infrator a ter que reparar duas ou três vezes o valor da coisa furtada.

No direito germânico o furto era a *subtração clandestina* e se distinguia do roubo, que era a *subtração manifesta*, sendo severamente punido. Quando o infrator praticava o furto e era condenado pela primeira vez, ou seja, não havia antecedentes, a pena aplicada era mais branda. No caso da reincidência, as penas eram mais severas e caso o delinquente fosse condenado por uma terceira vez, ele era condenado à forca. Nesse último caso, entendia-se que aquela pessoa teria o furto como seu modo de vida, sua profissão e não havia outro remédio senão condená-lo à morte.

Na Idade Média, a distinção era da seguinte forma: no furto de pequeno valor, a pena era aplicada na pele e nos cabelos. Já no furto de grande valor, a pena era aplicada nas mãos e no pescoço. A pena de morte também era aplicada em grande escala não só nos furtos de alto valor como também em hipóteses consideradas como agravantes na época.

O Código francês, de 1810, punia com a morte somente o furto acompanhado de homicídio. Com o movimento filosófico do século XVIII, as penas do furto foram grandemente mitigadas.

É certo, entretanto, que sempre que se pretendeu punir com mais rigor o crime de furto ao longo do tempo, se estabeleceu a persecução como sendo de ação penal pública

incondicionada, ou seja, nesse caso não seria necessário que a vítima oferecesse representação, o Estado por si e de ofício dava seguimento às providências.

O código imperial, de 1830, no rol dos crimes contra a pessoa e a propriedade, previa o roubo, descrito no artigo 269, e a pena de morte como sanção dependendo das circunstâncias.

O código penal de 1890 manteve essa classificação, todavia, incluía no tipo penal de roubo a violência à coisa (destruição ou rompimento de obstáculos), no artigo 358, presumindo a violência à pessoa quando havia o emprego de chave falsa ou se a destruição se dava mediante escalada.

Atualmente em vigor, o Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, traz em sua redação a definição dos crimes de furto e roubo como veremos a seguir com as respectivas penas previstas:

#### **Furto**

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

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

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

#### **Roubo**

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

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

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

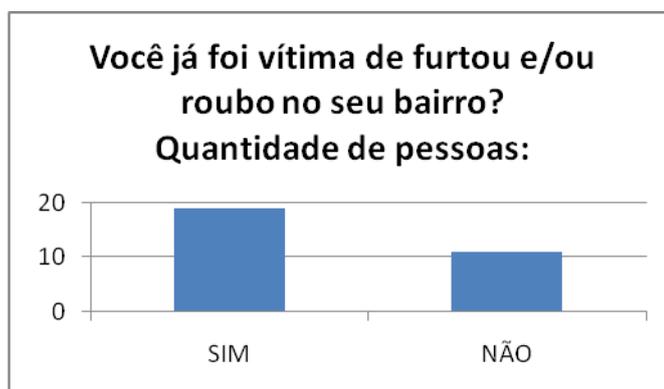
§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

A partir dessas exposições verificamos o quanto as sanções para quem pratica essas condutas sofreram adaptações ao longo dos séculos com a evolução da legislação penal e da

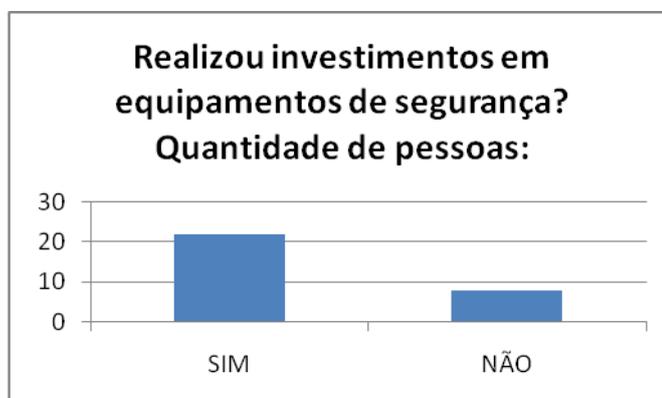
sociedade. Os diferentes momentos históricos e o próprio juízo individual e da sociedade acerca do que seria ético ou moral podem ter influenciado no tratamento dessas questões do ajuizamento das penas impostas aos infratores.

### 3 RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO

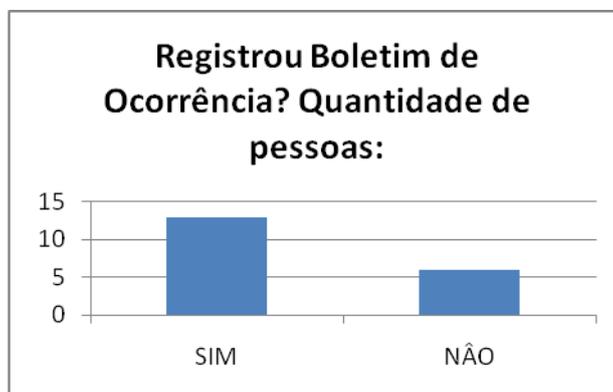
Perguntados se já foram vítimas de tais delitos, dos 30 (trinta) comerciantes, 19 (dezenove) já tiveram seu estabelecimento furtado ou roubado, o que representa 63% dos entrevistados conforme gráfico apresentado abaixo:



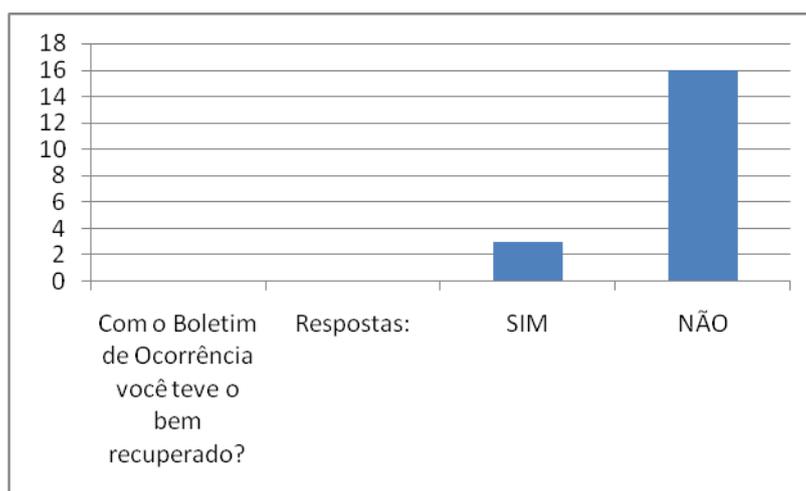
Quanto à questão dos investimentos particulares em equipamentos de segurança como circuitos de filmagens, cercas elétricas, segurança patrimonial e alarmes, esse número é ainda maior, 22 (vinte e dois) comerciantes dos 30 (trinta) entrevistados, o que representa uma preocupação dessas pessoas em prevenir tais práticas dentro de seus comércios, mesmo que isso acabe tendo pouca eficácia no combate à criminalidade. Vejamos no gráfico abaixo que 73% dos entrevistados já realizaram investimentos com esses equipamentos:



Analisando os comerciantes que foram vitimados, dos 19 (dezenove), 13 (treze) afirmaram que acionaram a Polícia Militar e realizaram o registro da ocorrência. Isso representa 68% dos comerciantes entrevistados conforme gráfico abaixo:

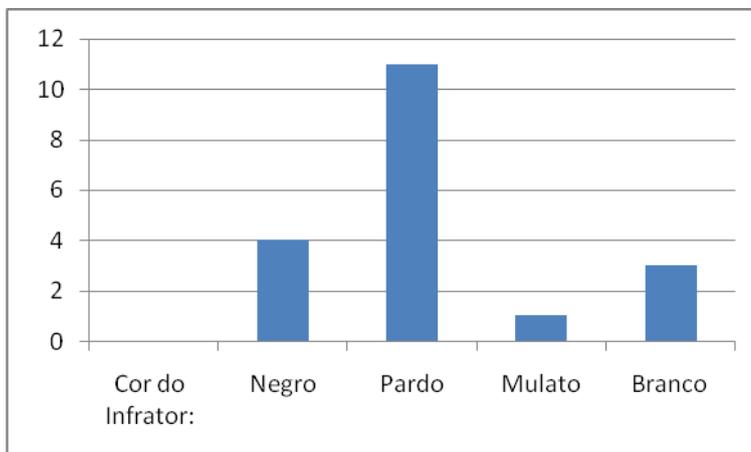


Desse percentual de comerciantes que registraram o fato, apenas 15% tiveram seus bens recuperados, o que representa um índice bastante pequeno se comparado ao número de ocorrências registradas. Isso reflete diretamente na atual descrença dessas pessoas frente ao papel que deveria ser feito pelo Estado no combate à criminalidade, pois acabam desmotivadas por não terem seus pertences recuperados pela polícia, e isso, acaba muitas vezes fazendo com que essas pessoas nem sequer registrem os fatos quando são novamente vitimadas.



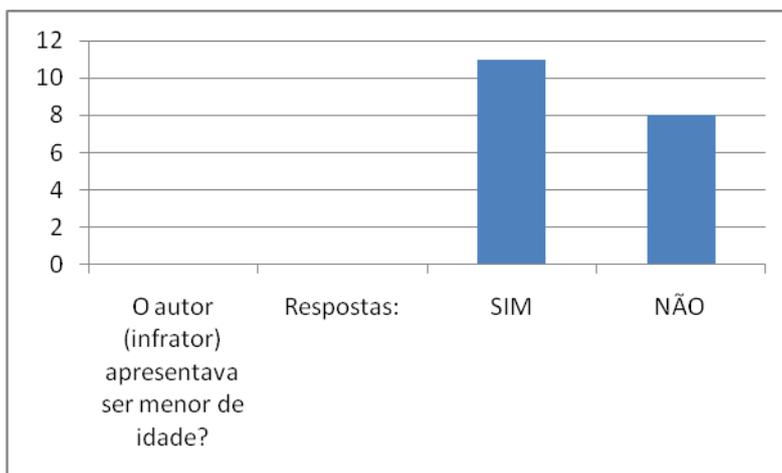
Analisando o perfil racial dos infratores com base nas respostas dos entrevistados, percebemos uma tendência maior de infratores pardos e negros, o que acaba sofrendo influência direta da composição racial da população de Paracatu/MG. Conforme dados do

IBGE, 58% da população da cidade são de cor parda, 24,5% brancos, 16% negros, 1 % de cor amarela e 0,1% indígenas<sup>1</sup>.



### *Perfil racial dos infratores*

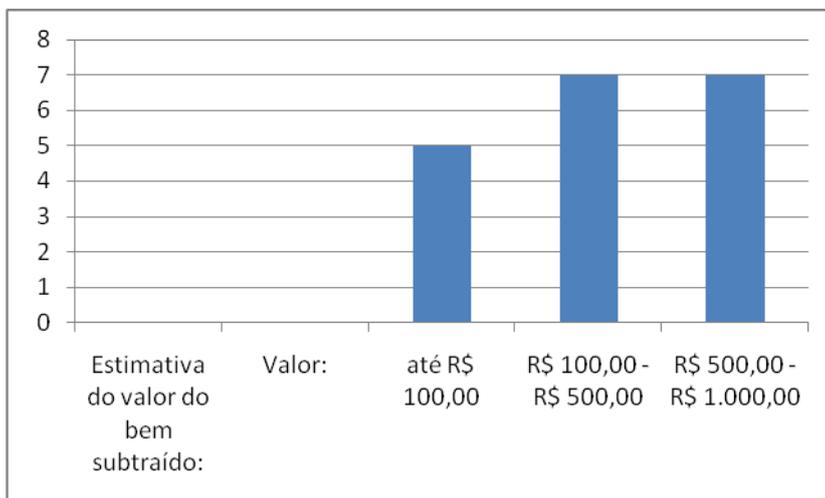
Uma outra tendência observada na pesquisa foi a predominância de infratores que aparentavam ter menor idade, dos 19 (dezenove) comerciantes vitimados, 11 (onze) deles afirmaram que o autor apresentava esse perfil, ou seja, 57%, conforme exposto no gráfico abaixo:



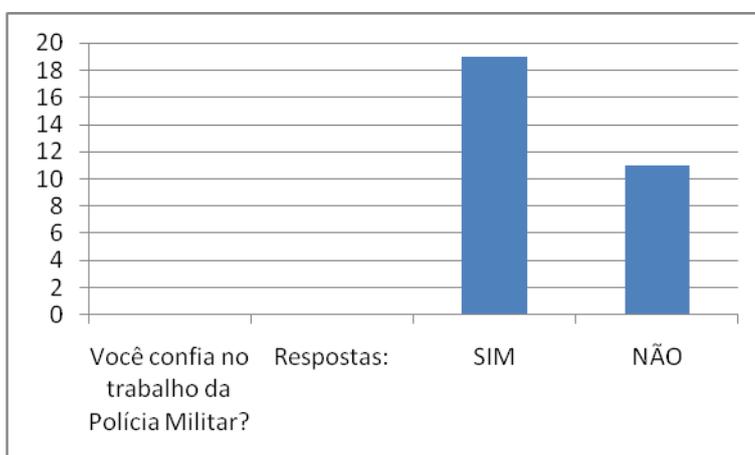
Isso acaba explicando o clamor dessas pessoas pela redução da maior idade penal, tema atualmente bastante discutido como uma possível solução no que se refere à sensação de impunidade que muitas vezes toma conta do nosso cotidiano.

<sup>1</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Cidades – Perfil**. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=314700>>. Acesso em: 30 out. 2014.

Quando questionados sobre a estimativa do valor dos bens que foram subtraídos desses comerciantes, observamos que se os valores foram relativamente baixos, ou seja, foram furtos e roubos de pequena expressão, o que possivelmente esteja relacionado com o uso de drogas por parte desses infratores que para sustentarem seus vícios acabam praticando esses crimes contra o patrimônio alheio.



Avaliando a opinião desses comerciantes quando perguntados se confiavam no trabalho prestado pela Polícia Militar, 63% responderam que sim e 37% declararam não confiar na polícia. Essa descrença por parte desses entrevistados acaba estando relacionada com o desconhecimento do papel constitucional de cada órgão envolvido nas questões de Segurança Pública, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Prisional, bem como o desconhecimento da Legislação Vigente no que tange às penas, quem oferece denúncia, quem de fato decide se o infrator ficará ou não com seu direito de liberdade ameaçado, etc.



Por fim, no espaço cedido a esses comerciantes para expor sua opinião pessoal referente ao bairro Paracatuzinho, local onde exercem suas atividades comerciais, diferentes pontos de vistas foram observados. Após a pergunta **“De que maneira você descreve o bairro Paracatuzinho?”**, obtivemos as seguintes respostas:

Entrevistado 01: *“É normal, bom para viver. A cidade está crescendo e é assim para todo lugar.”*

Entrevistado 02: *“O bairro é populoso e em crescimento, com incidência de criminalidade, drogas e problemas sociais.”*

Entrevistado 03: *“Agitado.”*

Entrevistado 04: *“Pelo tamanho que é, o bairro é tranquilo.”*

Entrevistado 05: *“Violento, pouca segurança.”*

Entrevistado 06: *“Pelo tamanho do bairro ele é regular. Criminalidade acontece pelo bairro ser grande.”*

Entrevistado 07: *“Bairro muito grande e por isso é perigoso, mas todo lugar é perigoso. Melhorou muito, não está tão violento.”*

Entrevistado 08: *“Violento. Medo de sair à noite.”*

Entrevistado 09: *“Ótimo bairro. Por ser muito populoso, a violência é imensa.”*

Entrevistado 10: *“Regular. Tem outros bairros piores.”*

Entrevistado 11: *“Perigoso. Principalmente por está na divisa com o bairro Bom Pastor. Pouco policiamento no bairro e muitos menores na rua fumando e esperando a oportunidade para agir.”*

Entrevistado 12: *“Um bairro que necessita de mais segurança principalmente no fim de tarde e início da noite.”*

Entrevistado 13: *“Muito perigoso. Precisando de mais segurança.”*

Entrevistado 14: *“Tranquilo. Perigoso é todo lugar hoje em dia. Não é o bairro mais perigoso e sim o mais populoso.”*

Entrevistado 15: *“Bom. Mas precisa de mais segurança.”*

Entrevistado 16: *“Tranquilo. Sou comerciante há mais de 11 anos e não vejo problema apesar de ter sido assaltada 2 vezes. Acredito que os criminosos são de outros bairros.”*

Entrevistado 17: *“Perigoso e muito inseguro.”*

Entrevistado 18: *“É um bairro bom de se morar, porém tem pouca segurança e a Polícia Militar não cumpre suas obrigações.”*

Entrevistado 19: *“Moro há 13 anos e não tenho nada a reclamar. As pessoas falam que é perigoso mas eu não acho.”*

Entrevistado 20: *“Bom. Tranquilo e moro há mais de 20 anos. Nada a reclamar.”*

Entrevistado 21: *“Um bairro bom, tranquilo. A noite é mais perigoso.”*

Entrevistado 22: *“Ultimamente tenho medo de andar a noite na cidade, mas está geral, em todos os bairros.”*

Entrevistado 23: *“Nunca tive problema nenhum. É um bairro igual aos outros. Devido a população ser maior acontece mais coisas. As infrações muitas vezes são cometidas por pessoas de outros bairros.”*

Entrevistado 24: *“Tranquilo. Nunca aconteceu nada não. Em outros locais do bairro é mais perigoso.”*

Entrevistado 25: *“Acho tranquilo. As vezes tem as rivalidades com outros bairros. De vez em quando tem tiros, homicídios.”*

Entrevistado 26: *“Bairro populoso, sem segurança, iluminação péssima. Mas apesar de tudo continuo acreditando que vai melhorar.”*

Entrevistado 27: *“Bairro tranquilo.”*

Entrevistado 28: *“Perigoso.”*

Entrevistado 29: *“Um bairro não tão seguro, mais tem locais onde é mais tranquilo.”*

Entrevistado 30: *“É um bairro até tranquilo porque a violência há em todo lugar, até porque a polícia faz o que pode. Mas o vandalismo e a violência são difíceis de combater de uma vez. Os problemas maiores são a droga e o álcool. Acho que devia ter pessoas ou abrigos que se preocupassem mais em ajudar.”*

Como observamos diversas são as inquietações dessas pessoas. Muitas responderam que o bairro é perigoso, que precisa de mais policiamento, de mais iluminação e até mesmo de ajuda da própria população no combate aos problemas sociais como drogas e alcoolismo. Por outro lado, há aqueles que acham o bairro tranquilo apesar de todos os problemas apresentados e acreditam que esses crimes são praticados por moradores de outros bairros da cidade e afirmaram ainda que a criminalidade trata-se de uma tendência cada mais presente em todos os lugares, não necessariamente nos bairros de periferia.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Concluimos com a pesquisa que os comerciantes encontram-se desmotivados com a segurança pública e com o serviço prestado pelo Estado, já que para realizar a própria prevenção tem sido necessário investimentos particulares para coibir a criminalidade que cresce de forma assustadora tanto nos grandes centros como nas cidades do interior.

Outra questão observada foi o fato desses comerciantes não conseguirem recuperar seus pertences subtraídos, o que reflete na pouca eficácia do poder público em solucionar esses crimes e em proporcionar uma maior sensação de segurança para a população do bairro Paracatuzinho, alvo da pesquisa.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Cidades – Perfil**. Disponível em:

<<http://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=314700>>. Acesso em: 30 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 30 out. 2014.

