



***PONTO DE  
VISTA JURÍDICO***

REVISTA CIENTÍFICA DO NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO DA UNIARP

## **PONTO DE VISTA JURÍDICO:**

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 5 – Nº 1 – 2016

Editor:  
Prof. Msc. Levi Hulse

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária  
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

R454r

Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico  
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP /  
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.5, nº 1, 2016.  
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)  
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

## **EDITOR:**

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

## **CONSELHO EDITORIAL:**

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, Faculdade Meridional-IMED , Passo Fundo, RS, Brasil

Dr. Douglas Cesar Lucas

Prof. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil

Prof. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Universidade Federal do Paraná - IFPR, Curitiba, PR, Brasil

Prof. Dr. Francisco Oliveira Neto, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC

Prof. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil

Prof. Dra. Monize Sâmara Visentini, Universidade Federal da Fronteira Sul - IFFS, Cerro Largo, RS, Brasil

Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

## **COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:**

Prof. Msc Henrique da Rosa Ziesemer, Ministério Público de Santa Catarina - MPSC, Brasil

Prof. Msc. Jaqueline Moretti Quintero, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil

Prof. Msc. Juliana Zamignan, Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Chapeco, SC, Brasil

Prof. Msc. Ricardo Emilio Zart, Univesidade do Oeste de Santa Cartarina - UNOESC, Videira, SC

Prof. Msc. Rodrigo Fernando Novelli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC

Prof. Msc. Dhieimy Quelem Waltrich, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, RS

Prof. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil

Prof. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil

Prof. Msc. Leonardo Beduschi, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-SC, Brasil

Prof. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Prof. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

## **CAPA**

Denise Bolzan Barpp, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

## **EDITORAÇÃO ELETRÔNICA**

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

## **BIBLIOTECÁRIA**

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

**Ponto de Vista Jurídico** é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

**Missão:** O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

**Indexadores e bases de dados:** Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

## SUMÁRIO

EDITORIAL.....	6
A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONFERIDA À TESTEMUNHA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ( <i>Vanessa Brandt Ramos, Ricardo Emilio Zart, Daniela Ries Winck</i> ).....	8
DA INVERSÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO ESTADO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA ( <i>Poliane Natale Rodio, Cássio Andrei Vargas Furlan</i> ).....	18
AS INSTITUIÇÕES, O EQUILÍBRIO, E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ( <i>João Batista da Cunha Ocampo Moré, Henrique da Rosa Zieseimer</i> ) .....	26
O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES NO CENÁRIO JURÍDICO NACIONAL ( <i>Jean Aquiles Teodoro Lemos, Anemari Socreppa</i> ).....	35
A TIPIFICAÇÃO PENAL DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES ( <i>Flávio Schlickmann, Narciso Barros Pontes, Maria Angelica Ongaratti</i> ) .....	45
O CONTROLE SOBRE O CORPO SEGUNDO VIGIAR E PUNIR E MICROFÍSICA DO PODER, DE MICHEL FOUCAULT ( <i>Joel Cezar Bonin, Daniel Jessé Panatta, Quézia Cristina Abelo</i> ).....	62
O EFEITO DO ICMS ECOLÓGICO NOS ESTADOS BRASILEIROS ( <i>Bianca Celestino Santos, Rodolfo Santin Rodrigues</i> ) .....	77
O DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA E A PRÁTICA DOS PROCEDIMENTOS DE SAÚDE DA DOUTRINA ESPÍRITA ( <i>Karin Luiza Ferreira, Jociane Machiavelli Oufella</i> ) .....	88

## EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 6ª. edição da revista e a primeira do ano de 2016. A revista busca sua consolidação e vem recebendo muitos artigos de grande qualidade.

Nesta edição inicia-se com o artigo dos autores Vanessa Brandt Ramos, Ricardo Emilio Zart e Daniela Ries Winck com o tema: “A efetividade da proteção conferida à testemunha no processo penal brasileira” um tema de extrema importância, pois as testemunhas têm um valor essencial no processo e sua proteção deve ser resguardada. Além da proteção devemos verificar a isenção dessas testemunhas, pois uma testemunha que com vício processual pode prejudicar o resultado do processo.

Em seguida, o professor desta universidade Cássio Andrei Vargas Furlan e a advogada Poliane Natale Rodio descrevem sobre o tema: “Da inversão do mandado de segurança impetrado pelo estado em matéria tributária”, fala da visão doutrinária e jurisprudencial acerca dessa impetração, bem como este ato processual acarreta a inversão do instituto.

Já o promotor Henrique Rosa Ziesemer e o juiz de direito João Batista da Cunha Ocampo Moré, doutorandos, abordam a temática: “As instituições, o equilíbrio e o estado democrático de direito”, que trata dos sistemas de freios e contrapesos exercidos pelos poderes da República no Brasil. Segundo os autores, não existe uma harmonia entre os poderes fazendo assim com que o sistema republicano brasileiro não trabalhe de forma correta.

O artigo de Anemari Socreppa e Jean Aquiles Teodoro Lemos, com o tema: “O ativismo judicial e seus limites no cenário jurídico nacional”, faz uma leitura desta temática desde os escritos de Montesquieu até a atualidade, buscando demonstrar a importância deste instituto para o direito brasileiro.

“A tipificação penal da violência sexual contra crianças e adolescentes”, dos autores Flávio Schlickmann, Narciso Barros Pontes e Maria Angelica Ongaratti, este artigo traz uma abordagem das alterações da legislação no tocando aos crimes sexuais contra as crianças e adolescente, demonstrando a evolução do direito penal neste tema.

No artigo “O controle sobre o corpo segundo Vigiar e Punir e Microfísica do poder”, de Michel Foucault, dos autores Joel Cezar Bonin, Daniel Jessé Panatta e Quézia Cristina Abelo, trata do controle exercido pelo estado nas pessoas, assim vigiando e punindo a população segundo a visão de Foucault.

Temos ainda o artigo “O efeito do ICMS ecológico nos estados brasileiros”, de Bianca Celestino Santos e Rodolfo Santin Rodrigues, aborda a temática das vantagens, que os Estados e Municípios têm com o ICMS-E, que preserva o meio ambiente ou de alguma forma incentiva a sua

preservação.

Por fim, encerramos com o artigo da coordenadora do curso de direito da UNIARP, Jociane Machiavelli Oufella em conjunto com Karin Luiza Ferreira, sobre “O direito, a liberdade de crença e a prática dos procedimentos de saúde da doutrina espírita”, um tema relevante, pois hoje no Brasil muitas pessoas vêm passando por cirurgias espíritas. Existe um limite para essas cirurgias? Até onde pode o direito atuar nesta seara?

Agradecemos aos autores desta Universidade e bem como das demais Universidades, que confiaram seus artigos a esta revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Msc. Levi Hulse  
Editor

# A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONFERIDA À TESTEMUNHA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Vanessa Brandt Ramos<sup>1</sup>  
Ricardo Emilio Zart<sup>2</sup>  
Daniela Ries Winck<sup>3</sup>

Recebido em: 28 abr. 2016  
Aceito em: 08 jul. 2016

**Resumo:** O presente artigo analisou os aspectos referentes a proteção à testemunha ameaçada por colaborar com a justiça em investigação ou instrução criminal. O defensor do acusado, tendo acesso à identidade da testemunha, pode divulgar essa informação a ele ou seus familiares, impedindo assim a efetivação dos mecanismos de proteção garantidos pela lei nº 9.807/99. Essa ausência de proteção decorre da necessidade do defensor de descobrir se a testemunha tem algum impedimento, como o grau de relação dela com o réu. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, a partir de publicações doutrinárias e legislação brasileira. Concluiu-se que o acesso do defensor interfere na proteção da testemunha, pois culmina na fragilidade dessa proteção, entendendo-se que o advogado está diante de uma situação complexa onde apesar de não poder contar a seu cliente quem é a testemunha, não deixará de trocar informações com ele a esse respeito, de modo a conseguir garantir a defesa perfeita.

**Palavras-chave:** Testemunha. Defesa. Processo penal.

## THE EFFECTIVENESS OF PROTECTION CONFERRED TO WITNESSES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

**Abstract:** This article has looked at aspects of witness protection threatened by cooperating with justice in criminal investigations. The lawyer of the accused having access to the identity of the witness, may disclose this information to him or his family members, thus preventing the effectiveness of the protection mechanisms guaranteed by Law 9.807/99. This lack of protection stems from the defendant's need to find out if the witness has any impediment, such as the degree of her relationship with the lawyer. The research technique used was the bibliographical one, based on doctrinal publications and Brazilian legislation. It was concluded that the defendant's access interferes in the protection of the witness, since it culminates in the fragility of this protection, understanding that the lawyer is facing a complex situation where, although he can not tell his client who the witness is, he will not fail to exchange information with him in this regard, in order to ensure the perfect defense.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina- Unoesc – Campus Videira. E-mail: [vanessabrandt.r@gmail.com](mailto:vanessabrandt.r@gmail.com).

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí- Univale- Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí- Univale. Professor e coordenador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina- Unoesc – Campus Videira.

<sup>3</sup> Graduada em Enfermagem pela Universidade Federal de Santa Maria- UFSM, Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina- UNOESC- campus Videira. Doutora em Enfermagem pela Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC- Área de concentração Filosofia e Cuidado em Saúde e Enfermagem. Professora do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina- UNOESC.



---

||| **Keywords:** Witness. Defense. Criminal proceedings.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a efetividade da proteção conferida à testemunha no processo penal brasileiro, diante do fato de que testemunhas são ameaçadas por colaborar com investigação ou instrução criminal, ao prestar depoimento sobre os fatos tanto em juízo quanto na fase de investigação policial. Na presença deste fato, muito se discutiu sobre a necessidade de criação de mecanismos capazes de coibir as intimidações e ameaças praticadas pelos acusados, principalmente de crimes praticados por quadrilha e hediondos ou equiparados.

Assim, a lei 9.807/99, surgiu como um verdadeiro marco histórico evolutivo no sentido de regulamentar a proteção devida a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborar com a justiça, determinando mecanismos de proteção à testemunha, que entre eles prevê o sigilo da identidade, dos dados e da qualificação da testemunha, de modo que o acusado não tenha acesso a essas informações (BRASIL, 1999).