DIOCESE PARACATU. **Memorial**. Disponível: <<http://dioceseparacatu.org.br/a-diocese/memorial>>. Acesso em: 30 out. 2014.

MARCÃO, Renato. Anotações sobre o crime de furto e sua redação no Anteprojeto de Código Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, nº 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2963>>. Acesso em: 30 out. 2014.

PARACATU MEMÓRIA. **Bandeira**. Disponível em: <<http://paracatumemoria.wordpress.com/paracatu/bandeira/>>. Acesso em: 30 out. 2014.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Alguns aspectos polêmicos do crime de roubo**. Disponível em: <<http://www.jfrnºjus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina357-alguns-aspectos-polemicos-do-crime-de-roubo.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

# CHACINA DE UNAÍ: UM ESTUDO DA IMPUNIDADE PELO FATO E DO TRABALHO ESCRAVO NO NOROESTE DE MINAS

**Carla Alane de Andrade**

*Acadêmica do 4º período de Direito da FINOM.*

**Amanda Gonçalves Torres**

*Acadêmica do 4º período de Direito da FINOM.*

**Rodolfo Ramos Caldeira**

*Mestrando em Administração. Especialista em Direito. Docente e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

O artigo trata da questão de um crime internacionalmente conhecido como Chacina de Unaí, no qual quatro funcionários do Ministério do Trabalho e Emprego foram mortos vítimas de uma emboscada. No dia 28 de janeiro de 2004, na cidade de Unaí/MG, esses trabalhadores investigavam o trabalho escravo nas grandes fazendas da região. A pesquisa foi realizada através de reportagens atuais e daquela época que dão ênfase sobre a questão de um crime tão polêmico que ainda está impune, sendo que somente no ano de 2015 que se iniciaram os julgamentos dos acusados. O crime hediondo, com requintes de crueldade, praticado pela não aceitação da fiscalização idônea dos fiscais sobre as condições análogas à escravidão, violou simultaneamente múltiplos bens jurídicos e causou comoção social. Fixou-se o dia nacional de combate ao trabalho escravo, comemorado todo 28 de janeiro, em homenagem aos quatro trabalhadores mortos nessa data. A pesquisa aborda a questão da impunidade do fato e, em geral, o tema do trabalho escravo, notadamente através de reportagens.

**Palavras-Chaves:** Direitos humanos; trabalho escravo; homicídio qualificado; impunidade; chacina de Unaí.

## INTRODUÇÃO

*“Já existe, felizmente, em nosso país, uma consciência nacional – em formação, é certo – que vai introduzindo o elemento da dignidade humana em nossa legislação, e para a qual a escravidão, apesar de hereditária, é uma verdadeira mancha de Caim que o Brasil traz na frente”.*

*(Joaquim Nabuco)*

Consideradas coisas, as pessoas eram objetos de compra e venda, na antiguidade antes da assinatura da Lei Áurea, já se via, com saliência, a escravização dos seres humanos, o modo constrangedor em que seres humanos eram tratados sem nenhuma forma de defesa, a utilização da cor de pele como motivo da desigualdade entre homens de um mesmo convívio. Mesmo após a assinatura da Lei Áurea no dia 13 de maio de 1888, ainda é possível e verificável a existência da prática do trabalho escravo no território brasileiro.

O presente trabalho demonstra pela análise de um crime específico que as condições

de trabalho que o ser humano ainda nos dias atuais pode ser a de submissão a trabalhos sem nenhum princípio de dignidade, num flagrante desrespeito à ordem constitucional.

A sociedade vem se esforçando e se indignando em manifestos e denúncias, mas trabalhadores continuam sendo explorados, servindo de instrumentos descartáveis no campo. A exploração trabalhista em prol de mão-de-obra mais barata é uma das diversas práticas usadas pelas classes de poder na obtenção de lucros. O artigo tem como objetivo mostrar as condições e as relações de trabalho estabelecidas nas fazendas do noroeste mineiro, relacionando-as com o crime hediondo que foi a Chacina de Unaí, crime de repercussão mundial mas que após 10 anos do ocorrido permanece impune.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, a partir de dados coletados em bibliografias e reportagens. Já o objetivo principal da pesquisa é enfatizar um crime que repercutiu internacionalmente, principalmente na mídia, pelo fato de ser um crime hediondo com requintes de crueldade; além de mostrar que o trabalho escravo permanece nos dias atuais e devido às constantes investigações desses fiscais mortos nessa Chacina a questão foi trazida à tona. Por seu turno, a impunidade referente ao fato repercute até hoje, mais de dez anos se completaram desde o crime e o mesmo permanece sem julgamento definitivo dos principais acusados.

## **1 A CHACINA DE UNAÍ**

No dia 28 de janeiro de 2004 partem para o interior de Minas Gerais, na zona rural do município de Unaí, a aproximadamente 590 km de Belo Horizonte e à 160 km de Brasília, os auditores fiscais do trabalho, Eratóstenes de Almeida Gonçalves (42 anos), João Batista Soares Lage (50 anos), Nelson José da Silva (52 anos) e o motorista Ailton Pereira de Oliveira (52 anos) para mais um dia comum de trabalho com o objetivo de fiscalizar a exploração de mão-de-obra escrava em fazendas da região. No caminho, foram abordados por alguns homens que inicialmente pediam informações e, em seguida, anunciaram um assalto, o qual culminou com o assassinato a tiros de todos os ocupantes, os (três) auditores fiscais e seu motorista, crime este que ficou internacionalmente conhecido como “Chacina de Unaí”.

Um dos fiscais assassinados, Nelson José da Silva, já era bastante conhecido em Unaí. Seu trabalho incomodava os fazendeiros da região e ele já havia aplicado cerca de R\$ 2 milhões em multas resultantes de diversas fiscalizações nas terras da família Mânica, conhecida como “reis do feijão” e proprietária da Fazenda Bocaina, onde a chacina ocorreu. Um ano antes do crime, Nelson relatara ao MTE ter sofrido ameaça de Norberto Mânica:

durante uma operação, Norberto teria insinuado interesse em matar o auditor para que cessassem as fiscalizações. Os irmãos Antério e Norberto Mânica, fazendeiros na região de Unaí, são acusados de serem os mandantes das mortes dos auditores fiscais.

Hoje, a lentidão da justiça impede que o fato seja esquecido e considerado devidamente punido. Dos nove integrantes do crime apenas três (os pistoleiros) estão presos. A pretensão é de que se conclua o ciclo que é a punição dos responsáveis que após 10 anos do ocorrido permanecem impunes pelo crime de quádruplo homicídio qualificado por motivo torpe mediante emboscada, cuja pena prevista para cada vítima é de 12 a 30 anos de reclusão.

No ano de 2014, quando a chacina completou 10 anos, manifestantes se reuniram perante o Supremo Tribunal Federal clamando justiça:

Figura 1 – Manifesto perante o STF<sup>1</sup>



Ainda, o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT divulgou manifesto em busca de uma solução ao fato:

Figura 2 – Manifesto do SINAIT<sup>2</sup>



<sup>1</sup> REIS, Thiago. Trabalho escravo existe? **G1**, 13 maio 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/trabalho-escravo-2014/platb/>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>2</sup> Ibid.

Em agosto de 2013, foram julgados os pistoleiros executores do crime. No final do ano de 2015, os mandantes do crime foram condenados, porém exercerão o direito de recorrer em liberdade, de modo que a solução jurídica ao ocorrido ainda não é definitiva. Antério Mânica, fazendeiro e ex-prefeito da cidade de Unaí, foi condenado a uma pena de 99 anos, 11 meses e quatro dias de prisão em 05 de novembro de 2015<sup>3</sup>; seu irmão, o fazendeiro Norberto Mânica, foi condenado uma semana antes a 98 anos, 6 meses e 24 dias de prisão; e o empresário José Alberto de Castro a 96 anos, 5 meses e 22 dias. Hugo Alves Pimenta, apontado como intermediário da contratação dos pistoleiros, depois de firmar acordo de delação premiada, foi julgado em 11 de novembro de 2015 e condenado a 47 anos, três meses e 27 dias de prisão<sup>4</sup>. Contudo, pendem recursos das decisões.

## 2 O CRIME INVESTIGADO PELOS FISCAIS

O objeto jurídico tutelado pelos fiscais no exercício da profissão é o da ordem econômica, conforme texto constitucional: “A ordem econômica, fundada pela valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurara a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social, e tem como princípio a busca do pleno emprego, que é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica”.

Na esfera penal, a infração investigada que estaria sendo cometida por fazendeiros da região é a de redução à condição análoga à de escravo, tipificada nos seguintes termos pelo Código Penal:

Art.149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou proposto:  
Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além de pena correspondente à violência.

§1º Nas mesmas penas incorre quem: Cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; Mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: Contra criança ou adolescente; Por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

---

<sup>3</sup> EX-PREFEITO É condenado a quase 100 anos por Chacina de Unaí. **Terra**, 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/ex-prefeito-de-unai-e-condenado-a-quase-100-anos-pela-chacina-de-unai,e0c85eb39210c6b532783c73d2ea814d2mt4g2mo.html>>. Acesso em 02 dez. 2015.

<sup>4</sup> EMPRESÁRIO HUGO Pimenta é condenado pela Chacina de Unaí. **G1**, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/empresario-hugo-pimenta-e-condenado-pela-chacina-de-unai.html>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

A indignação por parte da família e sociedade é que estes trabalhadores estavam realizando seu trabalho normalmente, a fim de ajudar os menos favorecidos, fiscalizando, punindo e atribuindo condições de trabalho dignas decorrentes do emprego oferecido para sustento de uma família. Impor o que é crime, agir de acordo com as leis e trabalhar como qualquer cidadão implicou na morte desses quatro trabalhadores que estavam amparados pela justiça, fazendo nada mais que se ausentar de casa e da família para realizar o que de costume faziam, fiscais eram suas profissões, não podiam fazer deixar de fazer o que era de praxe, fiscalizar e punir condições análogas a de escravo.

Para se definir o trabalho escravo, além das duas características de trabalho forçado ou obrigatório, deve-se observar a ocorrência de condições denominadas como “degradantes”. Todo trabalhador tem direito às condições mínimas de saúde, higiene, habitação e alimentação para realizar bem o seu trabalho, isso é o patamar mínimo da dignidade humana. Porém, isso nem sempre ocorre com o trabalho escravo, pois, ao chegar às fazendas, o trabalhador se depara com a dura realidade que são as acomodações precárias: nos alojamentos são feitos de lonas de plástico ou palha, não existem lençóis para se cobrir, terá que dormir em redes desconfortáveis e, às vezes ao relento, sujeitando-se a picadas de insetos, de cobras ou escorpiões, além do ataque das onças, que rondam os acampamentos. As instalações sanitárias são insalubres, a água para beber não é potável e o banho será tomado em rios poluídos. Tudo isso, caracteriza as condições degradantes de trabalho<sup>5</sup>.

No nosso sistema, tão fortemente marcado pelo trabalho escravo, as relações entre patrões e empregados ficaram definitivamente confundidas. Não era algo apenas econômico, mas também uma relação moral onde não só um tirava o trabalho do outro, mas era seu representante e dono perante a sociedade como um todo. O patrão, num sistema escravocrata, é mais que um explorador de trabalho, sendo dono e até mesmo responsável moral pelo escravo. Essas relações são complicadas e, dizem os especialistas, muito difíceis de serem mantidas em nível produtivo<sup>6</sup>.

“Tanto o trabalho forçado com o escravo caracterizam-se pelo constrangimento ao trabalho. O último reveste-se de maior gravidade, pois pressupõe a degradação das condições de trabalho”<sup>7</sup>.

O que seria uma simples adaptação em uma fazenda de jornadas de trabalho regulares, higienização, salários dignos, coisas simples de se resolverem, acabou em brigas

---

<sup>5</sup> SIQUEIRA, Túlio Manoel Leles de. **O trabalho escravo perdura no Brasil do século XXI**. 2010. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_82/tulio\\_manoel\\_leles\\_siqueira.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/tulio_manoel_leles_siqueira.pdf)>. Acesso em: 02 de abril de 2014.

<sup>6</sup> DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p. 22.

<sup>7</sup> CUSTÓDIO, Telma dos Santos. **Trabalho escravo no Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Loyola, 1999.

particulares que culminaram num crime hediondo, enterrados junto aos trabalhadores foram também sonhos de famílias que vivem a espera da conclusão do julgamento desse crime. Filhos, esposas, famílias, sociedade sem explicações para esse acontecimento marcante na história do país. Talvez, estes mesmos foram os escravos da luta e fiscalizações constantes para melhoria de famílias que acaba na escravidão eterna de suas vidas com a morte.

### **3 A IMPUNIDADE PELO FATO**

A impunidade é um conceito que pode ter um sentido objetivo (técnico) ou um sentido subjetivo (ligado a impressões individuais). Do ponto de vista técnico, a impunidade consiste no não-cumprimento de uma pena por alguém formalmente condenado em virtude de um delito. Impunidade, nesse sentido, pressupõe, pelo menos, três premissas:

- A certeza do delito: se uma pessoa “parece” culpada e está em liberdade, não se pode dizer que, tecnicamente, ela esteja impune;
- O julgamento competente: somente uma Corte habilitada, obedecendo aos procedimentos previstos nos códigos de processo, pode determinar a punição;
- O desfecho do julgamento: se a impunidade decorre da não-aplicação de uma pena, ela só vai existir quando o processo estiver concluído.

Do ponto de vista subjetivo, a impunidade consiste na sensação compartilhada entre os membros de uma sociedade no sentido de que a punição de infratores é rara e/ou insuficiente. Disso deriva uma cultura marcada pela ausência de punição ou pela displicência na aplicação de penas. Nessa “definição”, podem ser incluídos casos que não se enquadram no aspecto técnico acima descrito:

- Lentidão excessiva no julgamento, que oferece ao suspeito mais liberdade do que “mereceria”;
- Penas mais brandas do que as esperadas pela sociedade ou parte dela.

A rigor, a distinção entre impunidade e morosidade da Justiça é subjetiva, tanto quanto a percepção sobre a gravidade da pena atribuída ao infrator. Em ambos os casos, ocorrem avaliações sem critérios objetivos pré-definidos e, por isso, sujeitas à opinião de cada pessoa. Obviamente, pode-se argumentar que existiria um valor quantitativo nessa avaliação – ou seja: se a maioria da população julga que uma pena é branda ou que a Justiça é lenta, isso seria suficiente para identificar a existência da impunidade. Entretanto, além de essa “quantidade de opiniões” serem imprecisa, é controversa, no Direito, a idéia de que a Razão Legal deva derivar do clamor público, às vezes marcado por forte grau de irracionalidade.

Outra compreensão subjetiva de impunidade diz respeito a situações em que o próprio sistema judiciário absolve alguém que seja “sabidamente” culpado. Mais uma vez, trata-se de uma percepção pessoal, uma vez que não existiriam formas externas à Justiça para determinar a responsabilidade de alguém suspeito de um delito. A opinião pública, eventualmente estimulada por certas informações ou avaliações difundidas pelos meios de comunicação, pode acabar fazendo um pré-julgamento em que considera culpado um indivíduo que a Justiça absolveu, ou seja, de acordo com o que se fala no texto, impunidade no modo subjetivo não passa apenas de uma visão povo, onde qualquer pena ou atitude tomada pelos que comandam a decisão da sentença a ser tomada, ou que estão envolvidos no caso de maneira a acusar o réu são inversa da vontade do povo, pode-se dizer que será declarada a impunidade de tal situação. A impunidade se revela como consequência da ineficiência do sistema penal, porque a lei penal foi criada como forma de tutelar os bens jurídicos importantes, e a falta de punição consubstancia em afronta à sociedade que abriu mão da vingança privada para ter seus conflitos de interesses equacionados pelo Estado.

#### **4 TRABALHO ESCRAVO NOS DIAS DE HOJE**

Se por um lado, não existem mais correntes ou senzalas, por outro, são inúmeras as semelhanças relatadas por trabalhadores de condições que remetem a uma escravidão contemporânea. Ameaças de morte, castigos físicos, dívidas que impedem o livre exercício do ir e vir, alojamentos sem rede de esgoto ou iluminação, sem armários ou camas, jornadas que ultrapassam 12 horas por dia, falta de alimentação ou água potável, falta de equipamentos de proteção, promessas não cumpridas.

O Código Penal define uma pena de reclusão de dois a oito anos e multa para quem “reduz alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”.

A cada dia, mais de 5 pessoas são libertadas, em média, no país. Dados do Ministério do Trabalho tabulados pelo G1<sup>8</sup> mostram que, nos últimos cinco anos, Minas Gerais lideram a lista de estados com resgates (2.000), seguido por Pará (1.808), Goiás (1.315), São Paulo (916) e Tocantins (913). Os resgates ocorrem após denúncias feitas pelos trabalhadores. A

---

<sup>8</sup> REIS, Thiago... Op. Cit.

Comissão Pastoral da Terra e os sindicatos e cooperativas são as principais entidades procuradas, já que há um receio do envolvimento de autoridades locais com os proprietários.

Durante as fiscalizações, caso seja configurado o trabalho análogo à escravidão pelos auditores fiscais, as pessoas são libertadas e os empregadores são obrigados a pagar todos os direitos trabalhistas devidos. Uma das maiores dificuldades no país é combater o aliciamento dos trabalhadores. Um programa do Ministério do Trabalho batizado de Marco Zero foi criado para ajudar na intermediação dos trabalhadores e acabar com a figura do “gato”<sup>9</sup>.

Hoje, no entanto, ainda é comum a atuação desses contratadores ilegais, que agem em áreas de vulnerabilidade e acabam perpetuando a prática do trabalho escravo contemporâneo. Enquanto ruralistas dizem que há exagero por parte dos fiscais e que muitas das infrações trabalhistas não configuram cerceamento de liberdade, entidades defendem uma punição exemplar quando houver flagrante desrespeito à dignidade do trabalhador, que muitas vezes é tratado como um bem e não como um ser humano<sup>10</sup>.

A batalha também é travada no Congresso. Quinze anos após ser apresentada, a chamada PEC do Trabalho Escravo foi aprovada pelo Congresso Nacional. A proposta de emenda à Constituição alterou o artigo 243, determinando que as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde for flagrada a exploração de trabalho escravo sejam expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Além disso, prevê que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência dessa exploração sejam confiscado e revertido a fundo especial.

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

A votação da PEC ocorreu em um ano simbólico. Em 2014, completaram-se 10 anos da chacina de Unai. O caso fez com que a segurança dos grupos móveis de fiscalização, criados em 1995, fosse colocada em xeque. Compostos de auditores fiscais e procuradores do Trabalho dificilmente saem hoje sem o apoio de policiais federais ou rodoviários federais.

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid.

Outro importante instrumento de combate ao trabalho escravo também completa 10 anos: a chamada “lista suja”. O cadastro de empregadores flagrados submetendo trabalhadores a condições análogas à de escravos é considerado uma das principais ferramentas para coibir a prática hoje no país. Quando um nome é incluído nele, instituições suspendem financiamentos e o acesso a crédito. Empresas signatárias do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo também aplicam bloqueios e restrições comerciais. O Ministério do Trabalho e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência são os órgãos responsáveis pela lista, que é atualizada semestralmente. Antes de figurar na relação, os empregadores têm o direito de se defender administrativamente em primeira e segunda instâncias. As exclusões ocorrem se, após dois anos, não houver reincidência e for efetuado o pagamento de todos os autos de infração. Muitas empresas, no entanto, conseguem ser retiradas da lista entrando com liminares na Justiça<sup>11</sup>.