Contudo, por força do contraditório e ampla defesa, o acusado tem direito de que seu defensor tenha acesso a essas informações até para levantar eventual contradita e para verificar se a testemunha é isenta de interesses ou impedimentos sobre o caso.

É necessário refletir a respeito da permissão de acesso ao defensor do acusado aos dados da testemunha, pois tal prerrogativa pode representar violação da proteção plena da testemunha, já que o defensor terá a liberdade de revelar ao acusado a identidade da testemunha protegida. A análise desta situação significa rever conceitos e questionar se os mecanismos criados estão surtindo efeito tal como o esperado, com vistas a tornar a justiça mais eficiente no combate à criminalidade e também na real proteção devida a àqueles que se dispõem a colaborar com a justiça.

Para tanto, o objetivo geral aqui pretendido é descobrir se a proteção oferecida pelo sistema penal brasileiro à testemunha ameaçada por colaborar com a justiça é efetiva.

O estudo trata-se de uma pesquisa bibliográfica doutrinária e na legislação vigente.

## 2 A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

A prova testemunhal no processo penal tem aspectos particulares, diferenciados dos relativos ao processo civil. E um deles, talvez o mais crucial seja o fato de ela ser a mais utilizada no processo penal.

“A palavra testemunha, segundo alguns autores, deriva de *testando* e, segundo outros, de *testibus*, que equivale a dar fé da veracidade de um fato”. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 337). Para Nucci (2013, p. 470), testemunha “é a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo,

---

pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade”.

Nesse sentido, a testemunha é peça chave para esclarecer a maneira como os fatos aconteceram, sendo prova imprescindível ao processo penal, já que é utilizada na maioria das vezes e sobretudo na falta de outros meios probatórios. Por isso, Tourinho Filho (2013, p. 338) afirma que o valor da prova testemunhal é extraordinário, já que, excepcional e raramente as infrações penais são provada por outros meios. “Em regra, as infrações penais só podem ser provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 338)

Por isso, pode-se dizer que a testemunha é a principal fonte de prova do direito penal, e que suas declarações se prestam não só ao esclarecimento dos fatos mas também é nela “que se assenta a decisão criminal na maioria dos casos”. (GRECO FILHO, 2012, p. 244).

O art. 206 do CPP (BRASIL, 1941, p. 34) afirma que a testemunha não poderá se eximir da obrigação de depor, exceto os ascendentes, descendentes, afins em linha reta, cônjuge, ainda que desquitado, irmão, pai, mãe ou o filho adotivo do acusado, a menos que não seja possível obter a prova do fato e de suas circunstâncias por outro modo. Esses são os chamados informantes, pessoas dotadas de parcialidade, que fornecem um parecer acerca de algo ficando portanto, desvinculadas do compromisso legal e por isso em poder ser considerada testemunha, embora esteja prevista legalmente dentro do capítulo pertinente às testemunhas (NUCCI, 2013, p. 472).

Mas a regra do desvalor testemunhal da palavra do informante comporta exceções. É o caso em que o único meio probatório ou de integração (quando existentes outros elementos), depende do depoimento de quem tenha presenciado os fatos, incluindo-se os casos que tratam de infrações graves como estupro, homicídio, etc., onde estaria justificada a exceção à regra da dispensa. Nesse caso, haverá o dever de depor e de dizer a verdade (PACELLI, 2014, p. 416).

Em relação aos procedimentos, ao modo pelo qual é colhido o depoimento da testemunha, é iniciado pelo rol das testemunhas, ou seja, a enumeração, apresentação dos nomes e qualificação das pessoas que as partes pretendem ouvir em juízo. O momento exato para a defesa, é quando do oferecimento da resposta à acusação (LIMA, 2011, p. 1001) e, para a acusação, é quando da apresentação da petição inicial, isto é, da queixa-crime ou da denúncia, respeitando-se o número máximo definido nos vários procedimentos cabíveis (oito, no rito ordinário e na fase de acusação e de instrução preliminar nos processos do Tribunal do Júri, e cinco no rito sumário e no Plenário do Tribunal do Júri (PACELLI, 2014, p. 420). No procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.099/95), até três testemunhas (CAPEZ, 2013, p. 452). Essas, são as chamadas testemunhas numerárias, pois além da limitação da quantidade conforme o procedimento, devem estar especificadas na peça inaugural das partes no processo.

Além delas, podem ser ouvidas outras, a critério do juiz, e, também, as testemunhas referidas

---

---

(art. 209, § 1º), que são as pessoas indicadas pelas testemunhas como sabedoras dos fatos (GRECO FILHO, 2012, p. 245).

Feito o arrolamento por ambas as partes, o magistrado designa data para oitiva e determina a intimação das testemunhas arroladas para comparecer no dia e hora marcada, a fim de prestar seu depoimento sobre os fatos. Havendo regular intimação da testemunha para comparecimento em juízo a fim de prestar seu depoimento e, deixando ela de comparecer sem motivo justificado, o juiz requisitará sua apresentação à autoridade policial ou determinará sua condução por oficial de justiça, inclusive com auxílio da força pública. Também é possível a imposição de multa no valor de 1 a 10 salários-mínimos (CPP, art. 458 c/c art. 435, § 2º), sem prejuízo de eventual processo criminal por crime de desobediência e pagamento das custas da diligência referentes à condução coercitiva, conforme previsão do art. 219 (CPP, 1941 apud LIMA, 2011, p. 990-991).

De acordo com o art. 203 do CPP (BRASIL, 1941, p. 33) antes de ser ouvida, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado sob pena de responder por crime de falso testemunho. Esse é o compromisso legal por meio do qual a testemunha se compromete a bem e fielmente prestar suas declarações com veracidade, ou seja, de acordo com o acontecimento dos fatos e assim colaborar com a justiça no descobrimento da verdade real.

A lei veda que a testemunha traga o depoimento por escrito porque falta a este a espontaneidade necessária revelada em depoimento oral. Além disso, “o depoimento por escrito não permitiria perguntas, violando-se o princípio do contraditório” (CAPEZ, 2013, p. 448).

Se a testemunha sentir-se atemorizada por causa da presença do réu, ele pode ser retirado da sala de audiência, permanecendo apenas seu defensor para acompanhar o depoimento, prevendo o art. 217 (BRASIL, 1941, p. 35), a hipótese de inquirição da testemunha por videoconferência, sendo admitida a retirada do réu apenas na impossibilidade dela (CAPEZ, 2013, p. 454). Mas essa retirada do acusado da sala de audiências não pode se basear somente em mero juízo de suspeita do juiz acerca de possível intimidação futura da testemunha, e sim deve basear-se na efetiva prática de atos comissivos que demonstrem o propósito do acusado no sentido de influenciar o ânimo da testemunha (LIMA, 2011, p. 1005).

Anteriormente ao momento da colheita do depoimento, o art. 203 do CPP prevê que a testemunha estará sob promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome e outros dados de identificação como idade, endereço, profissão, lugar de trabalho, se é parente, e em que grau, ou possui relações com quaisquer uma das partes, e relatar o que souber, explicando sempre as circunstâncias para que sua credibilidade seja avaliada. (BRASIL, 1941, p. 33)

É nesse momento que a parte contrária deve arguir a existência de impedimento ou suspeição por meio da contradita. Essa “é a forma adequada para arguir a suspeição ou inidoneidade da testemunha” (CAPEZ, 2013, p. 451), no sentido de afirmar que ela não pode ser ouvida como

---

testemunha e que, portanto, seu depoimento não pode ter a mesma valoração.

A contradita diz respeito à pessoa e não ao depoimento/narrativa dos fatos pois do contrário, seria contestação e não contradita. Feita a contradita pela parte, o juiz poderá consultar a testemunha se ela deseja ou não ser ouvida, podendo ser dispensada na forma do art. 206; excluir a testemunha conforme previsão do art. 297 ou ouvi-la sem compromisso, na forma do que determina o art. 208, valorando seu depoimento posteriormente (CAPEZ, 2013, p. 452). Assim, mesmo que contraditada a testemunha poderá prestar seu depoimento, ficando a valoração dele a cargo do magistrado no momento da sentença.

De acordo com o art. 203 do CPP (BRASIL, 1941, p. 33) antes de ser ouvida, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado sob pena de responder por crime de falso testemunho. Esse é o compromisso legal por meio do qual a testemunha se compromete a bem e fielmente prestar suas declarações com veracidade, ou seja, de acordo com o acontecimento dos fatos e assim colaborar com a justiça no descobrimento da verdade real.

Sem a existência do compromisso, que não se estende aos informantes, não há como se impor à testemunha o dever de dizer a verdade.

Além das partes, também o magistrado pode participar da produção probatória, determinando para tanto, a intimação de outras testemunhas que não as indicadas pelas partes inicialmente, como as testemunhas referidas, por exemplo. Essa determinação é decorrência do princípio da busca da verdade real e consequência do princípio do impulso oficial (NUCCI, 2013, p. 483).

A oitiva dessa testemunha determinada pelo magistrado deve acontecer ao término da instrução, quando já tiverem sido ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, “momento em que o magistrado poderá vislumbrar se há ou não necessidade de maior esclarecimento quanto à ocorrência dos fatos” (NUCCI, 2013, p. 483).

De outro lado, a produção de prova testemunhal no gabinete do representante do Ministério Público é inadmissível, pois ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa. O órgão acusatório pode, para demonstrar a veracidade da imputação feita na denúncia, ouvir a pessoa em seu gabinete juntando o termo de declarações nos autos apenas para requerer ao juiz que ela seja ouvida em audiência. “O que não é permitido é a colheita da prova, pois, iniciado o processo-crime, se está formatando o devido processo legal” (NUCCI, 2013, p. 484).

### **3 OS DIREITOS DO ACUSADO E O CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO À**

#### **TESTEMUNHA E O ACESSO DO DEFENSOR DO ACUSADO**

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu art. 5º, os direitos fundamentais inerentes ao homem, sendo que é um direito do acusado o contraditório e ampla defesa,

---

com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988). Assim, em decorrência de seus direitos constitucionais legalmente previstos, o acusado, por meio de seu defensor deve ter acesso ao nome e qualificação das testemunhas de modo a poder exercer com maior efetividade a defesa do réu.

O direito ao contraditório nada mais é que um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, devendo o juiz conceder as mesmas oportunidades a ambas as partes sob pena de imparcialidade. O contraditório pode ser visto em duas dimensões, a primeira como conhecimento, direito à informação e a segunda como a efetiva e igualitária participação das partes (LOPES JUNIOR, 2015).

Já a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado, ou seja, trata da possibilidade de utilizar-se dos mais variados meios de defesa, de modo a torná-la efetiva (PACELLI, 2012).

A diferença entre o contraditório e a ampla defesa é que, enquanto o contraditório é a garantia de participação, o que implica a garantia da impugnação a toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado (PACELLI, 2012, p. 45). Da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar, no processo penal, sobretudo a defesa.

### 3.1 LEI 9.807/99 E A PROTEÇÃO A TESTEMUNHAS AMEAÇADAS POR COLABORAREM COM INVESTIGAÇÃO E INSTRUÇÃO CRIMINAL

A oitiva das testemunhas nem sempre decorre de modo calmo, sem interferências ou riscos. Há casos em que elas são ameaçadas ou sofrem represálias pelo acusado ou familiares dele e, por isso, precisam de proteção para que não deixem de colaborar com a justiça, prestando seu depoimento para esclarecimento dos fatos. Tal situação resulta no favorecimento da criminalidade organizada, da prática de atos criminosos graves, violência de policiais e corrupção, que se vêem fortalecidos pela impunidade e conseqüente aumento do quadro de violência que se instalou no Brasil. (GOMES, 2000).

Por conta disso, foi criada a lei 9.807/99 que prevê os mecanismos de proteção às testemunhas e vítimas ameaçadas por colaborar com investigação ou instrução criminal. Em seu art. 1º essa lei estabelece que as medidas de proteção “serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei” (BRASIL, 1999, p.1), podendo inclusive celebrar acordos, convênios, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não-governamentais.

---

Essa lei prevê também em seu art. 2º, § 1º a possibilidade de extensão da proteção aos familiares das vítimas ou testemunhas, sendo eles, cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes ou dependentes conforme a necessidade (BRASIL, 1999).

Dentre outras medidas, a lei 9.807/99 prevê em seu art. 7º (BRASIL, 1999), a segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; ajuda financeira mensal para prover a subsistência individual ou familiar, se não for impossível desenvolver trabalho regular ou inexistir fonte de renda; escolta e segurança nos deslocamentos da residência; transferência de residência ou acomodação provisória; suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; apoio do órgão executor do programa no cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam comparecimento pessoal.

Em casos mais extremos nos quais a excepcionalidade e gravidade da coação ou ameaça requeiram, poderá ser procedida a alteração do nome completo da testemunha, podendo também essa medida se estender aos familiares apontados no art. 2º, inclusive aos filhos menores, nos termos do art. 9º, caput e §1º (BRASIL, 1999). A lei 9.807/99 em seu art. 11, caput também estabelece que “a proteção oferecida pelo programa terá a duração máxima de dois anos” (BRASIL, 1999, p. 5), que conforme o parágrafo único do mesmo artigo pode ser prorrogado em circunstâncias excepcionais em que se perdurarem os motivos que autorizaram a admissão.

O art. 2º, §5º da Lei 9.807/99 prevê que “as medidas e providências relacionadas com os programas serão adotadas, executadas e mantidas em sigilo pelos protegidos e pelos agentes envolvidos em sua execução” (BRASIL, 1999, p. 1). O que se observa da prática forense é que não só as medidas de proteção como também a oitiva da testemunha ou vítima acontece em segredo participando do ato apenas juiz, promotor e o defensor do acusado, não havendo sequer divulgação do nome ou qualificação da testemunha nos autos, ou seja, há preservação dos dados.

Mas a aplicação das medidas de proteção são restritas a determinados casos, em que exista gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para produção da prova (art. 2º)” e para isso, o art. 3º da lei determina que “toda admissão ou exclusão no programa seja precedida de consulta ao Ministério Público” (BRASIL, 1999, p.2).

Isso porque a lei não delimita a proteção a determinados crimes, ou seja, a implantação do programa não é definida pelo tipo de crime, mas sim a índole pessoal do criminoso e a sua capacidade de “ação” diante de uma eventual denúncia ou depoimento em juízo da pessoa que sofreu ou testemunhou o ato criminoso (GOMES, 2000).

### 3.2 CONFRONTO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO E A

---

## PROTEÇÃO À TESTEMUNHA

O acusado conta com uma vasta gama de direitos e garantias constitucionais e legais, capazes de lhe conferir grande amplitude de defesa. Isso de certa forma limita a proteção à testemunha, uma vez que para ter garantido seu direito à ampla defesa e ao contraditório, o defensor do acusado tem acesso aos dados da testemunha protegida.

O que a lei pretende com os mecanismos de proteção à testemunha portanto, é apenas impedir o acesso direto desses dados ao próprio acusado, seus familiares e quaisquer outras pessoas que queiram saber a identidade da testemunha (BRASIL, 1999). Porém, na intenção de preservar os direitos do acusado, permitiu-se que o advogado tenha acesso a essas informações e inclusive acompanhe a oitiva dessa testemunha, o que não a deixa totalmente segura de que não será reconhecida, afinal, há um grande risco de que o próprio defensor, repassar a membro da quadrilha ou organização criminosa os dados da testemunha.

É um verdadeiro confronto de direitos fundamentais. De um lado as garantias do acusado à ampla defesa e contraditório e outro, o direito à vida e proteção da integridade física da testemunha. Nesse sentido, em determinados casos, princípios como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a publicidade, que regem o processo penal, devem ser afastados de forma excepcional, pois não são absolutos, para que outros direitos fundamentais sejam respeitados, como nos casos de garantir a proteção da vida. (WEIMER,2014).

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho pode-se concluir pela grande importância do assunto para a sociedade, uma vez que a proteção à testemunha ameaçada é medida necessária ao deslinde dos fatos, com vistas ao Estado concretizar sua principal função, a busca pela paz social, por meio da resolução de conflitos e a pretensão do ideal de justiça tão almejado por todos. Além disso, há muito que se pensar e discutir sobre a efetividade das medidas existentes, especialmente quanto ao fato de ser franqueado acesso ao procurador do réu aos dados e qualificação da testemunha protegida, já que há grandes riscos dessas informações serem repassadas ao acusado para verificar a existência de impedimento, violando assim o sigilo necessário à efetiva proteção da testemunha.

Assim, percebe-se que embora a liberdade conferida ao defensor do acusado obedeça aos princípios do contraditório e ampla defesa, tendo sempre em mente a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, essa permissão concedida pela doutrina e jurisprudência inevitavelmente inviabiliza a proteção à testemunha ameaçada, o que por si só causa grande temor a ela e, direta ou indiretamente impede a concretização do ideal de justiça perfeita.

Por outro lado, observe-se que não há como garantir o contraditório pleno, no que diz respeito

---

---

à contradita de testemunha, se não for de modo a permitir que o advogado tenha acesso a essas informações. A problemática então se tornaria outra, a de descobrir se há algum modo por meio do qual o defensor possa batalhar pela garantia dos direitos do acusado sem ferir a proteção necessária à testemunha.

Esse é o grande problema do tema em questão, que demonstra que o assunto deve ser melhor estudado e pesquisado afim de se descobrir um meio alternativo através do qual seja possível garantir os direitos do acusado de verificar se a testemunha é isenta ou não e ao mesmo tempo, impedir que a proteção seja desvirtuada, ou seja, um meio através do qual não seja preciso franquear acesso aos dados da testemunha protegida ao defensor do acusado.

A possível solução de indicação de um profissional (advogado) pela Ordem dos Advogados do Brasil, para acompanhar a oitiva da testemunha protegida, o que em tese permitiria a garantia dos direitos do réu e a efetiva proteção ao depoente gera o mesmo problema. Afinal, não há uma forma por meio da qual o defensor nomeado poderia atuar garantindo os direitos do acusado e ao mesmo tempo protegendo a identidade da testemunha. Para saber se a testemunha é realmente isenta, é não é inimiga do acusado, amiga íntima ou tenha grau de parentesco com a vítima, precisaria questionar o réu ou seus familiares para ter essa informação e com isso estaria divulgando a identidade da testemunha e quebrando a proteção necessária.

Assim, apesar da importância do tema apresentado e da necessidade de rediscussão dessa questão, há que se concluir pela inviabilidade do impedimento de acesso do defensor aos dados da testemunha, uma vez que de qualquer forma não seria possível garantir ao mesmo tempo, efetiva proteção a ela e o exercício pleno da defesa do acusado. Portanto, restam aqui as recomendações para elaboração de futuros trabalhos que contribuam para a continuação do estudo e da pesquisa do assunto.

## 5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 julh. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República**

---



**Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Lei de Proteção a vítimas e testemunhas: primeiras considerações. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça Penal, 7: críticas e sugestões: justiça criminal moderna**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. cap. 11, p. 349-370.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <http://161733.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161733>

Acesso em: 30 ago 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

WEIMER, Marta. **A proteção a testemunhas e os direitos constitucionais do acusado**.

Disponível em:

[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Marta\\_Weimer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Marta_Weimer.html). Acesso em: 29 ago. 2014

# DA INVERSÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO ESTADO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Poliane Natale Rodio<sup>1</sup>  
Cássio Andrei Vargas Furlan<sup>2</sup>

Recebido em: 11 mai. 2016  
Aceito em: 08 jul. 2016

**Resumo:** O presente trabalho versa sobre a impetração do mandado de segurança pelo Estado em matéria tributária, em como é a visão doutrinária e jurisprudencial acerca dessa impetração, bem como este ato processual acarreta a inversão do instituto. Apresentado sob a forma de artigo científico atendendo requisito obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela UNIARP. Para melhor compreensão, o relato é dividido em três partes. Na primeira parte será abordado sobre a impetração do mandado de segurança contra ato judicial. Em um segundo momento o estudo dissertará acerca das prerrogativas da Fazenda Pública. Na terceira parte relata-se a respeito das consequências da impetração do mandado de segurança pelo Estado contra ato judicial. Conclui-se que a utilização do *mandamus* pelas pessoas jurídicas de direito público, principalmente contra ato judicial favorável ao contribuinte, acarreta um manifesto ataque as garantias fundamentais conferidas ao cidadão pelo nosso ordenamento jurídico. Assim, a impetração do mandado de segurança pelas pessoas jurídicas de direito público, configura a inversão da finalidade pela qual o instituto foi criado, bem como o fortalecimento do Estado contra o particular. O método utilizado é indutivo associado à pesquisa bibliográfica utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Palavras-chave:** Mandado de segurança. Fazenda Pública. Contribuinte. Garantias fundamentais.