De acordo com os resultados obtidos na pesquisa, percebe-se a luta constante em buscar solução para os problemas que ocorrem na sociedade quanto ao livre exercício do trabalho. O trabalho escravo, mesmo sendo tipificado, deve ser combatido diariamente, pois famílias ainda lidam com a impunidade perante pessoas de uma classe mais alta, mais favorecida. entra em questão a desigualdade que do país mostrada em reportagens vistas na TV, na Internet, e em todo tipo de mídia. A luta, intensa, compromete o interesse de poderosos e gera eventos trágicos como a chacina de Unai.

Figura 3 – Trabalho escravo hoje<sup>12</sup>



<sup>11</sup> VIANA, Márcio Túlio. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, 44.74/2007. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_74/Marcio\\_Viana.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_74/Marcio_Viana.pdf)>. Acesso em: 02 abril. 2014.

<sup>12</sup> CANNALONGA, Flávio. **Foto – trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/11743>>. Acesso em: 15 out. 2015.

Atualmente, no dia 28 de janeiro, o Brasil celebra o Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo. A data é uma homenagem ao assassinato dos auditores fiscais do trabalho Erastóstenes de Almeida Gonçalves, João Batista Soares Lage e Nelson José da Silva, e do motorista Ailton Pereira de Oliveira, no ano de 2004, quando apuravam denúncia de trabalho escravo na zona rural de Unaí/MG. A data foi oficializada em 2009 conforme a Lei nº 12.064.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar todas as reportagens e fatos referentes a essa pesquisa, vimos que não tem fim, a cada dia que se passa surge novas reportagens e novos fatos referente a esse crime, o que dá ao leitor, pesquisador, comparação desde o início do caso até os dias atuais, o que pretendemos foi relembrar um pouco desse crime com ênfase no trabalho escravo e na impunidade, relatando a história, lembrando também a questão do tempo que esse crime ocorreu. Um fato marcante para o país, que deixou como lembrança o dia 28 de janeiro como Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo, em homenagem aos trabalhadores mortos na Chacina de Unaí.

## REFERÊNCIAS

- CANNALONGA, Flávio. **Foto – trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.brasilefato.com.br/node/11743>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- CUSTÓDIO, Telma dos Santos. **Trabalho escravo no Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Loyola, 1999.
- DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p. 22.
- EMPRESÁRIO HUGO Pimenta é condenado pela Chacina de Unaí. **G1**, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/empresario-hugo-pimenta-e-condenado-pela-chacina-de-unai.html>>. Acesso em: 02 dez. 2015.
- EX-PREFEITO É condenado a quase 100 anos por Chacina de Unaí. **Terra**, 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/ex-prefeito-de-unai-e-condenado-a-quase-100-anos-pela-chacina-de-unai,e0c85eb39210c6b532783c73d2ea814d2mt4g2mo.html>>. Acesso em 02 dez. 2015.
- NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. São Paulo: Publifolha, 2000.
- REIS, Thiago. Trabalho escravo existe? **G1**, 13 maio 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/trabalho-escravo-2014/platb/>>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- SIQUEIRA, Túlio Manoel Leles de. **O trabalho escravo perdura no Brasil do século XXI**. 2010. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_82/tulio\\_manoel\\_leles\\_siqueira.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/tulio_manoel_leles_siqueira.pdf)>.Ac

esso em: 02 de abril de 2014.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, 44.74/2007. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_74/Marcio\\_Viana.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_74/Marcio_Viana.pdf)>. Acesso em: 02 abril. 2014.

# O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI DIANTE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AS AUSÊNCIAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

**Mayara Mendes Marques**

*Graduada em Direito pela FINOM.*

**Rodrigo de Carvalho Assumpção**

*Juiz de Direito. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM.*

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como finalidade principal desenvolver um estudo acerca do adolescente em conflito com a lei diante das garantias constitucionais e a falta de políticas públicas em detrimento a ele, partindo de uma análise sobre a Teoria da Proteção Integral e a Constituição. Será abordado nesse trabalho, num primeiro momento, aspectos históricos relevantes acerca da evolução do adolescente no atual mundo contemporâneo, para que nesse sentindo seja analisado o processo da construção do termo adolescente e o porque ele foi criado, abordando os critérios acerca da imputabilidade penal, e finalmente chegarmos ao ponto crucial do trabalho que será abordar a inércia do Estado frente a uma série de criminalidade cometida por menores autores de atos infracionais que vem desestabilizando a sociedade brasileira. A Carta Magna assegura como direito Constitucional o dever do Estado, da família e da sociedade zelar pela criança e adolescente dando a ele absoluta prioridade, no entanto, podemos notar um número alarmante de crianças e adolescente envolvidos na criminalidade, com isso percebe-se o verdadeiro descaso do Estado no que tange a políticas públicas como forma de inibir a criança e o adolescente a cometerem práticas delituosas.

**Palavras-chave:** Direito da infância e juventude; adolescente em conflito com a lei; inércia do Estado; políticas públicas.

## **INTRODUÇÃO**

Uma sociedade constituída em base sólida, propicia um desenvolvimento social consistente em relação à perspectiva de novas formas de gerenciar os problemas. Tendo em vista este fator, é imprescindível a preocupação com aqueles que sucederão o futuro da nação: a criança e o adolescente.

O contínuo índice de marginalidade proveniente da criança e do adolescente vem inquietando a sociedade, que cada vez mais vem ganhando espaço em manchetes de jornais, causando um sentimento de insegurança por parte da sociedade e, sobretudo, as formas e as técnicas que são utilizadas para perpetuarem os crimes.

Antes de analisarmos as causas de infrações causadas por eles, é necessário que se faça uma retrospectiva no processo psíquico e estrutural do desenvolvimento e da construção da adolescência para que possamos chegar a uma medida de reconciliação entre o que é essencial e indelegável para o seu desenvolvimento.

Embora sejam várias as tentativas de conceituar o termo adolescência, o que os estudiosos da psicologia podem afirmar é que este fenômeno é fruto de um contexto social, cultural e histórico. Na antiguidade grega, encontram-se informações que este era um período da vida humana diferenciada, pelos quais tinham características marcadas pela impulsividade e paixão. Nesse sentido, a adolescência do mundo contemporâneo nasceu tempos depois atrelada ao modo capitalista atual de organização de trabalho<sup>1</sup>.

O período da adolescência não diferenciava as pessoas no decorrer de suas vidas, o que se pode afirmar é que o estabelecimento da faixa etária que atualmente delimita a adolescência não era importante definir, como nos dias atuais, até mesmo porque isso não alterava a forma em que a sociedade se organizava na época.

Até o século XIX, o que se sabia é que a infância era a única fase que diferenciava da fase adulta, assim que o indivíduo deixasse de ser criança este estava apto a assumir responsabilidade e posturas atribuídas a uma pessoa adulta. Essa fase intermediária entre a fase infantil e a adulta, nasceu no seio da Revolução Industrial, no qual este processo teve início com os domínios das máquinas e o modo de produção que exigiam dos trabalhadores qualificação, e era cada vez mais frequente a necessidade de mão de obra especializada<sup>2</sup>.

Desse modo, surgiu a necessidade de encontrar pessoas flexíveis e com habilidade suficiente para desenvolver tarefas industriais. Logo, as primeiras exigências eram que fossem excluídos os idosos e os adultos e, com a segunda as crianças, daí surgiu a fase intermediária sendo conhecida como a fase preparatória para iniciar a vida laboral, pois este sujeito era visto como forma de investimento e possibilidade de se tornar capazes para a vida laboral, pois tratavam de pessoas em formação e que era preciso desenvolver o potencial para configurar membros da comunidade adulta. Em suma, a adolescência é um fenômeno típico do século XX, facilitado pelo prolongamento da vida humana e pela necessidade de uma formação cada vez mais longa para a atividade laboral<sup>3</sup>.

É sob esse prisma que podemos compreender a institucionalização e obrigatoriedade do sistema de ensino, que surge como principal instrumento de controle social, entendido como uma forma de domínio sobre o adolescente. É interessante notar aqui a visão de que o adolescente é,

---

<sup>1</sup> PETERSON, 1988 apud SANTOS, Larissa M. M. **Nada do que foi é ou será: A inter-relação de jovens com seu ambiente.** Tese de doutorado – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e Organizacional. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

<sup>2</sup> ALVES, Cândida; PEDROZA, Regina; PINHO, Aline; PRESOTTI, Luara; SILVA, Felipe. Adolescência e maioridade penal: reflexões a partir da psicologia e do direito. **Revista Psicologia Política**, São Paulo, v. 9, nº 17, jun. 2009.

<sup>3</sup> Ibid.

sobretudo, um potencial a ser desenvolvido, a ser moldado. Seja para o bem-  
produtividade econômica – ou para o mal – delinquência<sup>4</sup>.

A adolescência é considerada uma fase transitória, no qual está sendo alicerçado para o futuro adulto, diante disso é preciso que a comunidade adulta se responsabilize por esses indivíduos em formação, assegurando que sejam efetivados os interesses que a sociedade adulta julga ser legítima, religiosa e trabalhadora.

Sobretudo, podemos considerar que adolescência é uma fase delicada e vulnerável, no qual se trata de pessoas sem domínio próprio, cujas ações devem ser sondadas pela sociedade, a fim de não se abduzirem a tendências que corriqueiramente são consideradas como próprio de sua natureza. Sendo positiva essa cooperação estaremos diante de adolescente que se tornarão adultos produtivos, retos, disciplinados.

## **1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Desde o período do Império rodeia uma preocupação com a criança e o adolescente, no qual foi elaborado o primeiro projeto de proteção à infância por José Bonifácio de Carvalho. Ao longo do tempo esse código foi se aprimorando e essa ideia chegou à República, sendo o assunto implementado na legislação.

Desde então essa preocupação com o bem estar da criança e do adolescente vem ganhando mais espaço, pois assim como todos carecem de direitos inerente a pessoa humana, os direitos da criança e do adolescente não seria diferente em relação aos demais, pelo contrário, eles são garantidores dos mesmos direitos fundamentais que qualquer pessoa.

Em 1988 com a nova Constituição, a criança e o adolescente passaram a serem indivíduos dotados de plena prioridade, dando oportunidade a criação de uma lei que iria regulamentar novos princípios, e finalmente nasce em 1990 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que regulamenta acerca dos direitos e deveres da criança e do adolescente, no qual, subsiste até os dias atuais.

Os códigos anteriores tratavam de menores em situação irregular, devido à falta paterna ou negligência dela. Ao contrário desses códigos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) tem uma proposta de assegurar aos jovens e crianças a proteção integral. Essa proposta, contudo, não é parte isolada do Estatuto, é sobretudo, consequência da

---

<sup>4</sup> Ibid.

Constituição Federal de 1988, que garante em seus artigos 227 e 229 princípios elementares que envolvem a proteção da criança, o dever da família, do Estado da sociedade.

Considerando que a criança e o adolescente são partes integrantes do futuro da nação, devem ser bem cuidados.

Portanto, os direitos assegurados e eles devem ser exercido para sua concretização e usufruto. No entanto, a situação da criança e do adolescente está cada vez mais precária, pois há muitas situações irregulares que circulam desde o princípio; a exemplo é a constante divergência entre os direitos positivados na legislação e o direitos postos em prática.

Pois, se esses direitos fizessem parte das metas competentes a serem atingidas, atualmente não teria que cogitar a quantidade de criança e adolescente abandonados e desamparados a procura de mero alcance pela sobrevivência.

A assistência à infância e juventude no Brasil ao longo do tempo se deu de forma discriminatória, bem como a evolução da assistência social no Brasil. A pobreza, a incapacidade e o abandono eram vinculados a um processo de desenvolvimento econômico, social e desigual.

No período anterior ao desenvolvimento do Brasil os índios não viviam em uma sociedade de forma estruturada e organizada, dividida em faixa etária, ou seja, viviam de forma grupal não havendo uma fragmentação concreta entre jovens e adultos.

No Brasil - Colônia e Império, o atendimento e a legislação eram voltados à criança abandonada, geralmente com atendimento por instituições privadas, voltadas para a Igreja, imperando a fase filantrópica assistencial, com modelos herdados de Portugal, calcados nas Santas Casas de Misericórdia (dotadas do sistema de rodas de exposto)<sup>5</sup>.

O que se percebe é que nessa época não havia preocupação jurídica com essas crianças abandonadas, eram uma época em que os olhos da sociedade estavam voltados exclusivamente para o interesse econômico, inclusive era um período em que a escravidão imperava em grande parte do período.

Para amenizar o problema de crianças abandonadas que viviam em situações desumanas, foi criado, com base nas Santas Casas de Misericórdia, um sistema de rodas que foi criado por Portugal e foi implantado no Brasil a partir de 1726. Esse sistema consistia em uma roda de madeira que existia nas Santas Casas, onde as crianças abandonadas eram deixadas. Assim que fossem recolhidas eram enviadas a associação municipal de assistência

---

<sup>5</sup> D' ANDREA, Giuliano. **Noção de direito da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 19.

social de leite onde viviam ali por certo tempo, as meninas ajudavam nos afazeres da Santa Casa e os meninos eram mandados para recrutamento no exército.

Em meados do século XX o Brasil já tinha progredido de forma significativa e já podia experimentar algumas evoluções, sobretudo na área científica, a sociedade foi se fragmentando e era crescente a área de saúde nessas comunidades, nelas concentrava o atendimento assistencial da criança e adolescente. Na época a população era predominantemente por menores de 19 anos de idade, com esse avanço o Brasil almejava um desenvolvimento no padrão dos países europeus.

Em 1906, Alcino Guanabara propôs projeto de lei para assistência à infância, que tramitou por 20 anos até o lançamento, 1927, do primeiro código de menores (Decreto 17.943- A/27) denominado Melo Matos, homenagem ao primeiro juiz de menores do Brasil. O código era dirigido aos menores abandonados e delinquentes. Daí até os anos 60 pouca mudanças existiram<sup>6</sup>.

Com a ditadura em 1964, concentrou-se todo o controle sobre si e tinha-se uma ideia de desenvolvimento econômico- social. Neste ano, foi criada FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor) e as FEBENS's (estaduais) que objetivava centralizar e unificar a assistência ao menor. Após quinze anos, o código do menor de 1927 foi revogado, e então passou a ser implantado o código de 1979 (Lei nº 6.697) e tinha o mesmo ideal que o código anterior, continuava direcionado aos menores abandonados infratores, no qual esses jovens eram chamados de jovens em situação irregular.

Em 1988, com a nova Constituição (art. 227), a criança e o adolescente passaram a serem indivíduos dotados de plena prioridade, dando oportunidade a criação de uma lei que iria regulamentar novos princípios, e finalmente nasce em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que regulamenta acerca dos deveres e direitos da criança e do adolescente e perdura até os dias atuais.

Os códigos anteriores tratavam de menores em situação irregular, em virtude da falta paterna ou negligência dela, falta de assistência de forma geral. Ao contrario desses códigos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) tem uma proposta de conceber a proteção integral à criança e ao adolescente. Essa proposta, contudo, não é parte isolada do Estatuto. É, sobretudo, consequência da Constituição Federal de 1988, que elenca em seus artigos 227 e 229 princípios elementares que envolvem a proteção da criança, o dever familiar, do Estado e da sociedade.

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 20.

De forma geral, o Estatuto, tem uma característica mais norteadora do que definidor de direitos, sozinho ele não teria a mesma eficácia. Por isso, a proteção integral do menor se dá pelo Estatuto em conjunto com outras legislações (código civil, alimentos, direito do trabalho, investigação de paternidade etc.), assim assegura<sup>7</sup>.

## 2 CRITÉRIOS PARA A IMPUTABILIDADE PENAL

A maioria penal tem garantia constitucional e estabelece os direitos e garantias fundamentais aos menores de 18 anos. Atualmente, a mídia vem mostrando um cenário de alta criminalidade cometida por jovens, fazendo com que a sociedade se veja reféns deles, nascendo um sentimento de impunidade por parte deles.

A mídia, como uma das principais formas de veiculação, induz a opinião pública a crer que a melhor forma de dirimir os conflitos é reduzir a menoridade penal, pois acreditam que só assim será alcançada a tão cobiçada paz social. A respeito, há várias linhas de raciocínio e uma delas é o argumento que os adolescente tem discernimento para exercer seus direitos políticos, entre outras discursões.

Nesse sentido, é importante ressaltar o conceito de imputabilidade para analisarmos como é definido os critérios para a definição da imputabilidade penal. Mirabete<sup>8</sup> descreve a imputabilidade penal como:

A possibilidade de se atribuir a alguém responsabilidade por algum fato, ou seja, o conjunto de condições pessoais que dá a agente a capacidade para lhe ser juridicamente imputada a pratica de uma infração penal.

O Código Penal brasileiro, não define as hipóteses de imputabilidade, pelo contrário, ele elenca as hipóteses de inimputabilidade nas quais são: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, menoridade, embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, dependência de substância entorpecente.

Assim, como existem hipóteses para a inimputabilidade penal, Gonçalves<sup>9</sup> classifica critérios para a definição da imputabilidade sendo, biológico, psicológico e biopsicológico, analisaremos cada uma de forma individualizada.

O sistema biológico “leva em conta apenas o desenvolvimento mental do acusado (quer em face de problemas mentais ou da idade do agente)”<sup>10</sup>. Para este critério é

---

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

<sup>9</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte geral (Coleção Sinopses Jurídicas). São Paulo: Saraiva, 2003.

considerado aquele agente acometido por alguma doença mental ou que possui algum desenvolvimento mental incompleto ou retardado, baseado nos ensinamentos do autor Mirabete<sup>11</sup>, a expressão doença mental, “abrange todas as moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental”, como o transtorno bipolar de humor, a esquizofrenia, entre outras.

O desenvolvimento mental incompleto é a falta de compreensão das regras de civilização, essa patologia pode ser considerada transitória, podendo o indivíduo superá-lo no decorrer do tempo.

O desenvolvimento mental retardado é considerado para aqueles indivíduos que nunca alcançará cura, nasceram com essa patologia e sempre terá um descompasso entre a idade mental e a idade cronológica.

Sobretudo, o critério biológico nos evidencia a pensar que é insuficiente um indivíduo portador de uma doença permanente ou transitória ter pleno discernimento dos seus próprios atos.

Por outro lado, temos o critério psicológico, que “considera apenas se o agente, ao tempo da ação ou omissão, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação”<sup>12</sup>. Para o critério psicológico, a imputabilidade penal é observada no momento em que o crime foi executado, considerando o agente que age sem consciência, ou seja, sem a exata noção da realidade, aqui deverá observar se o agente não tinha dolo/culpa de praticar o crime, e só praticou porque não tinha uma real realidade da conduta.

E por fim, o critério biopsicológico,

[...] considera inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (causas), era, ao tempo da ação ou omissão, totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com tal entendimento (consequência)<sup>13</sup>.