## OF THE REVERSAL OF THE PURPOSE OF THE WRIT OF MANDAMUS FILED BY THE STATE IN TAX MATTERS

**Abstract:** This paper deals with the filing of the State by the injunction in tax matters, how is the doctrinal and jurisprudential view about this petition and this procedural act requires the reversal of the institute. Presented in the form of a scientific paper serving mandatory requirement for the degree of Bachelor of Law UNIARP. For better understanding, the report is divided into three parts. The first part will be covered on the petition against the judicial act injunction. In a second phase the study will speak about the prerogatives of the Treasury. In the third part it is reported about the consequences of filing the injunction against the state judicial act. We conclude that the use of mandamus by legal entities of public law, especially against favorable judicial act to the taxpayer carries a manifest attack the fundamental rights guaranteed to citizens by our legal system. Thus, the filing of the injunction by the legal entities of public law, sets the reversal of the purpose for which the institute was created, as well as the strengthening of the rule against particular. The method used is inductive associated with the bibliographic research using descriptive production and observing the Standards of Academic

<sup>1</sup> Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

<sup>2</sup> Professor da Graduação do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

---

University Alto Rio do Peixe Valley (UNIARP) and rules of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT).

**Keywords:** Injunction. Public farm. Taxpayer. Fundamental guarantees.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo científico apresenta como tema a impetração do mandado de segurança pelo Estado em matéria tributária, ou seja, a utilização por parte do ente tributante do instrumento processual criado para a defesa dos direitos do contribuinte contra ele.

O problema analisado está sob a ótica dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Portanto, qual a posição doutrinária e jurisprudencial sobre o mandado de segurança impetrado pelo Estado em matéria tributária?

Sabe-se que o mandado de segurança faz parte do rol dos remédios constitucionais, sendo utilizado para proteger as garantias fundamentais conferidas ao cidadão pelo nosso ordenamento jurídico.

Assim, deveria o mandado de segurança ser instituto utilizado tão somente pelos cidadãos para a garantia de seus direitos individuais e coletivos, contra os excessos do Poder Público.

O mandado de segurança tem se mostrado admirável como um instrumento colocado à disposição dos contribuintes para controle da validade jurídica da tributação. Contudo, o Estado como entidade soberana que é, tem se utilizado desse instrumento processual a fim de minimizar ou neutralizar os efeitos das ferramentas processuais empregadas pelo contribuinte, o que se mostra inteiramente incabível.

A pesquisa desenvolveu-se em três partes, sendo estudado no primeiro momento sobre a impetração contra ato judicial; na segunda parte será explanado acerca das prerrogativas da Fazenda Pública; e por fim demonstrar as consequências da impetração do mandado de segurança pelo Estado contra ato judicial.

O método adotado foi o indutivo e a pesquisa bibliográfica, com produção descritiva, de acordo com a normalização dos trabalhos acadêmicos da UNIARP e normas da ABNT.

## 2 DA IMPETRAÇÃO CONTRA ATO JUDICIAL

É consabido que o âmbito de incidência do mandado de segurança é residual, ou seja, caberá sua impetração quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158.

Portanto, nas situações teratológicas, abusivas que possam gerar dano irreparável à parte ou até mesmo nos casos em que o recurso não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, o mandado de segurança contra ato judicial é medida cabível.

Conforme dispõe o art. 5º da Lei 12.016/2009:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado.<sup>4</sup>

Assim, verifica-se que a impetração contra ato judicial é medida excepcional, cabível, desde que não configure as hipóteses previstas no dispositivo supramencionado.

Contudo, a impetração de mandado de segurança contra ato judicial é uma questão bastante complexa no nosso ordenamento jurídico, haja vista que não raras às vezes tem sido utilizado como forma de sucedâneo recursal.

Luiz Guilherme Marinoni elucida que:

Por exemplo, tem-se visto que qualquer tentativa de eliminar de algum recurso o efeito suspensivo – ou mesmo de eliminar o cabimento de recurso em certa situação – é prontamente respondida pela prática forense com o emprego do mandado de segurança em substituição ao recurso inexistente ou para conferir efeito suspensivo ao recurso que não o ostenta mais. Se, por vezes, essa função residual é importante para evitar abusos judiciais em casos determinados, por outras ordenariza o mandado de segurança e o transforma em pouco mais do que um pedido de reconsideração.<sup>5</sup>

Embora esse procedimento tenha sido utilizado muitas vezes de forma desenfreada, principalmente pela Fazenda Pública, a fim de atacar decisões favoráveis aos cidadãos, não há óbice para sua utilização quando todas as possibilidades legais estejam esgotadas ou mesmo sejam ineficazes contra decisão judicial que lesa ou pode lesar os direitos das partes.

Destarte, como afirma Leonardo Carneiro da Cunha, a impetração do mandado de segurança contra ato judicial será cabível apenas quando o sistema recursal revelar-se insuficiente para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente.<sup>6</sup>

### 3 DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

O termo Fazenda Pública é utilizado quando se faz menção às pessoas jurídicas de direito

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 22 de ago. 2015

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2012. p. 248.

<sup>6</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 543.

---

---

público, como a União, os Estados, os Municípios e até mesmo suas respectivas autarquias e fundações públicas.

Conforme explica Leonardo da Cunha, a ideia de Fazenda Pública traduz a atuação do Estado em juízo, representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre a matéria estritamente fiscal ou financeira.<sup>7</sup>

Nesse sentido leciona Hely Lopes Meirelles:

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque o erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.<sup>8</sup>

Em razão de tutelar o interesse público, foi concedido à Fazenda Pública algumas prerrogativas processuais, a fim de poder melhor atuar na proteção dos interesses da coletividade.

Dentre essas prerrogativas, podem-se citar os prazos processuais em dobro, o reexame necessário, a prescrição em favor da Fazenda Pública, foro privilegiado, regime de precatórios, etc.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Mineiro:

AÇÃO MONITÓRIA - FAZENDA PÚBLICA - PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS - ART. 188 DO CPC - APLICABILIDADE - CÔMPUTO EM QUÁDRUPLO. -Entendendo que os embargos monitórios têm natureza jurídica de contestação, inafastável a conclusão de que também se aplica a regra contida no art. 188 do Código de Processo Civil em caso de ação monitória ajuizada contra a Fazenda Pública. É de se reconhecer, portanto, o cômputo em quádruplo do prazo para oferecimento de embargos monitórios pela Fazenda Pública.<sup>9</sup>

Embora a justificação de concessão das prerrogativas processuais seja justamente a tutela do interesse público sobre o particular, é inconteste que muitas vezes, a Fazenda Pública tem-se utilizado desses “privilégios” a fim de protelar o cumprimento de suas obrigações.

A título de exemplo, pode-se citar o não pagamento de precatórios, prática costumeira entre as pessoas jurídicas de direito público. Assim, vários direitos fundamentais legítimos dos cidadãos são lesados em razão dos artifícios judiciais reiteradamente praticados pela Fazenda Pública.

Desta feita, conforme o art. 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil tem como seu fundamento a dignidade da pessoa humana, o que demonstra se tratar de interesse público da mais alta relevância. Portanto, tutelar um direito fundamental individual, como bem afirma Marcelo de Souza Melo, é proteger o homem, o elemento primordial da sociedade e do próprio

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 15.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 590.

<sup>9</sup> TJ-MG - AC: 10245120194874001, Relator: Eduardo Andrade. Data de Julgamento: 28/05/2014, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/06/2014.

---

Estado.<sup>10</sup>

Portanto, é certo que a prioridade da Fazenda Pública deve ser sempre o interesse da coletividade e não os seus próprios interesses enquanto sujeito de direitos e obrigações.

#### **4 CONSEQUÊNCIAS DA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PELO ESTADO CONTRA ATO JUDICIAL**

Ao se conceituar o mandado de segurança, a maioria dos doutrinadores o define como instrumento de defesa do particular, do indivíduo ou do cidadão contra o Estado.<sup>11</sup>

Contudo, verifica-se que há uma quantidade considerável de mandados de segurança impetrados contra atos judiciais pelas pessoas jurídicas de direito público, o que significa que o Estado tem se utilizado do instrumento processual criado para a defesa dos direitos dos cidadãos contra ele.

Em que pese o mandado de segurança seja instrumento processual de defesa do cidadão, parte da doutrina e da jurisprudência entende que não há como vedar às pessoas jurídicas de direito público a utilização do *mandamus*.

Nesse sentido colhe-se da jurisprudência:

Mandado de segurança – Impetração por parte de pessoa de direito público – Admissibilidade – Provisamento do recurso.  
Pessoas jurídicas de direito público, não há dispositivo constitucional ou legal que se impeça de impetrar mandado de segurança, quando se sentirem atingidas em direito líquido e certo.<sup>12</sup>

Portanto, da mesma forma que não é permitido às pessoas jurídicas de direito público impetrarem *habeas corpus*, também não se mostra razoável permitir a impetração do mandado de segurança. A natureza do instituto encontra-se turbada o que conseqüentemente acarretou a inversão de sua finalidade.

Tendo em vista que o mandado de segurança faz parte do rol de instrumentos criados para proteger direitos fundamentais dos indivíduos, segundo a jurisprudência alemã, a regra é que pessoas jurídicas de direito público não podem ser titulares de direitos fundamentais.

Contudo, em nosso ordenamento jurídico, o entendimento majoritário é no sentido que as pessoas jurídicas de direito público são titulares de alguns direitos fundamentais.

Contudo, é certo que o mandado de segurança é um instrumento que o nosso ordenamento

---

<sup>10</sup> MELO, Marcelo de Souza. Prerrogativas da Fazenda Pública. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17645>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>11</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006. p. 79.

<sup>12</sup> STF – MS 3.709, Rel. Min. Afrânio Costa, em 06/07/1957, DJ, 21/10/1957.

---

---

jurídico estabeleceu para a defesa do particular contra os excessos do Poder Público. Quando o Estado impetra o *mandamus* contra ato judicial favorável ao particular, acaba por afrontar as garantias constitucionais do cidadão.

Nesse sentido, colhe-se entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

(...). Se os direitos fundamentais se referem à relação dos indivíduos para com o poder público, então é com isso incompatível tornar o Estado, ele mesmo, parte ou beneficiário dos direitos fundamentais. O Estado não pode ser, ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

Em analogia ao instituto do mandado de segurança e à titularidade dos direitos fundamentais, verifica-se que há divergência jurisprudencial no que se refere a impetração de mandado de injunção pelas pessoas jurídicas de direito público:

Outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de injunção seria elastecer o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a natureza jurídica do instituto permite.<sup>14</sup>

Em entendimento contrário, colhe-se:

Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.<sup>15</sup>

Ainda em referência à titularidade dos direitos fundamentais, extrai-se pequeno trecho do acórdão do eminente Ministro Luis Felipe Salomão no REsp 1.258.389-PB:

Ocorre que a inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado, e não ao particular. Porém, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do STF nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Com efeito, o reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos

---

<sup>13</sup> SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins. Berlim: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005. p 172.

<sup>14</sup> STF - AGRM 595/MA, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23/4/99.

<sup>15</sup> STF - MI 725/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/5/2007.

---

fundamentais. Finalmente, cumpre dizer que não socorrem os entes de direito público os próprios fundamentos utilizados pela jurisprudência do STJ e pela doutrina para sufragar o dano moral da pessoa jurídica.<sup>16</sup>

Portanto, o que se afirma, não é no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público não podem defender seus interesses frente a um ato processual favorável ao particular, mas no sentido de que poderiam se utilizar das vias ordinárias, o que se mostra muito mais razoável, deixando que o remédio constitucional mandado de segurança fosse tão somente utilizado pelos titulares dos direitos fundamentais, ou seja, o cidadão.

Leciona José Afonso Silva que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.<sup>17</sup>

Acerca da utilização do mandado de segurança pelas pessoas jurídicas de direito público, Hugo Brito Machado arrebatava:

O que se está verificando com o uso do mandado de segurança é bem uma evidente mostra de como é perigoso é o poder, e mais e mais perigoso é o poder estatal. [...] Titular de Poder, o Estado cria a própria norma jurídica, instrumento pelo qual se impõe aos governados. Não tem a mais mínima necessidade de proteção contra seus súditos. E no caso, arrebatava destes aquela garantia constitucional, e passa a utilizá-la para enfraquecer as demais garantias que a ordem jurídica edificou para protegê-los, num processo realmente avassalador.<sup>18</sup>

Portanto, em que pese as pessoas jurídicas de direito público não sejam titulares de todos os direitos fundamentais, ao se assentir que as pessoas jurídicas de direito público impetrem mandado de segurança contra ato judicial realizado para resguardar direito de particular, configura-se, portanto, sua total inversão da finalidade para qual foi criado o mandamus, razão pela qual a consequência dessa permissão, além de turbar a pureza do instituto, acaba por cooperar para o indesejável fortalecimento do Estado, em agravo do cidadão.

---

<sup>16</sup> STJ - REsp 1.258.389-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 178.

<sup>18</sup> MACHADO, 2006, p. 90/91.

---



---

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como foco de pesquisa a utilização do mandado de segurança pelas pessoas jurídicas de direito público, principalmente em matéria tributária e como esse ato processual gera a inversão da finalidade do instituto.

Neste sentido pode-se observar através do presente trabalho, que a maioria da doutrina e até mesmo da jurisprudência admitem a utilização do writ pelas pessoas jurídicas do direito público, pois quando da impetração, as pessoas jurídicas de direito público são consideradas como pessoas, possuindo, portanto, a titularidade de alguns direitos fundamentais.

Ainda assim, não são argumentos razoáveis, posto ser clarividente a inversão da finalidade e o propósito a qual foi criado o instituto do mandado de segurança.

Há a possibilidade de que as pessoas jurídicas de direito público se utilizem das vias ordinárias, possibilitando que somente os cidadãos façam uso do mandado de segurança em matéria tributária. Deve haver apoio e incentivo para que tal ato processual seja mais utilizado.

## 6 REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELO, Marcelo de Souza. Prerrogativas da Fazenda Pública. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17645>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins. Berlim: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

# AS INSTITUIÇÕES, O EQUILÍBRIO, E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

João Batista da Cunha Ocampo Moré<sup>1</sup>  
Henrique Rosa Zieseimer<sup>2</sup>

Recebido em: 08 jul. 2016  
Aceito em: 21 jul. 2016

**Resumo:** A independência e harmonia entre os Poderes Constituídos da República Federativa do Brasil estabelece um sistema de freios e contra pesos onde, em tese, cada poder exerce um controle sobre as atividades do outro, impedindo excessos, abusos, e omissões. Ocorre que, no sistema político atual, há um desequilíbrio nessas funções, onde um segmento do Estado ganha força em detrimento dos demais. Há, portanto, necessidade de restabelecer este equilíbrio, sob pena de comprometimento de direitos estabelecidos por este mesmo Estado. Para tanto, a melhor delimitação das atividades estatais é necessária, para que cada Poder e instituição exerçam seu papel, e ajude a controlar o outro, na busca da harmonia e independência consagradas.

**Palavras-chave:** Constituição. Constitucional. Poder. Estado. Equilíbrio. Executivo.

## INSTITUTIONS, THE BALANCE, AND THE DEMOCRATIC STATE LAW

**Abstract:** The independence and harmony among the powers that be of the Federative Republic of Brazil establishes a system of checks and counterweights, where, in theory, every power to exert control over the activities of the other, preventing excesses, abuses, and omissions. It turns out that the current political system, there is an imbalance in these functions, where a segment of the state gains power over others. There is, therefore, need to restore this balance, otherwise compromise rights under this State. To this end, the best definition of state activity is required for each branch and institution performing its role, and helps control the other, in search of harmony and independence enshrined.

**Keywords:** Constitution. Constitution. Power. Status. State. Balance. Executive.

## 1 INTRODUÇÃO

Tem o presente artigo a finalidade de traçar um breve perfil do Estado brasileiro, tendo como parâmetro suas instituições democráticas, e como suas atuações contribuem para o equilíbrio do consagrado Estado Democrático de Direito, indicando eventuais impropriedades, que podem vir a comprometer direitos e garantias estabelecidas pela constituição, gerando um desequilíbrio na atividade estatal.

A Constituição vigente, datada de 1988<sup>3</sup>, trouxe um rico rol de direitos, deveres, formas de seus

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Mestre em Ciência Jurídica, e Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça em Santa Catarina, Catarina Mestre em Ciência Jurídica, e Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI.

<sup>3</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 1 jul. 2016.

---

exercícios e, sobretudo, garantias contra excessos e abusos do Estado. Instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública, e o fortalecimento da advocacia como função essencial à Justiça, foram implementados para o completo exercício da cidadania.

Em suas atividades típicas, os Poderes, Executivo, e Legislativo, trabalham para exercer as políticas públicas trazidas pela Constituição, buscando atender os objetivos nela previstos.

Ocorre que, com 23 anos de vigência da Carta Magna, percebe-se um desgaste na atividade estatal, notadamente no que diz respeito às funções institucionais, interferências indevidas, e um forte corporativismo institucional de natureza individual, que não condiz com as atividades do Estado, arranhando sensivelmente a materialização dos objetivos estabelecidos na Constituição.

Para a busca do equilíbrio, são necessárias reformas institucionais, bem como o resgate de direitos e efetividade das atividades das instituições, a fim de focarem em seu papel constitucionalmente traçado, sem interferir na atividade fim de outra.

Trazem-se como exemplos a serem analisados e refletidos, o exercício e a interferência da política partidária em sua atual formatação, bem como a interação entre as funções essenciais à Justiça, e os Poderes Constituídos.

## **2 OS PODERES CONSTITUÍDOS E SUAS ATIVIDADES**

Em número de três, os Poderes de Estado foram organizados pela Constituição Federal atual, na busca de regulamentação e formalização das atividades e objetivos estatais, por suas mais diversas naturezas. A par dos três poderes iniciais, têm-se outras Instituições trazidas como forma de controle, de interação, e elo para a materialização dos direitos e garantias fundamentais, assim como implementação das políticas públicas, e correções pontuais de desvios, abusos e omissões praticados.

Para dar início a esta missão, a Carta de 1988 consagrou a harmonia e independência entre os poderes, que, em síntese, se traduz em uma forma de interação e controle mútuos, de maneira que cada poder deve se respeitar, e respeitar o outro.

Para tanto, cada Poder de Estado possui atividades típicas e atípicas, as quais não são objetos de análise do presente artigo, restringindo o alcance desta idéia ao texto constitucional, sem adentrar na doutrina pormenorizada. E assim foi feito, para que o equilíbrio fosse preservado, e o Estado se autocomandasse.

O fortalecimento do Ministério Público possui relevante papel no chamado sistema de freios e contrapesos, assim como a advocacia, e também a Defensoria Pública. Esta forma de modulação assume indispensável função estatal, à medida que os Poderes vão exercendo seus papéis e atividades.

A forma e composição dos Poderes de Estado estão delineadas na Constituição Federal,

---

---

tendendo a atender o caput de seu art. 2º: [...] São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário [...]⁴.

Contudo, percebe-se que nosso atual modelo pluripartidarista e as formas de representação popular não contemplam limites de atuação e exercício político, de maneira a permitir que grupos bem delimitados se instaurem, por exemplo, no Poder Legislativo, passando a tutelar os interesses de categorias, e não mais do povo ou dos Estados. As formas de indicação de Juízes para os Tribunais Superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal, permite – o que não significa dizer que efetivamente ocorre – a ocorrência de enorme vínculo entre o quem indica e quem é indicado, comprometendo a imparcialidade.

Com propriedade, Norberto Bobbio<sup>5</sup> explica que:

[...] O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais [...].