O critério biopsicológico é considerado como um critério misto, por estar fundamentado nos dois critérios anteriores. Este critério é utilizado pelo vigente Código Penal brasileiro que possibilita evitar alguns resultados inadequados em relação aos outros critérios. Nesse sentido, o Código Penal adotou em seu artigo 26 critério para solucionar impasse.

O artigo 228 da Constituição Federal também recepciona os menores de 18 anos sendo inimputáveis, vejamos: “são plenamente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeito às normas da legislação especial”, essa legislação especial ao se refere é a Lei nº

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 87.

<sup>11</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini... Op. Cit., p. 218.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios... Op. Cit., p. 87.

<sup>13</sup> Ibid., p. 88.

8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê medidas socioeducativas ao adolescente que transgride a lei vigente.

Nos termos do artigo 27 do Código Penal, consagrado também pelo artigo 228 da CF, os menores de 18 anos são inimputáveis, e por isso são sujeitos a uma legislação especial. Vejamos: “Art. 228, CF. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

É importante ressaltar que há uma diferença entre impunidade e inimputabilidade, conforme expresso pelos artigos 26 e 27 do Código Penal:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Neste caso, o legislador brasileiro, em uma evolução política criminal para o menor, explicou que, por se tratar de sujeitos em desenvolvimento mental incompleto ele seria considerado inimputável, ou seja, ele não seria aplicado a norma vigente do Código Penal em virtude das condutas ilegais que cometesse.

Contudo, não significa que o adolescente vive em um estado de impunidade quando cometem delitos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a partir dos 12 anos qualquer adolescente será responsabilizado por atos ilegais cometidos por eles. Assim assegura o Estatuto:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

O que o Estatuto objetiva é que as penas comuns previstas no Código Penal sejam substituídas pelas seis medidas socioeducativas elencadas no Estatuto. Elas estão expressamente no artigo 112 do Estatuto e são: a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a semiliberdade e a internação.

Assim, as medidas socioeducativas vêm com o propósito de contribuir a ajudar o menor infrator a se reeducar para quando chegar à fase adulta, onde ele irá gozar de personalidade plena, voltar-se para o socialmente correto, e, sobretudo, será alcançando o

objetivo principal do Estatuto que é fazer com que esses menores não tornem a repetir outros atos infracionais.

### **3 TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

Ao contrário dos antigos códigos de menores, que abrangiam os menores em situação irregular, que muitas vezes eram frutos da falta paterna, da assistência em geral e da prática de atos infracionais, o Estatuto da Criança e do adolescente surgiu como um marco para conceber proteção integral à criança e ao adolescente. A Constituição Federal deixa explícito princípios que norteiam a proteção integral, evidenciando que a criança e os adolescente são sujeitos de plena prioridade, encarregando o Estado, a família e a sociedade a zelar e proteger a criança e ao adolescente, independentemente da situação que ele vive, ou seja, se é irregular ou não.

É importante ressaltar que por meios de análise sociológicas, a marginalização traçada pela categoria reservada de crianças e adolescente, não é próprio deles, mas sim por um conjunto de problemas relacionados com as condições precárias e desumanas de sobrevivência, abandono e discriminação feita perante o meio social em que ela está inserida.

Com essa inovação, surgiu uma nova concepção de que a criança e o adolescente que viviam em situações irregulares eram pessoas que necessitavam de cuidados protetivos, essa teoria marca a passagem da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral, considerando que a crianças de até 12 anos e adolescente de até 18 anos passam a ser considerados como cidadãos dotados de direitos, não excluindo a sua condição peculiar de pessoa em fase de desenvolvimento, buscando cessar a rotulação de que menor infrator são pessoas carente, abandonado. Essa doutrina concede direitos e igualdades a todos as crianças e adolescentes, independentemente da situação de risco pessoal e social que eles vivem.

Dessa forma a Constituição Federal assegurou direitos pessoais e sociais, por meio da criação de oportunidade e facilidades que possibilitam a evolução física, psíquica, moral e espiritual, em condição de liberdade e dignidade.

Antes da promulgação da Carta Magna, os menores, viviam à margem de uma sociedade em estado de completo abandono legal, o código de menores da época tratavam apenas de reprimir a criança e o adolescente em situações patológica, o Poder Judiciário poderia intervir apenas nessas situações.

O acesso à justiça era limitado aos menores nas situações previamente taxadas no Código de Menores, e os demais que não fossem inseridos em tais situações eram excluídos da proteção jurídica. A lei não assegurava especificamente às crianças e aos adolescentes direitos fundamentais, mas sim à família, a qual cabia a obrigação de tutela dos menores. Segundo esta concepção, a responsabilidade sobre o menor era exclusiva da família, abstendo-se o Estado e a sociedade de qualquer dever<sup>14</sup>.

Nota-se que o texto Constitucional colaborou para uma metamorfose na vida da criança e do adolescente exortando uma arcaica concepção acerca da crianças e do adolescente que viviam em situações irregulares para construir a moderna doutrina da proteção integral, dando a eles o direito de serem tratados como sujeitos de direitos, “e não meros espectadores dos deslindes do Estado sobre suas vidas”.

Com o objetivo de assegurar os direitos dos menores o legislador, diferentemente de outros países como Itália e Portugal, fez a junção de princípios, direitos e normas de proteção à criança e ao adolescente dentro de uma só legislação, dando um novo direcionamento a esse direito, que por muitos anos, era visto como secundário. É importante ressaltar que o Estatuto, em alguns pontos são mais norteadores do que definidores de direitos. Sozinho ele não seria tão eficaz. Por isso que a proteção integral da criança e do adolescente se dá conjuntamente com outras legislações como alimentos, investigação de paternidade, Código Civil, penais entre outras.

Quanto à responsabilidade do Estado no desenvolvimento do menor, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 responsabilizou a família pelas garantia prevista neste artigo, considerando-a o esteio da sociedade. A família é a base para perceber a existência das necessidades físicas, morais, social e psicológica, devido à relação de proximidade existente entre ela e o menor. Contudo, essa responsabilidade não foi atribuída somente à família, ela é estendida também à sociedade e ao Estado, cabendo a eles a obrigação de zelar pelas condutas dos menores, caso essas condutas sejam rompidos por algum tipo desvio, pois eles são considerados o reflexo da sociedade em que estão vivendo.

Diante disso, o artigo 227 da Constituição Federal dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

---

<sup>14</sup> VILELA, Lucas Souza. **A Constituição Federal e a Criança e o Adolescente Infrator**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29920/a-constituicao-federal-e-a-crianca-e-o-adolescente-infrator>>. Acesso em: 18 set. 2015.

Esse dispositivo reconhece o princípio da proteção integral ao menor, considerando-o sujeitos de direitos dotados de prioridades absolutas, chamando a sociedade, a família e ao Estado a obrigação de responsabilizar por esses menores.

Nos artigos 229 e 230 da Constituição Federal de 1988 foi instituída a família os deveres de zelar por seus filhos, devendo aos pais assistir, educar e criar os filhos menores.

Em relação ao Estado, cabe a ele a obrigação disposto no artigo 227, § 1º que dispõe: “o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida à participação de entidades não governamentais”.

Desse modo, o Estado deverá prestar assistência integral no que diz respeito à saúde, para a criança e ao adolescente aplicando recursos financeiros a assistência à saúde materno-infantil, bem como para criação de programas de prevenção e atendimento a especializado para portadores de qualquer deficiência.

#### **4 DO DIREITO COMPARADO**

De acordo com o que foi abordado anteriormente, a maioridade penal se estabelece a partir dos 18 anos, ao passo que no âmbito internacional “a maioria dos países adotam uma legislação específica para evitar a impunidade, no entanto, não existe uniformidade de idade nos procedimentos, depende do grau de tolerância de cada nação para fixar a idade penal”<sup>15</sup>.

Existem meios de comunicação que propagam a falsa ideia de que a responsabilidade penal no Brasil está em desequilíbrio quando comparada com outros países do mundo, discutindo a proposta da redução da maioridade penal para os 16 anos de idade, a maioria dos países analisados, usam como critério para a responsabilidade penal aos 18 anos.

Em análise com o direito estrangeiro, pode-se observar que a responsabilidade penal sempre foi objeto de discussão, desde os tempos mais remotos e em todos os países.

Alguns países passaram por uma evolução legislativa, no que tange à criança e ao adolescente, no Brasil, não foi diferente, muitas tendências foram buscadas em países vizinhos com culturas afins e aplicadas em países que passaram por problemas semelhantes.

Veremos a seguir, a legislação dos menores em Portugal, Espanha, Estados Unidos da América, abordando a maioridade penal de cada país, bem como, a sua forma de aplicação.

Em Portugal, o Código Penal foi implementado em 1852. Com o surgimento da legislação Iluminista, foram consideradas inimputáveis crianças menores de 7 anos de idade,

---

<sup>15</sup> PEREIRA, João Batista Costa. **A maioridade**: uma visão interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/majoridade-uma-vis%C3%A3o-interdisciplinar>>. Acesso em: 22 set. 2015.

enquanto os maiores de 7 e menores de 14 anos, ficava sob a responsabilidade do juiz decidir a responsabilidade do ato delituoso.

Em 1886, houve a reforma penal, que aumentou a idade de responsabilização de atos infracionais para 10 anos, mas, somente em 1911 foi que surgiu a primeira legislação específica acerca da Proteção infantil. No artigo 19 do Código Penal da legislação portuguesa, são inimputáveis os menores de 16 anos, que ficam sob a jurisdição dos tribunais de Menores.

A Lei portuguesa nº 166/99, trata dos delinquentes juvenis, para tal legislação são considerados inimputáveis os menores de 16 anos, que são submetidos aos Tribunais de Menores. No caso em que o infrator tenha menos de 12 anos, será submetido apenas às medidas de proteção. A Legislação Portuguesa muito parece com o Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo seu procedimento para adolescente infrator e suas medidas socioeducativas uma grande semelhança<sup>16</sup>.

Dessa maneira, quando um menor de 12 anos comete algum delito, será aplicada as medidas de proteção, já para atos praticados por maior de 12 e menor de 16 anos é cabível as medidas educativas, como advertência, reparação ao dano à vítima, tarefas em benefício da comunidade e internação em centro educativo. A duração das medidas tutelares não tinha tempo determinado, mas não podendo prolongar-se após os 21 anos, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

A Espanha tem um ordenamento jurídico juvenil muito parecido com o do ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro sistema tutelar nasceu em 1918, no qual esta lei perdurou durante 30 anos até ser aprovada a Lei Espanhola de Tribunais Tutelares de Menores em 1948.

Esse sistema tutelar, concebido durante a ditadura franquista, identificava expressamente a doutrina da situação irregular e foi definido pela literatura especializada como uma ponte de convergência da herança do positivismo correcionalista e do paternalismo autoritário próprio do momento<sup>17</sup>.

Na Espanha, são considerado menores aqueles com idade de 14 e 18 anos, sendo considerados jovens os maiores de 18 e menores de 21 anos. Quando há prática de ato infracional por menores será julgado pelo Juizado de Menores.

As medidas aplicadas na Espanha chegam a quatorze alternativas, e visam sempre à reeducação do adolescente infrator.

---

<sup>16</sup> COLTRO, Luiz Gustavo. **Procedimento especial de adolescente infrator**. Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2011, p. 16.

<sup>17</sup> SHECAIRA, 2008 apud COLTRO, Luiz Gustavo... Op. Cit.

O sistema juvenil dos Estados Unidos é muito mais complexo do que dos países de Direito escrito com influência Romano-Germânica. Ao longo dos últimos 20 anos ocorrem mudanças significativas no sistema americano, tornando-o o sistema punitivo mais rigoroso.

Em meados do século XIX, as primeiras penas eram consideradas extremamente rigorosas, os jovens autores de atos infracionais tinham as sanções aplicadas com a mesma rigidez de um adulto. Em 1899, houve um movimento rigoroso que clamava uma reforma no ordenamento jurídico americano, onde os jovens deveriam ser tratados e reabilitados, ao contrário, de cumprir pena em cárcere privado.

Em 1899, foi instituída a primeira grande Corte Juvenil. “Nesta época eram mínimas as garantias do processo, pois o Juiz da Corte de Menores tinha ampla discricionariedade para tomar as decisões”<sup>18</sup>.

Atualmente, dependendo do Estado, os jovens com mais de 12 anos podem ter procedimento utilizado para igual ao dos adultos infratores, com penas muito rígida, em alguns estados americanos é permitido a pena de morte para menores infratores envolvidos em crimes dolosos contra a vida.

## **5 PROCEDIMENTO ESPECIAL NO BRASIL**

### **5.1 Das atribuições do Conselho Tutelar**

Compete ao Conselho o dever de atendimento à criança e ao adolescente quando estes sofrerem ação ou omissão do Estado ou sociedade, seja na falta ou no abuso dos pais ou responsáveis, e em razão de suas condutas. É cabível também ao Conselho a aplicação no que se refere a medidas de proteção, exceto a colocação em família substituta e destituição da tutela, suspensão e destituição do poder familiar, estas funções são exclusivas do Poder Judiciário.

No que se refere à suspensão e destituição do poder familiar o Conselho poderá via de seus conselheiros representar ao juiz ou Ministério Público acerca da necessidade, e em caso em que o judiciário não estabelecer que os menores devem ser inseridos em colocação de abrigos ou família substituta, cabe ao Conselho providenciar as medidas cabíveis<sup>19</sup>.

Em relação aos pais ou responsáveis, o Conselho tem o dever de orienta-los quanto aos deveres deles para com a criança e ao adolescente sob seus cuidados, em caso de descumprimento poderá aplicar sanção do artigo 129 do Estatuto da Criança e do

---

<sup>18</sup> COLTRO, Luiz Gustavo... Op. Cit.

<sup>19</sup> D' ANDREA, Giuliano... Op. Cit.

Adolescente, com exceção no que tange a demanda judicial, que é o caso da perda da guarda ou destituição da tutela, e suspensão ou destituição do poder familiar.

Quando no Município não tiver Conselho Tutelar, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do adolescente poderá fazer seu papel, e na falta de ambos o juiz da infância e juventude, assim expressa o artigo 261 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## **5.2 Das Medidas Socioeducativas**

Em alguns municípios, as medidas socioeducativas em meio aberto, embora implantadas, contam com um alto índice de descumprimento, forçando um aumento considerável de situações em que a medida de internação seja, aparentemente, a única resposta. A possibilidade de contar com a solicitação de vaga de privação de liberdade inviabiliza a construção de intervenções técnicas eficazes no âmbito das medidas socioeducativas em meio aberto, algo que deve ser priorizado para garantir o caráter excepcional da medida de internação.

A viabilidade de atuação das medidas socioeducativas em meio aberto se define em dois âmbitos: em uma primeira instância, a partir da relação dos órgãos executores das medidas com o Ministério Público, Poder Judiciário, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e outras medidas socioeducativas existentes. Em uma segunda instância, a partir da relação dos órgãos executores das medidas com a rede de saúde mental, educação, segurança pública, assistência social, sociedade civil, dentre outros.

## **5.3 Da Especialização do CREAS**

O CREAS possui os seguintes serviços: Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos, PAEFI; Serviço Especializado em Abordagem Social; Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosas e suas Famílias; a Proteção Social a Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida e Prestação de Serviço à Comunidade. Assim, de acordo com as orientações da Tipificação Nacional de Serviços Sócio assistencial, o Serviço de Proteção Social a Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida e de Prestação de Serviço à Comunidade tem por finalidade:

[...] prover atenção socioassistencial e acompanhamento a adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, determinadas judicialmente. Deve contribuir para o acesso a direito e para a ressignificação de valores na vida pessoal e social dos adolescentes e jovens. Para a oferta do serviço faz-se necessária a observância da responsabilização

face ao ato infracional praticado, cujos direitos e obrigações devem ser assegurados de acordo com as legislações e normativas específicas para o cumprimento da medida.

No entanto, o CREAS tem objetivo de socioassistencial, bem como fazer acompanhamento ao adolescente que cumpre as medidas socioeducativas em meio aberto por determinação judicial, contribuindo para o menor autor de atos infracionais o acesso direto dando a ele o verdadeiro significado dos valores da vida pessoal e social.

Nesse sentido, passaremos a analisar um caso baseado em fatos reais, de um jovens que se dispôs a contar sua trajetória de vida, como que veio parar no mundo sombrio, que muitas das vezes não oferece o caminho de retorno.

M., hoje com 19 anos de idade, morador do Bairro Alto do Açude. Segundo relato do jovem ele tinha uma perspectiva de vida, queria estudar, ser diferente dos demais familiares que sempre estavam envolvidas em brigas, drogas, furtos e roubos.

No entanto, com seus 12 anos de idade presenciou seu padrasto Jeová matar sua mãe a tiros. Uma revolta tomou conta do seu ser. Não conseguia se libertar do ódio que tomava conta de seus sentimentos. Cada dia que passava a vontade de matar o padrasto era muito grande. O menor não queria mais ir para escola, deixou os estudos de lado. Aos 14 anos de idade, já estava envolvido com o tráfico, roubos e homicídios.

O padrasto do menor foi preso, condenado pelo homicídio. Jeová está preso cumprindo pena na APAC. O menor entrou em um mundo sem volta, um adolescente que tinha um sonho de ser doutor, se intitulou de M. matador. Para ele, matar uma pessoa tornou-se natural, em um só fim de semana matou dois adolescentes a sangue frio. Hoje M. com sangue no olhar, tem apenas um sonho matar toda família de seu padrasto, um a um. M. cumpre pena no presídio de Paracatu, MG.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se, no entanto, que a sociedade está doente, precisando urgentemente do antídoto para curar esse mal social que tem assolado as famílias brasileiras. Crianças e adolescentes que se envolvem no mundo criminal, por falta de perspectiva futura, não enxergam um futuro promissor para investirem sem se sacrificarem.

Todavia, as famílias que é a base para a educação, para a formação da personalidade desta criança ou adolescente que se projeta no mundo, está completamente falida, a ingerência estatal na educação dos filhos pode está causando um colapso. E com isso, fabricando os

marginais, e comprometendo a estabilidade e qualidade das famílias que hoje estão marcadas pelo fracasso.

A família é o primeiro grupo social em que o indivíduo se insere e é nela que ele vai assimilar valores sociais, culturais, regras, normas e limites necessários para uma vida em sociedade. Entende-se, portanto, que a família como aquela constituída por pessoas que comungam de relações afetivas, podendo compreender ou não indivíduos que tenham laços de consanguinidade, e que, principalmente, possam exercer a função de proteção e socialização de suas crianças ou adolescentes.

A família é um espaço complexo e muitas vezes contraditório, no qual a função de cuidado e proteção e as situações de violação podem coexistir, o Estado tem atuado mal em relação às interferências na educação das crianças ou adolescentes. A família está mal, porque os genitores não estão sabendo como educar os filhos, por falta de valores e princípios, que eles não souberam apreciar ainda em fase de formação, tornando um adulto sedento de afeto, carinho, educação, valores fundamentais. Simplesmente estão todos desorientados com a enxurrada de Leis que interferem diretamente na autoridade dos pais, banalizando por completo a importância da família.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Cândida; PEDROZA, Regina; PINHO, Aline; PRESOTTI, Luara; SILVA, Felipe. Adolescência e maioridade penal: reflexões a partir da psicologia e do direito. **Revista Psicologia Política**, São Paulo, v. 9, nº 17, jun. 2009.

COLTRO, Luiz Gustavo. **Procedimento especial de adolescente infrator**. Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2011.

D' ANDREA, Giuliano. **Noção de direito da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte geral (Coleção Sinopses Jurídicas). São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, João Batista Costa. **A maioridade**: uma visão interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/majoridade-uma-vis%C3%A3o-interdisciplinar>>. Acesso em: 22 set. 2015.

SANTOS, Larissa M. M. **Nada do que foi é ou será: A inter-relação de jovens com seu ambiente.** Tese de doutorado – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e Organizacional. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

VILELA, Lucas Souza. **A Constituição Federal e a Criança e o Adolescente Infrator.** Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29920/a-constituicao-federal-e-a-crianca-e-o-adolescente-infrator>>. Acesso em: 18 set. 2015.

# A OMISSÃO DA TIPIFICAÇÃO QUANTO A PEDOFILIA FÍSICA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

**Sirano Cristian de Matos Duarte**

*Graduado em Direito pela FINOM.*

**Rosa Jussara de Bonfim Silva**

*Mestre em Educação. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas –  
FINOM.*

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a omissão do legislador ao elaborar o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei: nº 8069 de 13 e 3 Julho de 1990. Uma vez que não há na referida legislação a tipificação da pedofilia física, ou seja, manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso e face de crianças e adolescentes e suas devidas sanções. Por óbvio deixa a supracitada legislação uma lacuna no que se refere a conduta citada acima, logo se faz necessário preencher tal lacuna a luz do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2848, de 1940. Buscando assim uma previsão expressa análoga a conduta de um indivíduo praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de menor de 14(quatorze) anos. Em face de tal omissão, o presente trabalho visa incluir um novo artigo no contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8069 de 13 de Julho de 1990, mais precisamente na parte Dos Crimes em Espécie. Assim restaria suprida tal lacuna e haveria uma tipificação expressa com suas respectivas sanções para punir os indivíduos que praticassem conjunção carnal ou outro ato libidinoso em desfavor de crianças e adolescentes.

**Palavras-chave:** Omissão legislativa; tipificação; pedofilia física.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por escopo demonstrar uma omissão legislativa constante no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Omissão esta que consiste em não haver uma previsão expressa naquele diploma legal, tipificando a conduta do indivíduo que pratica a conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de criança ou adolescente. Deixando a citada Lei, uma lacuna no que tange à conduta mencionada anteriormente, gerando margem para hermenêuticas divergentes ao se deparar com casos concretos.

Assim, diante de casos concretos se faz necessário buscar respaldo em outra legislação uma previsão expressa análoga à conduta do indivíduo que praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso em desfavor de criança ou adolescente, para que se possa punir quem a praticou.

Diante da omissão presente no Estatuto da criança e Adolescente de 1990, o sistema Judiciário que é o órgão competente para apreciar e punir condutas que atentem contra a

ordem pública, tem que recorrer ao Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, mais precisamente no Título VI Dos crimes Contra a Dignidade Sexual, Capítulo II Dos Crimes Contra Vulnerável, em seu artigo 217-A: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menos de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

É em decorrência de tal previsão que o Poder Judiciário encontra embasamento para exercer *jus puniendi* e levar a julgamento indivíduos que atentem contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Portanto, resta clara a relevância em se fazer a inclusão de um novo artigo no Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, mais precisamente no Livro II – Parte Especial, Título VII – Dos Crimes e Das Infrações Administrativas, Capítulo I – Dos Crimes e Seção II – Dos Crimes em Espécie. Tipificando assim, conduta em manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com criança e adolescente, uma vez que o citado diploma encontra-se omissa face a tal explicitação.

A referida inclusão de uma nova tipificação na citada legislação extravagante, fundamenta-se identicamente, vez que, há na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma previsão que o ordenamento jurídico punirá severamente qualquer espécie de violência sexual contra criança e adolescente, conforme descreve o artigo 227, em seu parágrafo 4º, *in verbis*: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e adolescente”.

Assim, uma solução para erradicar os índices crescentes da pedofilia e em especial aquela física omitida pelo legislador ao elaborar o Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, embasa-se na inclusão de uma tipificação no citado diploma legal com suas devidas sanções mais rígidas. No que tange a prática delitiva da conjunção carnal ou outro ato libidinoso em desfavor de criança ou adolescente. Tendo em vista que, tal agressão traz inúmeras consequências físicas e psicológicas irreversíveis para as vítimas deste crime.

É público e notório que, a suscita tipificação terá um caráter de severidade, vez que, a mesma traz penas mais elevadas e severas do que aquelas previstas no estupro de vulnerável expressa no Código Penal Brasileiro de 1940, que nos dias atuais é a legislação que respalda o Poder Judiciário a punir tal conduta delituosa.

Pois podemos observar que há uma desproporcionalidade da pena nesta citada legislação, face a gravidade do fato praticado, desproporcionalidade esta que será suprimida

pelo artigo ora proposto. Pois outra finalidade do trabalho em estudo, simultaneamente será aproximar ao máximo a sanção com a gravidade do caso fático.

Sem mencionar que, nos parâmetros da atual legislação, caso o indivíduo seja punido com base na pena mínima ali estabelecida, ele poderá iniciar o cumprimento da pena imposta em sua sentença no regime semiaberto. O que não ocorrerá com a nova tipificação ora apresenta

Diante do discorrido, fica demonstrado à notável relevância do projeto ora proposto vez que o mesmo poderá não erradicar a pedofilia física em nosso país, mas irá trazer em seu bojo sanções mais severas para tal conduta delituosa, mitigando assim uma possível sensação de impunidade por parte dos infratores. Bem como, com a nova tipificação ora proposta em hipótese alguma ele poderá iniciar o cumprimento de pena no regime semiaberto.

No estudo em apreço, será utilizado a metodologia qualitativa, tendo em vista, aquela ter por escopo deixar clara a verossimilhança dos fatos arrolados no presente trabalho com os casos concretos.

Será utilizada também outra ferramenta de suma importância em construções de trabalhos científicos que é a revisão bibliográfica, onde o pesquisador consegue interpretar o entendimento dos doutrinadores do tema em estudo. Assim, munido de tais informações o pesquisador chegará na conclusão de seu raciocínio.

Outrossim, o uso do método de revisão bibliográfica no meio jurídico respalda-se em sempre ter os estudiosos do Direito, consultar e interpretar a Carta Magna que está na cúpula da hierarquia do ordenamento jurídico pátrio fundamentado toda a literalidade das Leis e Normas. Com o intuito de não se instituir tipificações inconstitucionais, ou seja, que atentem contra a literalidade da Constituição Federal de 1988.

Em outro giro, nota-se que no momento em que o legislador criou o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, o mesmo se utilizou de um preceito fundamental de grande relevância que é assegurar os direitos, deveres e ao respeito à dignidade como pessoa humana em processo de desenvolvimento. Pois lhes é assegurado o reconhecimento de sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas Leis.

Sendo assim, nada mais oportuno do que fechar a presente lacuna contida na supracitada legislação, através de uma implantação de um artigo de lei (tipificação) com as suas devidas sanções. Corroborando com aquele preceito fundamental almejado pelo legislado originário.

## DESENVOLVIMENTO

A história nos mostra que as crianças e adolescentes são vítimas de violências sexuais por parte de adultos desde os tempos mais remotos. Todavia, a Lei romana permitia casamentos entre meninas de 12 (doze) anos e meninos de 14 (quatorze) anos de idade. Ademais, tratava-se de situação corriqueira naquela época, os pais mentir a idade das filhas com o intuito de antecipar-lhes o casamento e, com isso obter vantagens econômicas.

Ressalta-se que, por todos os lados onde a pedofilia se fez presente tal prática teria sido influenciada pelo cristianismo. Nesta linha destaca-se que, na Grécia antiga seria o pai que deveria iniciar a vida sexual de seus filhos, tanto filhos homens como filhas mulheres. Por óbvio, fica claro que além da prática da pedofilia também se faz presente a homossexualidade vez que o pai mantinha a primeira e até mesmo outras relações sexuais com seu filho homem.

Assim sendo a prática da pedofilia não seria prejudicial ao casamento nem muito menos ao status do homem perante a sociedade, uma vez que todo aquele ritual seria uma tradição e deveria ser cumprida para manter as raízes da cultura.

Nota-se que, na sociedade romana quem detinha o *pater* família, seria o detentor, o guardião e assim mandava na vida de todos que estava sobre o seu *pater* poder. Diante de tal fato seria plenamente normal e aceitável por aquela sociedade que o *pater* família iniciasse a vida sexual de seus filhos.

Ademais, com o passar dos séculos e com a mudança das culturas e crenças, a sociedade foi também mudando sua consciência e notadamente a prática da pedofilia passou a ser analisada como uma perversão sexual. Logo, se iniciou uma batalha incansável para combater os atos dos praticantes da pedofilia.

Assim sendo, a pedofilia passou por inúmeras evoluções, onde já foi bem vista na sociedade e por consequência seria praticado livremente, a ser totalmente repudiada e por consequência ser proibida e punida pelo Estado. Logo, por estas e outras lutas a pedofilia foi esvaída da lista de tradições e agora sendo elencada na lista de crimes intoleráveis pela sociedade.

Todavia, desde os tempos mais remotos a pedofilia seria vista como algo normal, assim os atos sexuais entre crianças, adolescentes e adultos seria algo comum naquela sociedade, porém tal entendimento muda a partir do surgimento da cultura judaico-cristã, que ver a criança como um ser humano puro sem vícios e que sua consciência não poderia ser violada, corrompida. Logo, estas práticas absurdas passaram a ser vista com maus olhos.

Cotidianamente, não encontramos resistência para fazer críticas à prática da pedofilia, uma vez nos dias atuais a mesma consiste em uma prática criminalizada perante o judiciário e na sociedade como um todo.

A exemplo disso, em nosso ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, foi instituído para salvaguardar os interesses da criança e do adolescente prevendo como crime atos de abuso de crianças e adolescentes e, condutas pedófilas.

Para visualizar a grande relevância em se realizar a inclusão da tipificação do crime em praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de criança ou adolescente na legislação brasileira Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, hora em debate. Encontra força nas palavras do Senador Magno Malta que é um militante incansável contra a prática da pedofilia e mais, o mesmo realiza suas atividades políticas na Câmara do Senado sendo está à casa responsável para votar e aprovar todos os projetos de leis existentes em nosso país.

Tendo em vista que aquele repudia qualquer espécie de abuso contra crianças e adolescentes, pois segundo ele os pedófilos assassinam a alma de pessoas que não conseguem se defender. Ressalta o mesmo ainda, ser esta uma batalha constante, e que a cultura da população vem mudando bastante no que tange a denunciar e não ser muitas vezes conivente com esta prática delituosa, para ele tal cultura foi adquirida a partir da CPI da Pedofilia onde este foi relator.

A Constituição Federal de 1988 Brasil, nossa Carta Magna, sendo ela o topo da hierarquia e o pilar basilar para todos os ramos do Direito, exemplo: Código Penal, Civil, dentre outros, prevê em um de seus artigos a proteção das crianças e adolescentes contra qualquer forma de agressão sexual e, prevendo também a possibilidade em se incluir no ordenamento jurídico brasileiro penas severas contra quem praticar atos desta natureza.

Diante do exposto, observa-se que o Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, encontra-se omissivo quanto à tipificação da pedofilia física. Assim fica cristalina a importância em se incluir uma previsão expressa em tal ordenamento para minimizar o máximo possível esta prática que a cada dia se torna crescente na sociedade brasileira. Tendo em vista que, a literalidade da tipificação pretendida no trabalho em estudo abordar medidas mais severas para o infrator que a praticar.

Ressalta-se que, foi à vasta divulgação de casos envolvendo a prática da pedofilia física nos meios de comunicação que motivou o estudo do tema, pois em tal perversão

encontra-se a figura de quem a realiza, vez que, para melhor entender esse crime se faz necessário entender quem comete a pedofilia.

Para Sanderson<sup>1</sup>, se faz necessário estabelecer uma relação de proteção em face das crianças que são vítimas em potencial desta perversão. Logo, para melhor proteger seus filhos é indispensável saber quais são as espécies de pessoas que abusam sexualmente de crianças. Por óbvio, se pudermos entrar na mente de um pedófilo teremos condições de desvendar quais as circunstâncias que o motiva e que grupo de crianças que correm riscos.

Igualmente, seremos capazes de distinguir como os pedófilos selecionam as suas vítimas, bem como as aliciam para concordarem com o abuso e que estratégia eles se utilizam para evitar que a criança revele o abuso para outras pessoas. Sendo assim, de posse de informações detalhadas, há uma grande possibilidade de proteger a dignidade sexual das crianças e assim evitar que elas sofram um abuso sexual.

A pedofilia tem se constituído em um problema de saúde pública com alta prevalência em todo o mundo, pois a mesma ocorre praticamente em quase todas as comunidades educacionais, étnicos e socioeconômicos. Gerando um impacto dramático na opinião pública, sendo assim a prática da pedofilia consiste em um fenômeno mundial.

A pedofilia, apesar de assombrar a humanidade há muitos anos, apenas recentemente que a mesma vem sendo objeto de estudo no campo das ciências jurídicas e da psicologia. Logo, se faz necessária uma análise da existência e eficácia das legislações no que tange o tema em apreço, desde uma leitura do Direito Constitucional até o estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se busca adaptar à nova realidade social no Brasil, que será objeto de estudo em momento mais oportuno no trabalho em apreço.

Todavia, se faz oportuno desdobrar um exame quanto à formação mental do agente pedófilo. Assim a pedofilia consiste em uma perversão que leva um indivíduo adulto a se sentir sexualmente atraído por crianças, levando-o a praticar atos sexuais com crianças e adolescentes. Sendo aquele um termo médico que se refere a um distúrbio de comportamento a ser diagnosticado no caso concreto.

Ressalta-se, não ser necessária a confirmação da conjunção carnal entre pedófilo e criança, pois uma pessoa poderá ser considerada clinicamente como pedófila por simples presença de fantasias ou desejos sexuais em seu subconsciente. Todavia, o indivíduo portador de tal perturbação, perversão sexual não admite que o seu comportamento encontra-se alheio aos padrões normais da sociedade.

---

<sup>1</sup> SANDERSON, Christiane. **Abuso Sexual em Criança**: Fortalecendo Pais e Professores Para Proteger Crianças de Abusos Sexuais. São Paulo: M Books do Brasil, 2005.

Ademais, ainda que a pedofilia seja analisada sob a ótica de um desvio no desenvolvimento da sexualidade, caracterizada pela atração sexual de forma compulsiva e obsessiva por crianças e adolescentes, uma vez que a mesma em quase toda sua totalidade nasce dentro de um ambiente privado, ou seja, no seio familiar. A ação do pedófilo transpassa os limites do particular, invadindo ambientes sociais.

Uma vez que, o agente pedófilo com sua ação agride toda uma coletividade, ou seja, o seio da sociedade. Haja vista, que sua vítima é sempre um sujeito despido de atos de anuências vez que consiste em pessoas humanas em processo de desenvolvimento.

Ocorre que, a pedofilia está classificada, juntamente com outros transtornos psiquiátricos, agrupados pela CID-10 (Código Internacional de Doenças) como parafilias, sendo estes comportamentos sexuais caracterizados por desejos, fixações sexuais recorrentes e intensos que envolvem atividades, situações incomuns e causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou ainda em outras áreas da vida do indivíduo.

Sendo um transtorno psiquiátrico a pedofilia poderia ser então, passível de tratamento. Isso significaria que algumas pessoas, por razões desconhecidas, sofreriam de tendências incoercíveis que lhes são próprias e, por tal motivo, careceriam de um tratamento para conter essa disfunção de conduta. Nesse caso, o pedófilo seria vítima de uma doença a ser tratada.

A forma de tratamento na pedofilia implica na intervenção psiquiátrica, com a prescrição de alguns medicamentos para redução da libido, bem como a psicoterapia, sendo esta um treino de autocontrole de impulsos. Todavia, para o sucesso de uma intervenção e eficácia no tratamento da pedofilia, o indivíduo que apresenta tal característica de personalidade certamente não irá aderir ao processo de intervenção, logo, se faz necessário realizar outra forma de solução, que poderá ser até mesmo a internação compulsória do indivíduo para garantir a eficácia do referido tratamento.

É importante observar que um relacionamento entre um adulto e um adolescente sexualmente maduro não configura uma relação pedófila.

Em outro giro, é inegável que o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990 (ECA), consiste em um instrumento de fundamental importância para que o Estado, a família e a sociedade se atentem que as nossas crianças e adolescentes são personagens principais do futuro de uma sociedade. Logo, é papel da sociedade e

principalmente do Estado buscar solucionar todo e qualquer método de violência que venha a prejudicar o seu crescimento de desenvolvimento saudável.

Ocorre que, o princípio basilar do supracitado diploma é consagrar a proteção integral da criança e do adolescente em uma concepção de que aqueles são sujeitos de direitos em face da família, sociedade e ao Estado. Conforme entendimento do artigo primeiro do mencionado Estatuto, *in verbis*: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Logo, rompendo a máxima que criança e adolescente sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, posicionando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa. Bem como, a direitos especiais em decorrência de sua condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Entretanto, é notório que o legislador incluiu no bojo do ECA, algumas infrações para quem venha a praticar exploração sexual e face de crianças e adolescentes. Sendo aquelas, a produção e comercialização de materiais pornográficos expondo crianças e adolescentes; voyeurismo que versa a respeito de observação de atos o até mesmo de órgãos sexuais de outras pessoas em especial de crianças e adolescentes. Sendo tais atos, nada mais nada menos do que uma pedofilia virtual sem que necessariamente se tenha contato físico.

Contudo, a presente artigo tem por objetivo demonstrar que o legislador ao elaborar o ECA, mais precisamente na Seção II – Título Dos Crimes em Espécie, do supracitado diploma legal se omitiu quanto uma tipificação condizente com a pedofilia física. De tal forma, o legislador se manteve inerte quanto a incluir no bojo daquele diploma uma tipificação com suas devidas sanções para quem venha a praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, ou seja, pedofilia física em face de crianças e adolescentes.

Pois, tal ato praticado contra crianças e adolescentes é um crime perverso que certamente afeta consideravelmente a vida e o desenvolvimento psicológico daquelas vítimas. Logo, devendo ser tratado no escopo do ECA, com o máximo de rigor possível, para que assim se possa equiparar a gravidade do fato com suas sanções.

De tal forma, sabe-se que infelizmente em nossa contemporaneidade a pedofilia física vem sendo reconhecida como um crescente problema social e de saúde pública em nossa sociedade.

Logo, não restam dúvidas que a pedofilia física tente a gerar consequências múltiplas para suas vítimas. De outra forma, a pedofilia dita virtual, sendo aquela que não há contato físico gerando em suas vítimas uma consequência de menor gravidade e, o que nos espanta

que este último delito encontra-se tipificado no rol do ECA. Já o delito que sem dúvidas alguma trará maiores consequências para suas vítimas, que irá lhes acompanhar por toda sua vida, não foi ali reconhecido. Sendo ela a pedofilia física, que é o ato de manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de crianças e adolescentes.