A exclusão do Ministério Público e Poder Judiciário do exercício de atividade político partidária, com a promulgação da emenda constitucional nº 45/2004<sup>6</sup>, por exemplo, não obstante outras categorias simétricas detenham este direito, acarreta desequilíbrio de idéias e de poder, enfraquecendo o Judiciário em detrimento dos outros dois, e até em relação às demais instituições, na medida em que as discussões de ideias no Parlamento ficam alheias ao pensamento de Juízes e Membros do Ministério Público, que sequer podem participar das discussões sobre os rumos de um Estado que ajudam a caminhar.

Advogados, Defensores Públicos, que estão no mesmo capítulo constitucional, por exemplo, não possuem restrição idêntica, abrindo campo para imiscuir na administração pública as atividades de cada classe, com seus peculiares interesses classitas.

### 3 A IMPESSOALIDADE DO ESTADO

A formatação atual dos Poderes Executivo e Legislativo admite enorme ingerência de um sobre o outro, com grandes possibilidades de troca de interesses políticos partidários, ao falso argumento de exercício da política estatal. Aqui, abre-se a ressalva que a atividade política que se trata é diferente de atividade político partidária. A primeira é a vida do Estado em si, ao passo que a segunda serve de base à primeira, com fundamentos em ideologias e diversidade de pensamentos consagrados pela

---

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 1 jul. 2016.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 15-16.

<sup>6</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm) >. Acesso em: 1 jul. 2016.

---

---

Constituição.

A praticamente ilimitada negociação de interesses, tendo como exemplo, comum e corriqueiro a busca de apoio pelo Executivo no Congresso Nacional, para aprovação de projetos de seu interesse em troca de cargos do alto escalão do governo, tem o condão de retirar a confiança que o eleitor depositou neste ou naquele partido ou candidato, uma vez que estas alianças se firmam em razão de interesses partidários, e não da sociedade, ou de forma disfarçada.

A intromissão do Poder Executivo no Poder Judiciário, ao indicar todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal para compor a Corte, permite que pessoas que recentemente transitaram por todas as esferas de poder, sujeitas a influências evidentes, assumam cargos que necessitam de imparcialidade e impessoalidade.

A intromissão do Poder Judiciário nos campos destinado ao Poder Legislativo, que reiteradamente se omite de enfrentar questões que necessitam de regulamentação, faz com que aquele tenha que se imiscuir indiretamente como legislador, a fim de não comprometer eventuais direitos a serem reconhecidos.

Não há que se confundir democracia, aqui compreendida como o regime adotado por nossa atual formatação constitucional, com falta de limites, concluindo-se que o Estado necessita de uma reforma que imponha mais respeito na movimentação da Administração Pública, sem retirar o necessário caráter democrático onde todos podem ser ouvidos.

A ausência de respeito desses marcos limitadores, nas formas comissiva e omissiva, alimenta o crescimento desordenado de alguns setores em detrimento de outros, gerando um desequilíbrio de poder político, abrindo cada vez mais caminho para que o comando do Estado passe do povo, para um partido, ou segmento individualizado.

Nesse ponto, Bobbio<sup>7</sup> explica que:

[...] Uma das formas com a qual se manifesta o primado da política é a independência do juízo político com respeito ao juízo moral, ou mesmo a superioridade do primeiro sobre o segundo: que exista uma razão do Estado diversa da razão dos indivíduos quer dizer que o Estado, e mais concretamente o homem político, é livre para perseguir os próprios objetivos sem ser obrigado a levar em consideração os preceitos morais que condicionam o indivíduo singular nas relações com outros indivíduos.

Destarte, a complementar o raciocínio de Bobbio, nesse viés, Hans Kelsen<sup>8</sup> pondera:

Se o território do Estado for dividido em amplas circunscrições ainda menores – por exemplo, distritos – e se a administração de tais territórios – em conformidade com a idéia democrática – for confiada a colégios eleitos por cidadãos desses mesmos territórios, de tal modo que

---

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 85.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução, Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 81.

---

imediatamente sob o governo central se encontrem as representações da província e, sob estas, nesse caso, esses órgãos da administração autônoma – principalmente se sua composição política e suas relações de maioria forem diferentes daquelas da entidade legislativa central – não considerem a legalidade de seus atos como fim supremo, mas se coloquem com demasiada facilidade em oposição consciente às leis votadas pelo parlamento central. Há o risco de que, nas diversas circunscrições administrativas autônomas, a vontade do todo, da forma como se expressa na legislação central – seja paralisada pela vontade de uma parte.

Em síntese, a mistura política da atividade estatal traz esse risco, fazendo com que o Estado passe a litigar consigo mesmo, tendo como objeto a ser perseguido, o poder. Nesse foco, a impessoalidade, que deveria ser a regra, dá lugar a disputas de grupos bem delineados, de diferentes ideologias, mas dentro do mesmo organismo vivo, seja o Estado.

A confusão entre Estado e governo torna-se mais acentuada, havendo mais ingerência de um sobre o outro.

#### **4 O ENFRAQUECIMENTO DA ATIVIDADE ESTATAL**

Uma vez que quebrada a harmonia e independência entre os poderes pela ausência de impessoalidade estatal – por pelo menos um de seus Poderes-, mesmo que de forma velada e formal, o Estado democrático de Direito corre risco de autofagia. A impessoalidade da atividade estatal é necessária tanto no plano administrativo quanto político, pois a quebra desta premissa retira do tripé dos poderes constituídos sua força de harmonizar e controlar o outro.

O Poder prevalente ganha força desproporcional, tem seu controle diminuído e se torna mais propício a abusos e desmandos, sem que seja devidamente controlado, como prevê a Constituição. E isso pode ocorrer com argumentos ditos legítimos, dentro do devido processo legislativo ou político, mas que na prática concentram o poder, que deveria emanar do povo, ao invés de distribuí-lo, contribuindo para o sistema de freios e contrapesos.

No Brasil, a intimidade política partidária entre Executivo, e Legislativo, abre portas para que um Poder atenda aos interesses do outro, de forma recíproca, com a existência de barganhas e consequente aprovação de projetos que não atendem à finalidade pública, mas sim partidária.

O Poder Judiciário e Ministério Público ficam alheios a esta prática, por duas razões, a saber. A primeira, é que a base dos Poderes, Executivo, e Legislativo, é o sufrágio universal, havendo mais identidade entre ambos. O Judiciário tem sua base na própria constituição do Estado Democrático de Direito, se afastando formalmente da estrutura basilar dos outros dois. A segunda razão reside na forma de exercício do poder, onde o Judiciário tem que ser, via de regra, provocado, e Executivo e Legislativo detém liberdade de iniciativa, sendo ambos modulados, indiretamente pelo primeiro.

A possibilidade desta modulação, muitas vezes impulsionada por instituições independentes, na maioria dos casos, o Ministério Público, gera uma reação no sentido oposto, de tentativa de fugir

---

---

a este controle, e autoblindagem. Este desgaste natural do exercício das atividades típicas pode gerar reação em tom de descontentamento, sendo de certa forma natural que os segmentos do Estado, poderes e instituições, divirjam entre si.

Nesse prisma, a grande identidade entre Executivo e Legislativo, mormente em razão da política partidária e do sistema eleitoral brasileiro, tende a concentrar poder, na tentativa de não perder espaço dentro do Estado.

Esse tipo de embate enfraquece a atividade estatal, pois desvirtua seu foco, que deve o comando do Estado e sociedade, direcionando energia para embates entre segmentos públicos, para manter o controle e o poder.

O professor Osvaldo Ferreira de Melo<sup>9</sup> explica:

A arte de viver é uma constante colocação de estética na convivência. É isso que precisamos enfatizar, ou seja, a possibilidade de criar ambiente favorável para nele medrar a tolerância, o pluralismo de idéias, a aceitação dos valores do outro, sob o pressuposto do respeito recíproco, ou seja da tolerância, no sentido amplo.

O pensamento trazido por Melo pode ser usado como ponto de interpretação da situada separação, independência, e harmonia entre os Poderes. No atual sistema político, a aceitação dos valores do outro sob o pressuposto do respeito recíproco, como mencionado acima, é fundamental para que o exercício do poder não se torne pessoal.

## 5 O EXCESSO DE CONCENTRAÇÃO DE PODER

Apesar de expresso no texto constitucional que os Poderes são harmônicos e independentes entre si, neste mesmo texto se percebe um excesso de concentração de poder, sobretudo, nas mãos do Executivo e Legislativo, bastando, para tanto, observar o rol de atribuições e prerrogativas previstas, bem como o poder de mudar a norma.

Apenas para ilustrar, além de controlar o orçamento, escolher e nomear juízes das cortes superiores, do tribunal de contas da união (e Estados), escolher e definir as políticas públicas, dentre outros, o Poder Executivo ainda detém influência político – partidária para imiscuir seus interesses no Legislativo, ampliando sua influência sobre o Estado. Neste ponto, as palavras de Pablo Lucas Verdú<sup>10</sup> que esclarece:

Ainda que o papel legislativo das câmaras parlamentares tenha se reduzido em relação à função normativa do Poder Executivo, também no seio deste último se combate sem sentido contrário ou favorável ao texto destas ou daquelas medidas Na realidade, em todos os níveis – constitucional, administrativo, penal, civil etc. – há uma luta diária dentro do Direito, ou

---

<sup>9</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 62.

<sup>10</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 131.

---

seja, uma luta que se desenvolve conforme normas jurídica prévias, aprovadas pela representação parlamentar e aplicadas pelos juízes.

Por certo, os meios de controle que pesam sobre o Poder Executivo acabam diluídos no excesso de atribuições, inclusive sobre os outros poderes. A influência política e também partidária torna-se fato intrínseco nas livres escolhas que o Executivo faz, como por exemplo, os Ministros do Tribunal de Contas da União e Conselheiros dos Estados, que apreciam suas próprias contas.

Ainda, detém o Poder Executivo a prerrogativa de nomear os Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, onde se percebe que a irradiação de influência percorre todos os setores da administração pública.

Com efeito, os projetos de emendas constitucionais e de leis que o Executivo tem o condão de encaminhar ao Congresso nacional, aliada a influência que detém, desequilibram o sistema de freios e contra pesos, máxime quando, por exemplo, não se observam disposições no sentido de abrir mão do poder pelo Executivo, mas somente de centralizá-lo.

## 6 A AUTOFAGIA DO ESTADO

A concentração de poder traz consequências ao Estado, em especial a diminuição da legitimidade popular. Aos poucos, os interesses e atuações vão ganhando contornos partidários, ao falso argumento de serem legitimados pelo povo, mediante a eleição de parlamentares que ingressam no sistema político já comprometido.

Nesse mesmo prisma, as instituições democráticas têm suas atuações diminuídas, perdendo a capacidade de contestar os atos de quem detém o poder político na mão. O Estado, em que pese o texto consagrado na Constituição Federal, torna-se mais propício a abusos e excessos, e a sociedade, por sua vez, mais suscetível a tais intromissões em seus direitos e garantias individuais. Não por acaso, que Pablo Lucas Verdú<sup>11</sup> alerta:

Por mais Liberal que seja o Estado contemporâneo, ele tem um caráter impositivo tremendo, ameaça liberdades tradicionais, tende a promover a homogeneização social em determinados campos, enquanto, paradoxalmente, deixa praticamente intactas posições privilegiadas dos setores vinculados ao poder ou daqueles que estão instalados no *establishment*.

Entende-se necessário e salutar o resgate da prerrogativa estatal de ter equilibrado seus Poderes constituídos, assim como suas instituições. A título de ilustração, o resgate de Membros do Ministério Público, e Poder Judiciário, poderem exercer atividade político partidária – com restrições – traria de volta, a par de incrementar a discussão de idéias, um meio de controle e fiscalização dos Poderes, como estabelecido pela Constituição.

---

<sup>11</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 134.



---

Nesse mesmo espectro, a imposição de restrições às indicações puramente políticas para cargos públicos do alto escalão, que transbordam de um poder para o outro, sem a menor dificuldade, em especial do Executivo para o Judiciário, onde se deve exigir a imparcialidade do Julgador.

Com maior controle sobre a administração, esta se torna mais transparente, e a legitimidade popular se fortalece, mormente quando o povo tem a possibilidade de enxergar os atos estatais, e fazer seus reclames às instituições competentes, que poderão agir na correção das falhas.

O povo é o destinatário dos serviços e atividades públicas, em razão de que irradia o Poder para que os entes públicos constituídos o exerçam em seu nome. As formas de controle devem ser equilibradas, de maneira que um Poder não se sobressaia sobre o outro, colocando em risco o equilíbrio do Estado, e conseqüentemente o exercício de direitos e garantias.

Importa ressaltar, que os meios de concentração de poder vêm disfarçados de legítimos, dentro do regime democrático ao qual o Brasil se submete. A possibilidade de influência político partidária decorrente desta atividade disfarçada de legítima é que permeia a política estatal, fazendo com que alguns segmentos determinados, em detrimento de outros, se infiltrem na máquina pública, em todos os setores. Há fartos exemplos desta situação, como ingresso de pessoas visceralmente ligadas ao Executivo no Judiciário, sem restrição legal, ou mesmo de parlamentares no Executivo, atendendo siglas partidárias. Nesse viés, Norberto Bobbio, em “O FUTURO DA DEMOCRACIA”<sup>12</sup>, ao tratar do sistema italiano, traz uma sensação que pode ser traduzida no sistema brasileiro, ao ponderar que:

Uma das chagas do nosso parlamentarismo, tantas vezes denunciada e tão pouco medicada, é a proliferação das assim chamadas “leizinhas” [“leggine”] que são precisamente o efeito da predominância de interesses particulares, de grupo, de categoria, no pior sentido da palavra, corporativos. E se trata exatamente de uma chaga e não de um efeito benéfico, exatamente de um dos aspectos degenerativos dos parlamentos, que deveriam ser corrigidos e não agravados.

Sem olvidar da liberdade de escolha do Chefe do Executivo, atenta-se para o fato da possibilidade de influência e troca de interesses, passando-se ao largo de alguma situação concreta. Este mera possibilidade tem o condão de traduzir as fragilidades do atual sistema, o qual carece de uma reforma que imponha maiores limites e responsabilidades no trato da máquina pública, sob pena de confusão entre Estado e Governo, a qual pode culminar na autofagia do Estado Democrático de Direito.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que uma premissa estabelecida no texto constitucional, a independência e harmonia entre os Poderes de Estado se constituem em verdadeiro ponto de equilíbrio do Estado. Quebrado

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 62.

---

este, os direitos e garantias fundamentais duramente conquistados correm riscos de abusos e omissões.

A quebra mencionada, no atual sistema político nacional, decorre da possibilidade de excesso de concentração de poder, e possibilidade influência político partidária, notadamente do Poder Executivo sobre os demais segmentos da Administração. Esta possibilidade tem o condão de imiscuir a ideologia partidária na máquina administrativa, fazendo confusão entre Estado e Governo. A partir daí, disfarçado de legítimo, o poder, que deveria emanar do povo, passa por um filtro tamanho, onde a verdadeira vontade exercida é a do governo. O controle torna-se mais difícil, diminuindo a força popular.

Necessária, pois, a imposição de limites nos atos da Administração, que retirem a possibilidade de influência partidária entre os diversos setores, na busca de uma impessoalidade mais sólida. Em especial, a transição de cargos do alto escalão dos Poderes, que atualmente pela Constituição vigente, ocorre sem limites definidos, abrindo espaço para que, sobretudo, o Executivo ganhe força em detrimento dos demais Poderes, e tenha sua vigilância diminuída.

A proposta não é de fácil execução, sobretudo sem comprometer a necessária liberdade que o administrador deve ter na condução da máquina, e sem comprometer o regime democrático.

## 7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 1 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n.º 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 1 jul. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução, Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

# O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES NO CENÁRIO JURÍDICO NACIONAL

Jean Aquiles Teodoro Lemos<sup>1</sup>  
Anemari Socreppa<sup>2</sup>

Recebido em: 22 jun. 2016  
Aceito em: 08 jul. 2016

**Resumo:** O presente trabalho versa sobre o ativismo judicial, o qual está tendo um grande avanço entre os poderes que regem o Estado. É apresentado sob a forma de artigo atendendo a requisito obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela UNIARP – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. Para melhor compreensão, como resultado da pesquisa, o relato é dividido em três itens. Na primeira parte será abordada a teoria de Montesquieu acerca da separação dos poderes com análise junto ao sistema de freios e contrapesos. Em um segundo momento, o estudo apontará sobre a atuação de cada poder estatal. No terceiro item, relata-se a respeito da atuação do judiciário em meio aos outros poderes. O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Limites.

## JUDICIAL ACTIVISM AND ITS LIMITS IN THE NATIONAL LEGAL SCENARIO

**Abstract:** This paper deals with the judicial activism, which is having a breakthrough between the powers governing the state. It is presented in the form of article serving mandatory requirement for the degree of Bachelor of Law from UNIARP - University Alto Vale do Rio do Peixe. For better understanding, as a result of the research, the report is divided into three items. In the first part will be addressed to Montesquieu's theory of separation of powers analysis along with the system of checks and balances. In a second phase, the study will point about the performance of each state power. The third item is reported about the judicial practice among the other powers. The study makes use of the inductive method associated with the bibliographic research using descriptive production and observing the Standardization of Academic University Alto Rio do Peixe Valley (UNIARP) and rules of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT).

**Keywords:** Judicial activism. Separation of powers. Limits.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva o estudo e discussões acerca do ativismo judicial, o qual está tendo um grande avanço entre os poderes que regem o Estado.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador/SC.

<sup>2</sup> Professora Titular da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. Técnica Judiciária Auxiliar do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Campus Videira. Mestranda do Mestrado Interdisciplinar em Desenvolvimento e Sociedade pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador/SC.

---

A finalidade do estudo será demonstrada através da teoria da separação dos poderes e seu sistema de freio e contrapesos, fazendo um breve levantamento das competências e funções dos poderes, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, e também, do Ministério Público.

A grande intenção desta pesquisa é verificar a atual presença do ativismo judicial, e verificar até onde pode chegar sem que possa interferir de forma drástica a atuação dos outros poderes.

A atuação independente e harmônica entre os poderes que regem o nosso Estado é uma peça fundamental para que não ocorram abusos, ou seja, cada poder freia o outro, visto que esse é o grande fundamento da teoria da divisão dos poderes.

Porém, até onde um dos poderes pode avançar para que supra a falta ou a falha da atuação de outro poder?

Dentre as visíveis mudanças no cenário jurídico nacional, vê-se presente o ativismo judicial, como forma de proteção dos direitos violados ou não concretizados pelos Poderes Legislativo e Executivo, através de suas políticas públicas. Desta forma, cumpre analisar, com fundamento no princípio da separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos, qual o limite da atuação do Poder Judiciário.

O presente estudo é importante e necessário para que se possa verificar esta postura proativa do Poder Judiciário, que vem invadindo o espaço dos outros Poderes Estatais, ou seja, vem atuando na esfera legislativa e na executiva.

O fenômeno Ativismo Judicial é a forma de atender a sociedade quando o legislativo ou o executivo não estão satisfazendo. As decisões do Judiciário vêm resolvendo muitas questões polêmicas como, por exemplo, o casamento homoafetivo, ou as pesquisas com células tronco. A relevância social deste estudo é verificar o limite desta atuação para que não acabe afetando demasiadamente o funcionamento dos outros poderes estatais que são de extrema vitalidade para nosso País.

## **2 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS.**

A estrutura da divisão dos poderes surgiu com o filósofo grego Aristóteles, o qual descrevia que o Estado possuía três funções distintas exercidas pelo monarca: a função de editar normas gerais a ser seguidas por todos, a de sobrepor estas normas em prática no dia-a-dia e a função de julgamento, eliminando a desordem na execução das normas nos casos concretos. Esta teoria foi escrita em sua obra "*Política*".<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 513.