Nesta linha destaca-se que, a pedofilia física tende a gerar consequências psicológicas e físicas irrecuperáveis com aspectos avassaladores e eternos, pois certamente aquela vítima carregará esse sentimento consigo em quanto viver. Logo, passa da hora de tal crime bárbaro ter uma tipificação no ECA, que conseguirá equilibrar a ação do infrator com a gravidade do fato que aquele cometeu, bem como garantir e assegurar a liberdade sexual das crianças e adolescentes.

Isso equivale a dizer que, nós como operadores do direito não podemos fechar nossos olhos para a gravidade desse crime. Vez que devemos procurar trabalhar em projetos da natureza do ora apresentado, para que possamos demonstrar para toda coletividade a relevância em incluir no rol do ECA, uma tipificação enérgica para aqueles que venham a incorrer em tais delitos, bem como proteger com mais eficácia da dignidade sexual das crianças e adolescentes.

Ao pesquisarmos o Código Penal e as Legislações Especiais, em especial o Estatuto da Criança e do Adolescente, não conseguimos encontrar em nosso ordenamento jurídico uma tipificação que descreva especificamente o delito da pedofilia física. O que se encontra quando o Judiciário se depara com um caso concreto, são casos em que a pedofilia física é absorvida por outras tipificações que é o caso do estupro de vulnerável que veio para absorver delitos daquela natureza.

Ocorre que, essa simetria de uma outra tipificação de amoldar ao caso concreto se deu em decorrência da omissão do legislador já suscitada em parágrafos anteriores. Todavia, o legislador com o intuito de sanar tal omissão editou a Lei nº 12015/2009, que veio a alterar o Código Penal Brasileiro de 1940 mais especificamente no título que trata dos crimes de natureza sexual.

Logo, trazendo a baile a previsão do estupro de vulnerável que englobaria como sujeito passivo crianças e adolescentes menores de quatorze anos e a pessoas vulneráveis a qualquer título. Assim, na primeira hipótese a intenção do legislador possivelmente foi fechar uma lacuna existente no ECA, sendo está a ausência de uma tipificação que englobe delitos dessa natureza.

Porém, é público e notório que a supracitada lei não foi elaborada única e exclusivamente para tutelar o direito a dignidade sexual das crianças e adolescentes, pois aquela também engloba as pessoas vulneráveis a qualquer título e por sua condição de vulnerabilidade não possa oferecer resistência quando vítimas de crimes sexuais.

Ademais, a pedofilia física que cotidianamente é chamada de abuso sexual contra crianças e adolescentes, quando ocorrido causa grande repercussão e clamor social. Logo, deveria ser tratada como tal e ter uma tipificação que a equiparasse a gravidade do evento danoso, de forma a garantir a dignidade sexual daquelas vítimas. E não se utilizar de um outro dispositivo que hoje é o Código Penal Brasileiro como simetria para punir os infratores de tal delito. Onde infelizmente, não consegue equiparar a gravidade do fato delituoso com a sanção proposta naquele instituto.

Assim sendo, conforme entendimento do renomado autor Greco<sup>2</sup>, surge em nosso ordenamento jurídico penal brasileiro em decorrência da então Lei nº 12.015 de 07 de Agosto de 2009, a transgressão que se ajustou qualificar de estupro de vulnerável, obviamente para se identificar a condição de vulnerabilidade que se encontra as vítimas de tal delito.

Todavia, e para melhor entendimento do teor da mencionada Lei, se faz necessário transcrever um trecho da justificativa do projeto que resultou com a edição daquela lei, ao dizer que:

O Art. 217-A, que tipifica o estupro de vulnerável o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no Art.224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente de crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática<sup>3</sup>.

Com a devida vênia, não ousamos discordar do respeitável autor e muito menos da eficácia da já citada lei que trouxe a baile a tipificação do estupro de vulnerável. Contudo, o trecho acima não deixa margem para dúvidas que a verdadeira intenção do legislador ao elaborar aquela lei, foi o de abarcar uma coletividade de pessoas vulneráveis e não o de tutelar os interesses das crianças e adolescentes no que tange a sua dignidade sexual.

---

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, v. 3.

<sup>3</sup> Ibid., p. 528.

Segundo Jesus<sup>4</sup>, no que diz respeito ao estupro de vulnerável consagrado pela Lei nº 12.015 de 07 de Agosto de 2009, aquele relata que a Lei Penal, em especial o Código Penal Brasileiro, procura salvaguardar as crianças e adolescentes no ingresso involuntário e precoce na vida sexual, bem como proteger a inocência peculiar de tais vítimas e assegurar-se o progressivo e gradual amadurecimento para os atos sexuais.

Todavia, salvaguardando-as da realização de atos libidinosos no que tange a sua condição de fragibilidade. Entretanto, a referida inclusão da lei suscitada acima, tem por escopo reforçar a subsistência do entendimento de que atos sexuais não consensual ou até mesmo consensual com crianças e adolescentes menores de quatorze anos sejam enquadrado como fato típico.

Conforme podemos observar, o renomado autor também não fez nenhuma menção que aquele fato típico deveria se enquadrar como pedofilia física vez que o estupro de vulnerável tem por finalidade abarcar uma diversidade de pessoas vulneráveis. Entretanto, é notório que há necessidade de incluir no ECA, uma tipificação que cuidará unicamente de crianças e adolescentes que possam vir a ser vítimas da pedofilia física. Tipificação esta, que deverá vir com penas mais elevadas tanto na mínima quanto na máxima, para que o infrator passe necessariamente pelos três regimes de pena.

Ademais, no que tange o estupro de vulnerável, o autor Mirabete<sup>5</sup> ressalta que uma das principais motivações que levou o legislador a elaborar a Lei nº 12.015 de 07 de Agosto de 2009, consiste em tutelar as crianças e os adolescentes uma especial proteção contra os crescentes índices das mais diversas formas de exploração sexual.

Aquele, ainda aponta que a repressão em face de delitos dessa natureza vem sendo objeto e tema de diversos tratados e convenções internacionais, no que tange a dimensão internacional de tais crimes, bem como em razão da relevância do bem jurídico tutelado que venha a ser violado em decorrência da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, que é entendido nesses casos específicos como a pedofilia física.

Ainda a respeito do estupro de vulnerável, o autor mencionado acima posiciona-se de forma que este instituto propiciará interpretações divergentes, conforme se pode observar abaixo:

[...] considera-se vulnerável a pessoa que “por qualquer outra causa não pode oferecer resistência” (art. 217-A, § 1º, 2º parte). Não se refere à lei, nesse

---

<sup>4</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial – Arts. 121 a 234-B**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2.

ponto, ao menor de 18 anos ou a pessoa portadora de enfermidade ou doença mental, mas a qualquer pessoa que se encontre na situação de não poder oferecer resistência a conduta do agente. Não foi feliz o legislador na redação da norma, valendo-se de fórmula que certamente propiciará diferentes interpretações na aplicação de diversos dispositivos legais<sup>6</sup>.

O estupro de vulnerável tem alguma simetria com a pedofilia física, sendo esta a tipificação ora proposta, uma vez que em ambos as condutas típicas consistem em ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de pessoas vulneráveis. Aqui nos deparamos com uma linha tênue, vez que a tipificação ora proposta irá tutelar exclusivamente as crianças e adolescentes menores de 14 anos que venham a serem vítimas desse crime, sendo este um ponto de divergência entre aqueles institutos.

A supracitada tipificação tem por finalidade assegurar a dignidade sexual das crianças e adolescentes. Uma vez que estas pessoas estão com o seu corpo e personalidade em formação e, em decorrência de tal exploração sofrem em maior intensidade os efeitos danosos causados por aquele delito, pois é notório que as pessoas ainda nessa condição não possui conhecimento, maturidade e experiência em relação as questões sexuais.

De tal maneira, Greco<sup>7</sup>, faz menção que o Código Penal Brasileiro de 1940 não se utilizou da palavra pedofilia para tipificar a violência sexual sofrida por crianças e adolescentes. Todavia, o autor afirma que a pedofilia se encontra no topo da lista, sem sombra de dúvidas, de todos os crimes que enojam, logo fazendo toda a sociedade sentir indignação em face de tal ato horrendo.

Assim, podemos perceber claramente que o respeitável autor identificou implicitamente a omissão ora proposta no presente trabalho que é uma ausência da tipificação da pedofilia física no ECA, pois aquele em sua obra já citada nos aponta que o Código Penal Brasileiro é utilizado como simetria. No que diz respeito á tipificação do estupro de vulnerável para amoldar, abarcar ao comportamento daquele indivíduo que pratica o delito de manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de crianças e adolescentes.

Ainda no que tange a pedofilia, França<sup>8</sup> define aquela como:

Perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por criança, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, denotando graves comportamentos psíquicos e morais de seus autores.  
É mais como entre indivíduos de sexo masculino com graves problemas de relacionamento sexual, na maioria das vezes por serem portadores de complexos ou sentimento de inferioridade.

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 408.

<sup>7</sup> GRECO, Rogério... Op. Cit.

<sup>8</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 234.

São quase sempre portadores de personalidade tímida, que se sentem impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com mulheres adultas. Geralmente são portadores de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual normal.

Há até os que se aproveitam da condição de membros ou participantes de entidades respeitáveis que tratam de problema de menores.

Quando em indivíduos de baixa renda, estes distúrbios quase sempre vêm acompanhados do uso de bebidas alcoólicas e, em muitos casos são de contatos incestuosos envolvendo filhos, enteados ou parentes próximos. Na maioria dos casos, a criança é ameaçada, submetendo-se a estes atos, temendo represália do adulto.

Ocorre que não temos a pretensão de discordar da respeitável definição do autor. Porém, é notório uma discrepância em torno da definição suscitada anteriormente vez que como pode uma conduta se enquadrada como perversão sexual, que é na verdade, e logo em seguida a mesma conduta já caracteriza tal indivíduo agressor como uma pessoa com graves problemas sexuais. Bem como, com complexo de inferioridade, de personalidade tímida, logo se sentindo impotentes de obter uma relação sexual com mulheres adultas.

Porém, devemos nos atentar ainda mais para a gravidade desse crime horrendo que só aumenta em nossa sociedade e da relevância do trabalho ora proposto que é uma tipificação para tal delito no ECA, condizente com a gravidade do fato. Pois, por óbvio quem será acometido pelo complexo de inferioridade, personalidade tímida e portadores de distúrbios sexuais que possivelmente irá dificultar um relacionamento sexual normal quando adulto, são as crianças e adolescentes vítimas desse abominável crime.

Isso equivale a dizer que, infelizmente aquelas vítimas vão guardar consigo por toda sua vida o abuso sexual sofrido em decorrência das ameaças sofridas pelo agressor. Bem como, pela perturbação psicológica que aquelas são acometidas, pois se sentem aterrorizadas em relatar o ocorrido a terceiros, principalmente a seus familiares, uma vez que aquelas vítimas guardam em suas mentes que vão sofrer represálias do agressor caso os delate para alguém.

Conforme já transcrito em parágrafos anteriores, é notória a omissão quanto a tipificação da pedofilia física no rol do ECA. Omissão esta, que ficou ainda mais latente com o advento da Lei nº 11.829, de 25 de Novembro de 2008, onde a mesma alterou de forma significativa aquele instituto mais especificamente no rol dos Crimes em Espécies.

Ressalta-se que, a respeitável alteração foi proposta pelo militante Senador Magno Malta, sendo este um combate incansável contra esse abominável crime que se propaga dia após dia em todo o nosso país. Logo, tal lei alterou alguns artigos do ECA, bem como elaborou novas tipificações delituosas, a exemplo dos arts. 241-A ao 241-E, do mesmo

diploma com o fim de rechaçar a pornografia e ao abuso sexual sofridos por crianças e adolescentes.

Assim sendo, o art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que reprime a fabricação de toda e qualquer meio de pornografia que envolva crianças ou adolescentes, sofreu alterações em seu contexto, bem como em sua pena. Uma vez que, por óbvio a referida pornografia terá como destinatário principal o pedófilo, sendo tal um indivíduo atraído sexualmente por aquelas vítimas em idade pré-púbere. Logo, estando tal fato ligado diretamente ao crime de pedofilia, porém sem que necessariamente tenha contato físico.

Da mesma forma, o art. 241 do mesmo diploma legal, foi alterado por aquela lei vez que tal artigo passou a reprimir com maior intensidade, o ato de vender ou disponibilizar para venda por qualquer recurso materiais pornográficos envolvendo crianças ou adolescentes, inclusive pela *internet* que é um meio de fácil propagação de informações. Todavia, a referida conduta delitiva esta ligado diretamente ao crime de pedofilia, porém sem que necessariamente tenha contato físico.

Contudo, a Lei nº 11.829/2008, introduziu no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), novas tipificações abrangendo diversas formas de exploração sexual em face de crianças e adolescentes. Conforme passaremos a analisar artigo por artigo da referida inclusão.

Assim, discorreremos sobre o art. 241-A do ECA, que passou a tipificar a conduta delituosa de divulgação de pornografia envolvendo crianças ou adolescentes. Compreendendo em tal conduta a ação de publicar, trocar ou disseminar por qualquer meio, principalmente pela *internet*, de conteúdo pornográfico envolvendo aquelas vitimas. De forma que, a mencionada conduta criminosa esta ligado diretamente ao crime de pedofilia, porém sem que necessariamente tenha contato físico.

Bem como, a mesma lei também criou o art. 241-B do ECA, que tipifica do delito de posse de material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes, nada mais do que ter consigo em sua posse qualquer meio contendo registro de material pornográfico que envolva aquelas vítimas, pois tal conduta consiste em uma característica marcante dos pedófilos. Da mesma forma, tal conduta delituosa esta vinculada diretamente ao crime de pedofilia, porém sem que necessariamente tenha contato físico.

Todavia, aquela lei também institui o art.241-C do ECA, criminalizando a conduta delitiva de produzir pornografia infantil fictícia. Onde, tais agentes delituosos simulam a participação de crianças ou adolescentes em possíveis cenas sexuais se utilizando de

programas de computadores específicos. Uma vez que, ao se utilizar de tal artifício ardil os pedófilos conseguem assediar sexualmente aquelas vítimas, via de regra através da internet. Com isso, essa conduta delituosa encontra-se ligada diretamente ao crime de pedofilia, porém sem que necessariamente tenha contato físico.

Ainda, foi incluído no rol dos crimes no diploma legal do ECA, o art.241-D, que tipifica o crime de aliciar crianças através de qualquer veículo de comunicação, ou melhor, é o ato de convidar tais vítimas a manter conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com a agressor ou ainda induzir a criança a se exhibir de forma pornográfica para aquele. Ocorre que, esse tipo de ação delituosa é bastante comum em site de redes sociais ou salas de bate papo através dos *chats*.

Por fim e não menos importante, a supracitada lei ainda criou a figura do art.241-E do ECA, estabelecendo que para efeitos de crime no presente diploma legal (ECA), as nomenclaturas pornografia ou cenas de sexo explícito abrange toda condição que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais reais ou simuladas, bem como a exibição dos órgãos genitais daquelas pessoas para fins exclusivamente pornográficos.

Entretanto, é público e notório que lei citada nos parágrafos anteriores trouxe em seu escopo alterações de suma importância que assegura direitos importantíssimos, que sem sombra de dúvidas irá garantir a proteção integral das crianças e aos adolescentes, uma vez que estes gozam de proteção especial em decorrências a todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana em processo de desenvolvimento.

Porém, a supracitada lei se omitiu em uma tipificação de importância incomensurável, pois tal conduta delituosa traz consequências físicas e psicológicas irreparáveis para suas vitimas, do que aquelas tipificações inclusas no ECA pela Lei nº 11.829 de 25 de Novembro de 2008.

Assim sendo, este é o combustível que move o presente artigo, pois conforme iremos observar será apresentada uma proposta de se incluir no escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma tipificação incriminando o crime da pedofilia física. Bem como, tentar equiparar as sanções deste novo delito com a gravidade do fato.

Uma vez que, na atual sistemática do Código Penal Brasileiro de 1940 em seu art. 217-A, que trata do estupro de vulnerável vez que tal tipificação e utilizada como simetria para que o Estado através do Poder Judiciário possa punir os infratores que praticam a pedofilia física. Todavia, tal tipificação tem sua pena fixada na mínima de oito anos de reclusão e na máxima de quinze anos de reclusão.

Com isso, caso o agente delituoso nunca tenha sido preso ou muito menos condenado por qualquer outro crime. E por se tratar de um crime de difícil constatação por conta dos seus moldes operantes, um indivíduo seja surpreendido em flagrante delito cometendo o crime de estupro de vulnerável, haverá uma grande possibilidade do mesmo pegar a pena mínima por conta de sua vida pregressa que em tese consiste em uma pessoa de boa conduta criminal e social.

Assim, ele terá direito de começar a cumprir a pena que lhe foi imposta no regime semi aberto, pois o Código Penal Brasileiro de 1940 em sua parte geral é explícito em relatar em casos que um indivíduo venha a ser condenado a uma pena de até oito anos, o mesmo poderá iniciá-la no regime semi aberto.

Entretanto, esse também é um marco de suma importância na presente proposta de um novo tipo incriminador no escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o indivíduo condenado nas penas desse novo tipo incriminador deverá necessariamente passar pelos três regimes de penas. Logo, iniciado tal cumprimento no regime fechado, depois o semi aberto e por fim o regime aberto. Obviamente que tal agente delituoso deverá fazer jus a sua progressão de regime, caso cumpra os requisitos consagrados na Lei de Execução Penal de 1984.

Ocorre que, a suscitada tipificação tem por escopo incluir no rol do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, um artigo de lei que punirá com maior rigor o comportamento delituoso da pedofilia física. Sendo está, o ato de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de crianças ou adolescentes pré-púbere menores de 14 (quatorze) anos.

A tipificação em apreço também procurará equiparar a gravidade de tal conduta delituosa com as sanções que vão ser propostas naquela, uma vez que, essa conduta delituosa gera consequências de maiores proporções do que aquelas novas condutas delituosas trazidas pela Lei n° 11.829/2008, abordado no capítulo anterior.

Diante do exposto, vejamos na íntegra a proposta da presente monografia, ou seja, o teor do artigo que será incluso no rol do ECA:

#### Pedofilia Física

Art. 241-F. Praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de crianças ou adolescentes pré-púbere menor de 14(quatorze) anos:

Pena: reclusão 10(dez) a 20(vinte) anos.

§1°. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena: reclusão de 15(quinze) a 25(vinte e cinco) anos.

§2°. Se da conduta resulta morte:

Pena: reclusão de 20(vinte) a 30(trinta) anos.

Logo, o presente artigo será criado com o escopo de tutelar aquelas vítimas, bem como punir com maior rigor os agentes delituosos que obtusamente venham a delinquir em face daquelas vítimas que estão em fase de desenvolvimento.

Greco<sup>9</sup>, com o seu notório e admirável conhecimento vem corroborar com a inclusão ora proposta, quando aquele relata em sua obra a seguinte situação:

O mundo globalizado vive e presencia a atuação de pedófilos, que se valem de inúmeros e vis artifícios, afim de praticarem algum ato sexual com crianças e adolescentes, não escapando de suas taras doentias até mesmo os recém-nascidos. A internet tem sido utilizado como um meio para atrair essas vítimas para as garras desses verdadeiros psicopatas sexuais. Vidas são destruídas em troca de pequenos momentos de um prazer estúpido e imbecil.

Observa-se que o posicionamento do autor converge para a opinião do presente trabalho, pois é público e notório o crescente índice de violências sexuais sofridas por crianças e adolescentes, bem como a proliferação dos pedófilos. Logo, no ponto de vista do respeitável trabalho em apreço, tipificação ora proposta vai equilibrar a gravidade do caso concreto com as sanções impostas para aqueles que transgredirem tal conduta típica.

Entretanto, para a configuração daquele delito o agente delituoso, necessariamente, deverá ter ciência de serem aquelas vítimas pré-púbere menores de 14 (quatorze) anos, uma vez que do inverso poderá ser alegado em benefício do agente o instituto do erro de tipo, conforme previsão do caput do art. 20 do Código Penal Brasileiro de 1940 (CP). Neste, o erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal poderá excluir o dolo do agente, porém este poderá ser punido pelo delito na forma culposa se previsto em lei.

Com isso, a depender das circunstâncias do caso concreto poderá se caracterizado a atipicidade da conduta, logo não há o que se falar em crime.

Todavia, imaginemos a seguinte situação hipotética onde um rapaz, durante uma balada, conheça uma linda jovem que apresentava ser maior de idade, em decorrência de seu biótipo físico. Bem como, pelo modo de que se portava e vestia, além de estar em um ambiente que via de regra só estaria pessoas maiores de idade e, a referida jovem ainda fazia o uso de bebida alcoólica. Porém, aquela jovem em verdade era menor de 14 (quatorze) anos).

Com isso, o rapaz envolvido pela beleza da jovem aproximou-se desta e, começou a conversar, posteriormente com o consentimento da jovem eles resolvem ir para um motel. Ali aqueles tiveram uma noite de amor, nesse caso se as provas existentes convergirem para o instituto do erro de tipo, o fato praticado pelo rapaz poderá ser considerado atípico.

---

<sup>9</sup> GRECO, Rogério... Op. Cit., p. 530.

Tendo em vista, que o erro de tipo previsto no art. 20 do CP, recai sobre qualquer elemento previsto em lei para o reconhecimento da conduta delituosa, incluindo os dados secundários da norma penal. Logo, incorre em tal conduta o indivíduo que venha a praticar determinada conduta por acreditar que não está praticando um tipo penal incriminador, ou seja, praticando um crime.

Uma vez que para se constatar efetivamente a prática de uma conduta delituosa, se faz necessário levar em consideração tanto quanto o que o agente fez, quanto efetivamente o mesmo tinha a intenção de fazer.

Ademais, consiste tal fato em um erro de tipo essencial inevitável, onde um homem médio, uma pessoa comum quando submetido á aquela conduta e por mais cautela que ele empregasse, acabaria incorrendo em tal erro. Assim, se exclui o dolo e culpa e por consequência não há crime por atipicidade da conduta, pois trata-se de condição *sine qua non* para a tipificação daquele crime.

Nesta linha observa-se que, o objeto material do presente delito consiste na criança, que conforme previsão expressa do caput do art. 2º do ECA, sendo aquela que não completou 12 (doze) anos de idade. Bem como, o adolescente menor de 14 (quatorze) anos de idade.

Portanto, o presente dispositivo aponta e tutela como bens juridicamente protegidos o desenvolvimento e dignidade sexual, no que diz respeito aos atos sexuais praticados em face daquelas vitimas. Dessa forma, o delito da pedofilia física atinge simultaneamente a dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica daquelas vitimas, que são consideradas presumivelmente incapazes de consentir o ato sexual.

Dessa forma, tanto a mulher quanto o homem, podem figurar como sujeito ativo no delito em voga, uma vez que pratica o crime em estudo a mulher que vier a praticar conjunção carnal com vitimas do sexo masculino menor de 14 (quatorze) anos, bem como o homem que praticar conjunção carnal em face de vitimas do sexo feminino menor de 14 (quatorze) anos.

Todavia, quando o comportamento do agente delituoso for direcionado a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá enquadrar como sujeito ativo no presente delito. Pois, aqui a conduta delituosa poderá ser voltada para vítimas do mesmo sexo do agressor.

Nesta linha destaca-se que, o sujeito passivo da conduta delituosa em estudo, será a criança ou o adolescente pré-púbere menor de 14 (quatorze) anos. Logo, meninas ou meninos podem se enquadrar como sujeito passivo, tanto em decorrência da conjunção carnal, quanto em decorrência de outro ato libidinoso.

Ocorre que, no delito ora proposto o dolo consiste na vontade do agente delituoso em realizar a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de crianças ou adolescentes pré-púbere menor de 14 (quatorze) anos. Entretanto, é condição *sine qua non* para se configurar aquele delito que, o agente delituoso tenha conhecimento que aquela vítima possua aquela característica.

Contudo, como é inadmissível a modalidade culposa no Estupro de Vulnerável previsto no art.217-A do CP, que hoje é utilizado como simetria para punir a pedofilia física em face de crianças ou adolescentes menores de 14 (quatorze) anos. Também não haverá o que se falar em modalidade culposa no escopo da presente tipificação ora proposta.

Em outro giro, no que tange a parte inicial do caput do proposto art. 241-F do ECA, o delito em questão se consumará com a efetiva conjunção carnal, sendo irrelevante se a penetração foi parcial ou total. Bem como, sendo desnecessário que o agente delituoso atinja a ejaculação.

Ademais, no que diz respeito à parte final do supracitado artigo, aquele delito se consumará no instante que o agente delituoso realizar a prática de qualquer outro ato libidinoso em desfavor das vítimas arrolados ali.

Ressalta-se que, em ambos os casos que as vítimas devem estar adequadas às características previstas no caput daquele artigo, porém não importa se a vítima tenha ou não dado sua anuência para a prática do ato sexual.

Tendo em vista, tratar-se de uma conduta plurissubsistente, tornando-se perfeitamente admissível a modalidade tentada conforme previsão expressa do art. 14, II, do CP.

Todavia, os núcleos ter e praticar, têm por escopo conjecturar uma reação positiva por parte do agente delituoso, referindo-se via de regra de um delito comissivo. Contudo, tal crime poderá ser praticado via omissão imprópria, no caso em que o agente usufrui do status de garantidor, conforme previsão expressa do art. 13, § 2º do CP.

Uma vez que, consiste em notícias corriqueiras nos veículos de comunicação o fato de mães não se oporem que seus cônjuges pratiquem relação sexual com seus filhos menores de 14 (quatorze) anos e, nada fazem para impedir a prática desse crime, muitas vezes por medo de perderem seus companheiros. Todavia, em decorrência da sua omissão, ela será punida nas mesmas penas que incorre o agente delituoso.

Nesta linha destaca-se que as formas qualificadas da pedofilia física são aquelas consagradas nos §§ 1º e 2º, art. 241-F do ECA, ora proposto no presente trabalho. Logo,

qualificando-se aquele delito se da conduta do agente delituoso resultar lesão corporal de natureza grave (§ 1º), o que irá cominar em um pena de 15 (quinze) á 25 (vinte e cinco) anos de reclusão. Entretanto, entende-se por lesão corporal aquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal Brasileiro de 1940 (CP).

Ademais, qualifica-se o delito ora proposto no caso de morte da vitima, conforme previsão do §2º do então art. 241-F do ECA, em que prevê pena de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Assim sendo, se a lesão grave ou a morte decorrer da conduta empregada pelo agente delituoso como meio para concretizar a prática da pedofilia física, logo tendo como finalidade de dominar sua vitima aquele crime será qualificado

Na tipificação ora proposto, a conduta típica do agente delituoso consiste em ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso em face de criança ou adolescente pré-púbere menor de 14 (quatorze) anos. Logo, não se exigindo para a configuração daquele crime que o agente delituoso empregue violência, grave ameaça ou fraude para obter a consumação de tal crime.

Todavia, bastará que o agente delituoso concretize um dos atos sexuais em face daquelas vitimas para que ele seja enquadrado como incurso em tal conduta típica. Pois, o emprego de grave ameaça ou violência como *modus operandi* para a consumação do crime em voga constitui causa que será levada em consideração pelo juiz quando da fixação da pena. Porém, se da conduta delituosa resultar lesão grave ou morte o delito será qualificado conforme já abordado em momento anterior. O emprego de grave ameaça ou violência consiste em artifício ardil empregados pelo agente delituoso para superar a resistência das vitimas no crime em voga

É público e notório que, o Código Penal Brasileiro de 1940 e a Lei de Execução Penal Brasileira de 1984, trabalham com o sistema progressivo de cumprimento de pena, pelo qual o agente delituoso deverá cumprir ao menos 1/6 da pena no regime em que se encontra para passar para um regime menos rigoroso, bem como, ter atendido os requisitos subjetivos como a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e comportamento.

Todavia, o respeitável doutrinador Capez<sup>10</sup>, nos traz ponderações de suma importância quanto às penas privativas de liberdade, conforme o seguinte:

Regime inicial de cumprimento de pena: de acordo com o art. 110 da Lei de Execução Penal, o juiz deverá estabelecer na sentença o regime inicial de cumprimento de pena, com observância do art. 33 do Código Penal, o qual estabelece distinção quanto à pena de reclusão e detenção.

---

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 365.

Logo, a pena de reclusão poderá ser cumprida ou mesmo iniciada em qualquer dos três regimes, sendo eles fechado, semi aberto e aberto. De outra forma, a pena de detenção não admite o regime fechado e, somente admitindo a imposição do regime semiaberto ou aberto, salvo na hipótese de regressão de regime.

Em outro giro, é inegável que a presente proposta de inclusão da tipificação da pedofilia física no rol de crimes no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA), infelizmente não irá erradicar esse horrendo crime da nossa sociedade, que a cada dia vem aumentando. Porém, sem sombra de dúvidas trará sanções mais severas para esses agentes delituosos vez que será equiparado o máximo possível a gravidade do fato com as sanções a ela imposta e, também irá assegurar que as nossas crianças e adolescentes tenham sua dignidade sexual enquanto pessoa em desenvolvimento inviolada.

Porém, a proposta ora apresentada consiste em um passo de suma importância para salvaguardar a dignidade sexual das nossas crianças e adolescentes. Está previsto em tal tipificação a elevação da pena mínima para 10 (dez) anos de reclusão, logo o infrator obrigatoriamente passará por todos os regimes de pena restritiva de liberdade e só irá progredir para um regime mais benéfico caso cumpra os requisitos obrigatórios para fazer jus a tal benefício.

É de suma importância haver uma proporcionalidade entre a infração praticada pelo agente delituoso e, a pena prevista em tal tipificação. Uma vez que, cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado.

Assim sendo, o agente delituoso que venha a ser condenado ao regime prisional fechado irá cumpri-lo em uma penitenciária, ficando aquele sujeito ao trabalho dentro do sistema prisional no período diurno e recolhido ao cárcere no período noturno. Já no que tange ao regime prisional semi aberto, o agente delituoso irá cumpri-lo em colônia agrícola ou em um estabelecimento similar, pois segundo estudiosos ao receber essa progressão para este regime o indivíduo retoma o gosto pela vida e também cultivam os benefícios da convivência social.

Ademais, no regime aberto que tem por decorrência a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado, uma vez que tal indivíduo fora do estabelecimento prisional e sem vigilância deverá trabalhar, frequentar cursos e permanecendo recolhido ao cárcere no período noturno e nos dias de folga em casa de albergado.

Desta forma, estarão obrigatoriamente sujeitos ao regime prisional fechado no início do cumprimento de sua pena, os agentes delituosos condenados a reclusão e que seja

reincidente ou sua pena seja superior a 08 (oito) anos. Ressalta-se ser esta uma das propostas da presente monografia, elevando a pena mínima para 10 (dez) anos de reclusão e, com isso caso um agente delituoso venha praticar a pedofilia física necessariamente irá iniciar sua pena privativa de liberdade no regime fechado.

Logo, tal agente só irá progredir para outro regime menos gravoso quando atingir os requisitos necessários. Sendo eles, ter cumprido no mínimo 2/5 da pena efetivamente imposta se for primário e 3/5 caso seja reincidente, por se tratar de um crime equipado a hediondo, bem como possuir bom comportamento carcerário, comportamento este que será atestado por um documento confeccionado pelo diretor do estabelecimento penitenciário.

Haja vista a periculosidade desses agentes delituosos, em especial o convívio com crianças e adolescentes, aqueles indivíduos necessariamente devem se submeter a um exame criminológico para se constatar que tal agente delituoso tenha ou não algum resquício que se solto, mesmo que seja para progressão para o regime semiaberto ou aberto, volte a delinquir.

Desta forma, levando em conta as sanções desse novo tipo incriminador, o magistrado representando o *jus puniendi* do Estado, for prolatar uma sentença em face daqueles agentes delituosos que venham a incorrer na prática da pedofilia física. O magistrado determinará em todos os casos concretos dessa natureza que o agente delituoso inicie o seu cumprimento de pena no regime fechado, haja vista a elevação da pena mínima para 10 (dez) anos, logo partindo de tal regime para os regimes sucessores de acordo com os critérios exigidos em lei já mencionado em momento anterior.

O posicionamento da presente monografia corrobora com o entendimento do respeitável doutrinador Nucci<sup>11</sup>, o cumprimento de uma sanção consiste na atuação do *jus puniendi* do Estado, conforme podemos extrair do trecho a seguir:

Não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu algum crime, cumprindo pois a meta do Estado de chamar a si o monopólio da punição, impedindo-se a vingança privada e suas desastrosas consequências, más também contentando o inconsciente da sociedade em busca de justiça cada vez que se depara com lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal.

Logo, é inegável que o posicionamento do respeitável doutrinador vai de encontro com a proposta na monografia em tela, uma vez que a mesma converge para o equilíbrio da sanção com a gravidade do fato, posto aquela elevar a pena mínima conforme já mencionado em momento anterior.

---

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1005.

Certamente com o advento dessa nova tipificação e com sua conseqüente sanção os agentes delituosos se sentirão intimidados em decorrência de terem que enfrentar sanções mais severas que compõem o escopo dessa nova tipificação.

## **CONCLUSÃO**

O trabalho em estudo traz uma proposta para suprir a omissão legislativa no Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, quanto à tipificação da conduta delituosa em praticar violência sexual, ou seja, a pedofilia física contra criança ou adolescente. Sendo esta infelizmente uma prática constante e muitas vezes de difícil constatação vez que em quase todas as situações fáticas o agressor é alguém próximo ao convívio da vítima agredida e, a coage para que ela não reporte a ninguém o que vem ocorrendo com a mesma, pois a intenção do agressor é praticar o abuso sexual por reiteradas vezes e ocultar de todos, o crime bárbaro e violento que ele vem cometendo.

Pois, faz-se presente na supracitada legislação, a tipificação da pedofilia virtual, como também aquela de exposição de crianças e adolescentes a cenas de sexo, mas se omitiu o doutro legislador quanto àquela situação fática que traz maiores conseqüências para as vítimas de tal prática. Sendo está, um ato atentatório e brutal contra a dignidade sexual das crianças e adolescentes.

Resta claro, a notável relevância do trabalho ora proposto, pois o mesmo traz uma nova tipificação omitida dentro do Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, Brasil, sendo aquela uma legislação que assegura os direitos e deveres das nossas crianças e adolescentes, com o intuito de punir com mais severidade aqueles indivíduos que venham a praticar a pedofilia física em desfavor de crianças e adolescentes.

Ocorre que, o artigo em apreço não tem o cunho em apenas trazer mais uma tipificação em nosso ordenamento brasileiro, pelo contrario a célebre diferença do mesmo respalda-se na possibilidade de aplicação de sanções mais severas para atos ilícitos dessa natureza, e assegurar a dignidade sexual de nossas crianças e adolescentes.

Ademais, para que não tenha um conflito de normas entre esse novo dispositivo ora proposto e, o Art. 213-A do CP. O caput desse último dispositivo legal deverá ser revogado, como medida de justiça.

## **REFERÊNCIAS**

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, v. 3.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

JOSÉ, Carlos Fortes. **Todos Contra a Pedofilia**. Disponível em:  
<<http://todoscontraapedofilia.ning.com/profiles/blogs/lei-11829-de-25-de-outubro-de>>.  
Acesso em: 02 abr. 2015.

MALTA, Magno. **CPI da Pedofilia**. Disponível em:  
<<http://www.magnomalta.com/portal2/>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial – Arts. 121 a 234-B. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANDERSON, Christiane. **Abuso Sexual em Criança**: Fortalecendo Pais e Professores Para Proteger Crianças de Abusos Sexuais. São Paulo: M Books do Brasil, 2005.

# FUNDAMENTOS HUMANISTAS E CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DA CRIANÇA

**Susan Danielle Novais dos Santos**

*Acadêmica do 10º período de Direito da FINOM.*

**Bruna Pinotti Garcia**

*Doutoranda em Direito. Mestre em Direito. Docente da Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM.*

## RESUMO

Sabe-se que as crianças de hoje, além de sujeitos de direito, serão responsáveis pelo futuro e, por isso, devem ser plenamente resguardadas. Tanto é que, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, restou firmada a doutrina da proteção integral, ultrapassando a doutrina da situação irregular que vigia até então. Com isso, deverá ser assegurado à criança, com absoluta prioridade, pela família, pela sociedade e pelo Estado, uma série de direitos. Tal posição constitucional se materializa no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que disciplina a tratativa da proteção integral. Destarte, por meio de uma pesquisa bibliográfica documental, com o método hipotético dedutivo, este artigo visa estudar a normativa de proteção do menor à luz dos direitos humanos atinentes às crianças.

**Palavras-chave:** Crianças; direitos humanos; proteção integral.

## INTRODUÇÃO

É cediço que a criança, ser humano em pleno desenvolvimento, necessita de todo amparo para o seu crescimento e para a formação de sua personalidade. Ademais, é ela que será responsável pelo futuro da humanidade, sendo detentora do poder de propagação dos ideais, valores e tradição da sociedade. Assim, necessita de proteção, inclusive jurídica, em razão, também, de sua imaturidade física e mental.

Hoje, as crianças brasileiras estão plenamente resguardadas por um sistema de proteção que teoricamente é eficaz para a garantia de seus direitos. É a chamada doutrina da proteção integral, que está prevista no artigo 227 da Constituição Federal.

Através desta doutrina, a criança e o adolescente são reconhecidos como sujeitos de direitos, devendo ser tidos como absoluta prioridade. E cabe ao Estado, à família e à sociedade assegurar os direitos humanos dessa parte tão importante da sociedade.

Entretanto, nem sempre foi assim. Houve épocas em que a legislação atinente aos infantes era utilizada pelo Estado como forma de controle social dos menos favorecidos.

Sobre o assunto, D'Andrea<sup>1</sup> afirma que:

---

<sup>1</sup> D'ANDREA, Giuliano. *Noções de Direito da Criança e do Adolescente*. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

A assistência à infância e juventude no Brasil por muito tempo se deu de forma discriminatória, assim como o desenvolvimento da assistência social no país. A vinculação da pobreza à incapacidade ou ao abandono serviu para justificar práticas de controle social e camuflar um processo de desenvolvimento econômico desordenado e desigual.

Observa-se, com isso, que faz-se necessário compreender como se deu, até os dias atuais, o desenvolvimento da sistemática de proteção das crianças.

Esta pesquisa visou estudar o sistema de proteção das crianças no Brasil sob uma perspectiva dos direitos humanos. Dessa forma, buscou-se analisar o desenvolvimento dos direitos da criança, através do estudo da legislação vigente no país em épocas distintas.

## **METODOLOGIA**

Primeiramente, insta salientar que essa pesquisa perpassou, em um primeiro momento, por um tempo em que não havia consolidação de lei atinente aos infantes, indo para uma próxima etapa onde o legislador se ocupou com o “menor”, para enfim chegar ao atual estágio de positivação de direitos da criança, com o implemento da chamada doutrina da proteção integral.

Nesse contexto, impende delinear o processo metodológico seguido. Sobre o assunto, destacou Minayo<sup>2</sup> que:

A seção de metodologia contempla a descrição da fase de exploração de campo (escolha do espaço da pesquisa, critérios e estratégias para escolha do grupo/sujeitos de pesquisa, a definição de métodos, técnicas e instrumentos para a construção de dados e os mecanismos para entrada em campo), as etapas do trabalho de campo e os procedimentos para a análise.

Com isso, para atingir o percurso de pesquisa apresentado da forma estruturada acima, a pesquisa é qualitativa. Diferentemente da pesquisa quantitativa, onde o pesquisador trabalha com estatística, a pesquisa qualitativa considera o mundo dos significados, afirmando não ser possível ou não se poderia quantificar a realidade<sup>3</sup>.

Ademais, é uma pesquisa bibliográfica documental, utilizando-se de documentos já publicados para servirem de referências, é possível apreender um entendimento amplo sobre o objeto de estudo.

Salienta-se, por fim, que o método de pesquisa é o hipotético dedutivo, que de acordo com Baruffi<sup>4</sup> esse método “se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos, acerca

---

<sup>2</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 47.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> BARUFFI, Helder. A pesquisa nos cursos de direito. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v.13, nº 25,

da qual formula hipóteses, e pelo processo de inferência dedutiva, através do qual testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese”.

Assim, buscando analisar criticamente todas as nuances que envolvem a proteção da criança no Brasil é que se desenvolveu esta pesquisa.

## **RESULTADOS E REFLEXÕES**

### **1 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS**

Antes mesmo de adentrar na questão em foco deste artigo, vale destacar o que se entende por direitos humanos, vez que nesta pesquisa será abordada a evolução dos direitos humanos da criança no Brasil.

Para Garcia e Lazari<sup>5</sup>:

Direitos humanos são aqueles inerentes ao homem enquanto condição para sua dignidade que usualmente são descritos em documentos internacionais para que sejam mais seguramente garantidos. A conquista de direitos da pessoa humana é, na verdade, uma busca da dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer, então, que a gama de direitos que envolvem o ser humano, sendo-lhes intrínsecos a essa sua condição, são chamados de direitos humanos.

É importante também salientar que muito se fala acerca de uma possível diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo essas duas acepções utilizadas ora como sinônimas, ora como conceitos diferentes.

De modo geral, os direitos humanos são aqueles firmados em um plano internacional, enquanto os direitos fundamentais são aqueles estabelecidos supranacionalmente.

Outrossim, muito embora haja essa pequena distinção, os direitos humanos e os direitos fundamentais podem ser tidos como sinônimos, vez que buscam a afirmação da dignidade da pessoa humana.

## **2 DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NO BRASIL**

### **2.1 Doutrina do direito do menor**

Durante muito tempo, no Brasil, a proteção à criança se deu de forma esparsa, privilegiando certas classes da infância (geralmente as que estavam em situação de risco) e discriminando a outra parcela.

---

jan./jun.2011, p. 220.

<sup>5</sup> GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael. **Manual de Direitos Humanos**. 1. ed. Juspodivm, 2014, p. 33.

O grande marco na aquisição de direitos das crianças se deu na década de 1920, mais precisamente em 1927, quando entrou em vigor no país o primeiro código de menores, através do Decreto nº 17.943-A/97. Este código ficou conhecido como Código Mello Mattos, em homenagem ao seu criador, o primeiro juiz de menores do Brasil José Cândido de Albuquerque Mello Mattos.

Nele há uma consolidação de disposições legais atinentes aos infantes, que até então não estavam previstas em um único documento. Embora destinado apenas às crianças abandonadas e delinquentes de ambos os sexos, foi um avanço significativo na busca pela afirmação dos direitos das criança, vez que tinha uma caráter assistencialista, prevendo pioneiramente a intervenção estatal nesta área.

Ademais, conforme o artigo primeiro desse código, era considerado "menor" aqueles abandonados e delinquentes que contavam com até dezoito anos de idade. Esses menores poderiam ser submetidos às medidas estipuladas pelo próprio código, que seriam formas de assistência e proteção.

Ocorre que, conforme destacou Leite, esse Código consistia em um "verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre" (2005, p.10), onde o Estado buscava de certa forma controlar essa classe, tida como um problema.

Foi justamente na época de vigência do Código de Menores de 1927 que foi implementada no país, em 1964, a política nacional do bem estar social do menor, cuja atuação visava a assistência a ser prestada pelo Estado ao "menor", por meio de dois órgãos: a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), em um âmbito federal, e as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEM's), órgãos estaduais para a execução de tal assistência.

## **2.2 Doutrina da situação irregular**

Em 1979 houve uma pequena alteração na questão referente à proteção do menor, com a implementação do Código de Menores (Lei nº 6.697/79). Substituindo o código de 1927, este novo código adotou a Doutrina da Situação Irregular, dirigindo a atenção do legislador àqueles menores em “situação irregular”.

Segundo o artigo 1º da Lei 6.697/79, o Código de Menores dispunha sobre a proteção, vigilância e assistência daqueles que se encontravam em situação irregular e tinham até dezoito anos de idade. Às pessoas que estavam entre dezoito e vinte e um anos de idade era aplicável a Lei somente em casos expressos e excepcionais.

O próprio Código de 1979 tratou de definir o que se considerava situação irregular, dispondo em seu artigo 2º que:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;  
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;  
b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial. (Brasil, Lei nº 6.697, 1979)

Através deste fragmento da supracitada lei é possível observar que era amparado, além dos abandonados ou delinquentes, os menores vitimizados e os pobres. Ademais, atribuiu hipóteses vagas, dando ampla discricionariedade à atuação do Juiz de Menores, que poderia intervir em diversas situações envolvendo as crianças e que seriam justificadas pelos tipos genéricos do artigo 2º.

Da análise dessa normativa dos menores em situação irregular é interessante ressaltar que, nesta época, não havia diferença se a criança era abandonada, delinquente ou pobre. Todos, uma vez considerados em situação irregular, se sujeitavam as mesmas medidas disponíveis no Código de Menores de 1979.

Geralmente a intervenção estatal se dava através da internação, que era tida como medida de último caso, mas que na realidade era prática recorrente no país.

Neste ponto, vale a pena trazer à lume uma interessante constatação da Promotora de Justiça Carla Carvalho Leite<sup>6</sup>:

A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e a juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (i) uma vez constatada a “situação irregular”, o “menor” passava a ser objeto de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e

---

<sup>6</sup> LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. **Juizado da Infância e da Juventude**, Porto Alegre, nº 5, 2005, p. 14.

qualquer criança ou adolescente pobre era considerado “menor em situação irregular”, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do “menor” no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor.

Assim, apesar dessa alteração no conceito de quem seria atingido pelo Código de Menores, ou seja, aquele em situação irregular, bem como dando mais poderes ao Juiz de menores e aumentando a intervenção do Estado, a Lei nº 6.697/79 continuou a discriminar grande parte de crianças, já que não atingia a todas elas.

Tal situação somente foi alterada com o advento da atual Constituição Federal, ao adotar a Doutrina da Proteção Integral.

### **2.3 Doutrina da Proteção Integral**

A Constituição Federal de 1988, no que tange os direitos das crianças, rompeu definitivamente com essa ideia de discriminação trazida pelas doutrinas do direito do menor e da situação irregular, fazendo com que o ordenamento jurídico vigente abarcasse todas as crianças, independentemente de sua condição.

Neste contexto, oportuna é a observação de Cury, Paula e Marçura<sup>7</sup>:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Essa inovação trazida pela Carta Magna encontra respaldo num plano internacional, em especial os instrumentos específicos de proteção aos direitos humanos das crianças, destacando-se a Declaração da ONU dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção sobre os direitos da Criança (1989). Esta última foi ratificada pelo Brasil em 1990, através do Decreto nº 99.710/90, estando vigente até o momento. Nesta Convenção fica clara a ideia de comprometimento dos Estados-parte na proteção absoluta das crianças, assegurando-as com a assistência apropriada. Segundo esta Convenção, criança é todo ser humano menor de 18 anos, salvo a emancipada.

O texto constitucional preconiza a proteção integral, em seu artigo 227, dispondo que:

---

<sup>7</sup> CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Dessa ótica é perceptível a intenção do constituinte em posicionar a criança e adolescente como sujeito de todos os direitos inerentes aos seres humanos, assegurando-lhes a mais absoluta prioridade na proteção.

O ordenamento jurídico, a partir de então, atribui a todas as crianças, independentemente de sua situação financeira, social ou ética, o status de titulares de direitos humanos, não mais se ocupando apenas com aquelas marginalizadas, abandonadas, pobres ou delinquentes.

No parágrafo terceiro deste artigo 227 da Lei Maior do Brasil estão expressos os aspectos que são abrangidos pela doutrina da proteção integral.

Regulamentando esta doutrina acolhida pela Constituição Cidadã, em 1990, através da Lei nº 8.069, entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Por meio deste Estatuto, hoje no país a criança e o adolescente está plenamente abarcado pelo Estado.

Ali estão expressos os direitos fundamentais atribuídos à criança, quais sejam, o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho.

No ECA (Lei nº 8.069/90), o conceito de criança, adolescente e jovem está previsto no artigo 2º, considerando como criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, o adolescente é aquele que dos doze anos a dezoito anos incompletos, e o jovem é a pessoa de dezoito anos a vinte e um anos. Este conceito legal trazido pelo ECA nada mais é que um conceito material. Assim, outras áreas da ciência poderá definir de forma diversa, através de outros parâmetros.

Segundo o parágrafo único do supracitado artigo 2º, o Estatuto é aplicado ao jovem somente em casos excepcionais previstos em lei. Com isso, percebe-se que a preocupação do legislador foi em relação às crianças e adolescentes.

Outrossim, um grande passo quanto a condução dos menores infratores foi trazido pela Lei nº 8.069/90 ao indicar as hipóteses taxativas de aplicação de medidas socioeducativas. Dessa forma, diferente do sistema vigente anteriormente, no qual a internação constituía a regra e dependia da interpretação do Juiz de Menores, hoje os

adolescentes somente poderão ser internados nos casos de estipulados pelo artigo 122 do ECA.

Insta salientar ainda que o texto constitucional, no parágrafo oitavo do artigo 227, estipula a criação de estatuto da juventude, a fim de regular os direitos jovens. Assim, em 05 de agosto de 2013 foi instituída a Lei nº 12.852 que implementou tal estatuto.

Vale dizer que o Estatuto da Juventude considera as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade como jovens. Dessa forma, considerando que aqueles que possuem de 15 (quinze) a 18 (dezoito) anos incompletos são adolescentes para o ECA, a Lei nº 12.852 é aplicada subsidiariamente a essa faixa etária.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esta pesquisa discutiu o desenvolvimento dos direitos humanos da criança no Brasil, desde o início da busca pela positivação desses direitos, perpassando pelo início da consolidação, com a instituição do Código de Menores, culminando no atual estágio, com a entrada em vigor da doutrina da proteção integral.

Apesar de ser de conhecimento geral que o futuro da humanidade depende que como serão formadas as crianças, durante muito tempo elas ficaram a margem do ordenamento jurídico brasileiro, não se incumbindo a legislação pátria de voltar seus olhos para essa parte da sociedade brasileira.

Ao depois, reconhecida a necessidade de se ter certa regulamentação dos direitos das crianças, as crianças abandonadas e marginalizadas foram objeto do legislador. Eram os chamados “menores” que foram tutelados durante muitos anos pelo Estado.

Nesse ponto, da análise dos dois Códigos de Menores, de 1927 e 1979, apesar de constituírem avanços na conquista dos direitos das crianças, eram rigorosamente discriminatórios, vez que apontavam como aqueles “menores” como um problema social que deveria ser resolvido pelo Estado. Não havia nenhuma diferença entre uma criança infratora ou uma simplesmente pobre, colocando todas aquelas consideradas em marginalidade e pobreza em um mesmo patamar.

A Constituição Federal veio atender aos anseios da população que não mais suportava essa situação de desigualdade entre as crianças. Assim, através do implemento da doutrina da proteção integral todas as crianças são abarcadas pela lei. Visando regulamentar essa doutrina é que foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Em tese, o ECA deveria ser suficiente para a garantia dos direitos inerentes à criança

e o adolescente, vez que efetiva a doutrina da proteção integral expressa na Constituição Federal de 1988. Entretanto, ainda hoje é perceptível que ainda existem crianças marginalizadas, abandonadas, escravizadas...

A realidade, infelizmente, é outra. Muito se questiona quanto à eficácia do sistema brasileiro quanto às crianças. Disso decorrem discussões acerca da viabilidade de se haver uma redução da maioridade penal, sobre a real necessidade da alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente promovida pela Lei nº 13.010/14 (Lei do Menino Bernardo ou Lei da Palmadinha).

Logicamente, é inegável que a proteção integral é a forma moderna de se tratar com os direitos da criança e representa nesta esfera brasileira uma gigantesca evolução ao se romper definitivamente com o sistema discriminatória vigente outrora.

Da mesma forma, é notório que existe ainda existe uma distância considerável entre aquilo que é determinado na lei e sua aplicação no caso concreto. Daí surgirem tanta dúvida, ao ponto do ECA ser considerado como “falido”.

Lado outro, é importante salientar, conforme deixa exposto o texto constitucional, que não cabe somente ao Estado assegurar os direitos humanos das crianças. É dever também da sociedade e da família.

Daí, infere-se que se o sistema de proteção da criança é insuficiente, deve-se imputar a responsabilidade às famílias, que não estão sendo capazes de educar seus herdeiros para serem adultos imbuídos de valores morais e éticos, e também à sociedade, que permite o descaso do Estado no exercício de sua obrigação para com as crianças.

Diante de tudo isso, o que se pode dizer é que a busca pela afirmação dos direitos da criança passou por estágios distintos de desenvolvimento, onde o atual certamente não está totalmente perfeito. Todavia, é um incomensurável avanço, que merece todos os seus méritos.

## REFERÊNCIAS

BARUFFI, Helder. A pesquisa nos cursos de direito. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v.13, nº 25, p. 211-229, jan./jun.2011.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

D'ANDREA, Giuliano. **Noções de Direito da Criança e do Adolescente**. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael. **Manual de Direitos Humanos**. 1. ed. Juspodivm, 2014.

LEITE, Carla Carvalho; IMPERIAL, SIL DESDE O. ESTADO. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. **Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre**, nº 5, p. 9-24, 2005.

LIMA, Paula Gabriela Mendes. A luta pelos direitos infantojuvenis no Brasil. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 15, nº 23, p. 63-99, jan./jun. 2013.

MELO, Eduardo Rezende. **Crianças e Adolescentes em Situação de Rua: Direitos Humanos e Justiça**. 1. ed. Método, 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A *Direito em Revista*, de editoração anual, possui chamada aberta constantemente, recebendo artigos de professores, acadêmicos e demais profissionais do Direito, do Brasil ou do exterior. As publicações podem ser submetidas ao e-mail [nuped@finom.edu.br](mailto:nuped@finom.edu.br), em duas versões, uma com identificação (formato *word*) e uma sem identificação (formato *pdf*).

São aceitos trabalhos nos seguintes formatos:

a) Artigos, que devem ter entre 15 e 30 páginas, incluindo referências e anexos ou apêndices;

b) Resenhas, que devem ter, no máximo, 10 páginas, necessariamente adotando o formato de resenha crítica.

Devem ser adotadas as seguintes regras de formatação:

- Papel tamanho A4 (21 cm X 29,7 cm), com margens superior e esquerda de 3 cm e direita e inferior de 2 cm. Não numerar as páginas e retirar as marcas de tabulação.

- A fonte deverá ser Times New Roman, tamanho 12, espaçamento na primeira linha 1,5, parágrafo justificado, entrelinha 1,5, sem espaço entre os parágrafos (0pt). As citações com até três linhas devem seguir o mesmo formato, entre aspas duplas “”.

- As citações de mais de três linhas devem adotar Times New Roman, tamanho 10, sem espaçamento na primeira linha, recuo do parágrafo de 4cm, 6pt de parágrafo antes e 12pt de parágrafo depois.

- Título do artigo: em maiúsculas e em negrito, centralizado no alto da primeira página, em espaçamento 1,5 entrelinhas, tamanho 12. Resenha não terá título, mas as referência(s) bibliográfica(s) do(s) texto(s) resenhado(s), organizada(s) de acordo com as normas da ABNT.

- Nome do autor: por extenso, com apenas o sobrenome em maiúsculas, duas linhas abaixo do título, alinhado à direita. Filiação: em nota de rodapé, puxada do sobrenome do autor, na qual constem titulação, instituição de origem, cidade e estado e o endereço eletrônico do autor.

- Resumo do artigo: apresentando objetivos, referencial teórico, resultados e conclusão, em fonte tamanho 12, espaço simples, sem parágrafo na primeira linha, com extensão de 100 a 250 palavras. Resenha não terá resumo.

- Palavras-chave: três a seis palavras-chave, correspondentes a conceitos gerais do trabalho. Resenhas também devem conter palavras-chave.

- *Abstract*: correspondente ao resumo em língua estrangeira (inglês ou francês), segue mesma formatação do resumo. No caso, da resenha, não há necessidade de abstract.
- *Keywords*: palavras-chave na língua inglesa. Necessário também nos resumos.
- Corpo do texto: iniciar duas linhas abaixo das palavras-chave.
- Títulos: Os títulos inseridos no texto devem seguir numeração (1, 2, 3...), não se numerando introdução, conclusão e referências. Havendo subtítulos, acompanhar a numeração do título (1.1, 1.2...). Para os títulos o formato é de alinhamento justificado, todas em maiúsculo, negrito, espaçamento 1,5 entre linhas, um espaço antes e nenhum espaço depois. Para os subtítulos segue-se o mesmo formato, apenas com as iniciais em maiúsculo.
- Referências: alinhadas à esquerda, sem adentramento, 12pt de parágrafo depois, 0pt de parágrafo antes. Deverão ser organizadas a partir dos sobrenomes dos autores (dispostos em ordem alfabética) e, no caso de um mesmo autor, na sequência cronológica de publicação dos trabalhos citados (substituindo-se o nome repetido por \_\_\_\_\_). Segue-se a NBR 10520 da ABNT.
- Formato das citações: adota-se o formato notas de rodapé (sistema numérico) – NBR 6023:2002. Obras imediatamente citadas devem ser substituídas por *Ibid.*, obras já citadas devem ser abreviadas seguidas por *Op. Cit.* As notas de rodapé devem estar em espaçamento simples entre linhas, sem qualquer tipo de parágrafo ou recuo, justificadas, em Times New Roman, 10.