Pedro Lenza relata que:

Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontestável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de *Luís XVI* reflete tal descrição: “*L’Étatc’est moi*”, ou seja, “o Estado sou eu”, soberano.<sup>4</sup>

Deste modo, Aristóteles conseguiu mostrar que o Estado, apesar de ser controlado por um único órgão, era exercido por três funções estatais distintas.<sup>5</sup>

André Ramos Tavares remete a estudos de Nuno Piçarra, o qual diz que a teoria da constituição mista, concretamente, é que compõe a origem histórica antiga da doutrina, apesar de a teoria da separação dos poderes referir-se à Antiguidade greco-romana, abrangendo a garantia da liberdade individual, e essa é de origem moderna, tendo surgido mais precisamente na Inglaterra do século XVII, sendo esta, a linhagem histórica mais conexa.<sup>6</sup>

Sobre o assunto, expõe José Afonso da Silva:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.09.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.<sup>7</sup>

Montesquieu também protegeu a ideia de poder limitado, assim como Locke. O pensador francês, em sua também admirável obra de *I’ esprit des lois*, reconheceu que o homem empossado no poder tende espontaneamente a dele abusar até que se depare com limites. E assegurou que só pode limitar o poder pelo próprio poder. Deste modo, criou a ideia de que há necessidade de se criar outro poder capaz de limitar o próprio poder.<sup>8</sup>

Ainda, afirmou que no Estado existem três poderes, incumbidos de desempenho de funções distintas, a de legislar, a função de administrar e a função de julgar, compondo respectivamente o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial. Montesquieu alertou acerca da liberdade política no Estado, para tê-la, é necessário que estes três poderes não estejam reunidos nas mãos de um único órgão. Portanto, é indispensável que eles se dividam por entre órgãos distintos, de sorte que

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 513.

<sup>5</sup> Ibid., p. 513.

<sup>6</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1137.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 109.

<sup>8</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2010. p. 972.

---

possa cada um deles, sem usurpar as funções do outro, evitar que os demais abusem de suas funções. Dessa forma o escritor apontou para além de uma divisão de funções, de haver uma recíproca limitação de poderes, e isso só era possível se os poderes fossem exercidos por instituições distintas. O pensamento do grande autor influenciou na elaboração da Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787.<sup>9</sup>

Importante mencionar o que Dirley da Cunha Junior que relata em sua obra:

Esse sistema de interferências recíprocas, encerrado na conhecida fórmula *checks and balances*, já havia sido apontado por Montesquieu, como acima sublinhado, como uma providência necessária para que um poder pudesse limitar o outro poder.<sup>10</sup>

No Brasil, esse sistema de controle mútuo é revelado nas funções típicas e atípicas que cada órgão do Estado mantendo a harmonia e o equilíbrio como será mostrado nos próximos itens deste trabalho.

### **3 DOS PODERES LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

O Poder Legislativo no Brasil é exercido por órgãos próprios e independentes aos quais se atribuiu a competência legislativa das entidades federadas. Em razão da forma federal de Estado e de sua estrutura tríplice, a Constituição brasileira proveu a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de competência legislativa que a exercem por meio de seus órgãos legislativos próprios. Por isso, há entre nós órgãos legislativos da União (*congresso nacional*), dos Estados (*Assembleia Legislativa*), do Distrito Federal (*câmara Legislativa*) e dos Municípios (*Câmara de Vereadores*).<sup>11</sup>

A função legislativa de competência da União é exercida pelo Congresso Nacional, que se compõe da *Câmara dos Deputados* e do *Senado Federal*, integrados respectivamente por Deputados e Senadores.<sup>12</sup>

No Brasil, que adota a forma federativa de Estado e a considera intocável, o Poder Legislativo de âmbito nacional biparte-se, em sua estrutura interna, sendo por isso considerado bicameral.<sup>13</sup>

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 972.

<sup>10</sup> Ibid., p. 973.

<sup>11</sup> CUNHA JUNIOR, 2010, p. 975.

<sup>12</sup> SILVA, 2007, p. 509.

<sup>13</sup> TAVARES, 2009, p. 1178.

---

patrimonial do Poder Executivo.<sup>14</sup>

As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.<sup>15</sup>

O Poder Executivo pode dizer-se, de modo geral, que se trata de órgão constitucional que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração.<sup>16</sup>

Porém um dado é certo. O Poder Executivo é um dos órgãos políticos do Estado, que tem por competência institucional a condução das atividades de Estado, Governo e Administração Pública. Enquanto órgão que exerce a chefia de Estado, representa internacionalmente o Estado; enquanto órgão de chefia de governo, dirige a vida política nacional, executando as políticas públicas adotadas pela Constituição e pelas leis; e enquanto órgão de chefia de administração presta os serviços públicos necessários para atender as necessidades coletivas.<sup>17</sup>

O Judiciário constituiu um dos três poderes reconhecidos expressamente pela Constituição da República (art. 2º), sendo independente em relação aos demais; a ele foi atribuída a tarefa de declarar o Direito e de julgar.<sup>18</sup>

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.<sup>19</sup>

O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.<sup>20</sup>

#### 4 ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES

Num primeiro momento, faz-se necessário ter em mente que a judicialização em um grau de

---

<sup>14</sup> MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 375.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 375.

<sup>16</sup> SILVA, 2007, p. 542.

<sup>17</sup> CUNHA JUNIOR, 2010, p. 1030.

<sup>18</sup> TAVARES, 2009, p. 1146.

<sup>19</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 446-447.

<sup>20</sup> SILVA, 2007, p. 597-598.

---

ativismo, que será estudada neste capítulo, surge em razão de uma necessidade do coletivo, de certa forma uma resposta direta para a penúria que abrange alguns poderes que regem a atual sociedade.

O neoconstitucionalismo, ou novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.<sup>21</sup>

Luiz Roberto Barroso aponta três marcos fundamentais para o novo estágio do constitucionalismo, o histórico, o filosófico e o teórico, como mostra-se a seguir:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.<sup>22</sup>

Com o neoconstitucionalismo, a defesa por uma maior atuação do Poder Judiciário em questões de cunho moral e político se mostra mais e mais patente, o que leva à judicialização da política e à ideia de ativismo judicial no campo constitucional.<sup>23</sup>

Em um primeiro momento, não se pode confundir essas duas ideias, para tanto Luiz Roberto Barroso os diferencia:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de

---

<sup>21</sup> CUNHA JUNIOR, 2010, p.1030.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Forense, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acessado em: 06 out 2015. p. 15.

<sup>23</sup> MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Reflexões sobre o ativismo judicial**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, nº. 27, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/12339/12541>>. Acesso em: 06 out 2015. p. 162.

---



---

interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>24</sup>

A imprescindível proteção dos direitos fundamentais e da vontade da Constituição fez com que o Poder Judiciário passasse a decidir casos que, mesmo sendo de essência política, ficaram no esquecimento do Poder Legislativo e do Poder Executivo.<sup>25</sup>

Os teóricos adeptos da atuação ativista e intervencionista do judiciário argumentam que em face da mudança de paradigma da hermenêutica constitucional, perspectiva trazida com o pensamento dito neoconstitucionalista, rechaça-se a possibilidade de certos limites jurisdicionais, propondo inclusive uma “nova leitura” do princípio da separação dos poderes, dos ideais de democracia participativa e de questões orçamentárias – reserva do possível -, o que implica uma ampliação, quase que ilimitada, da intervenção jurisdicional nos demais poderes.<sup>26</sup>

Quanto à “releitura” e a uma possível “superação” da Separação dos Poderes, urge destacar que a doutrina constitucional reconhece que, em virtude da complexidade social apresentada pela coletividade contemporânea, o princípio de contenção dos Poderes do Estado perde cada vez mais força como um ideal clássico pensado por seu idealizador francês.<sup>27</sup>

Sem adentrar no mérito daquelas tendências teóricas, não se pode deixar de apontar para os riscos que trazem para a manutenção do Estado Democrático de Direito.<sup>28</sup>

Nesse sentido expõe João Maurício Adeodato:

Dentro desse debate sobre os limites à criatividade do Judiciário, pode-se considerar a preponderância da atividade judicante na concretização, sobretudo por parte das Cortes mais altas, como uma realidade prejudicial ao Estado Democrático de Direito, pois o Judiciário passa a ser o guardião do conteúdo moral do direito e, ao invés de a moral limitar o direito, como parece ser a intenção de jusfilósofos como Ronald Dworkin, pode acontecer exatamente o contrário: a inserção direta de princípios morais nas questões jurídicas, através de uma “moral do judiciário”, faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo ampliem-se a níveis preocupantes no contexto democrático.<sup>29</sup>

Por outro lado, não se pode ignorar a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, ao recordar que as “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, nº. 4, Jan/Fev 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 06 out 2015. p. 6

<sup>25</sup> MEDEIROS; NELSON, loc. cit.

<sup>26</sup> ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde**. “o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?”. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 7

<sup>27</sup> ROCHA, op. cit., p. 83.

<sup>28</sup> BERNARDO, 2009, p. 4.

<sup>29</sup> ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 178.

---

---

momentos excepcionais, tornasse 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 tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”<sup>30</sup>

Dessa forma, o ativismo judicial até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.<sup>31</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Vivencia-se no Brasil, e também em outros países, um momento de descrédito dos nossos representantes políticos, uma crise funcional do poder legislativo e executivo. Portanto o Judiciário teve uma maior ascensão.

O presente artigo buscou deliberar sobre uma possível limitação deste ativismo judicial, para que assim, preserve-se a teoria da separação dos poderes. Para tanto, utiliza-se de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial a fim de se obter respostas aos questionamentos apresentados no corpo do texto.

Como se sabe, a separação dos poderes se pauta na independência e na harmonia entre os órgãos. Assim, por mais que não haja uma subordinação entre os poderes, estes devem estar em consonância. Além disso, cria-se uma estrutura de controle recíproco, como um sistema de freios e contrapesos, tudo em prol do balanceamento necessário à realização do bem da coletividade e imprescindível para evitar que um poder usurpe o outro, sistema este já apontado por Montesquieu.

Dito isso, este trabalho buscou demonstrar que existe um ativismo judicial, e que ele vem sendo demonstrado em diversos julgamentos.

Há teorias favoráveis a aplicação desta atividade e outras que não concordam. Vê-se que, de fato, o ativismo judicial é muito importante para que se alcance os direitos fundamentais que a própria Constituição nos garante e que nosso Estado não consegue fornecer por omissão de quem foi eleito.

Conclui-se que, devido ao atual momento do Brasil, nossa política se tornou muito disfuncional e sem representatividade, não havendo uma efetividade das funções de determinados órgãos, como o

---

<sup>30</sup> MORAES, Alexandre. **As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, 2012. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67946-89378-1-pb.pdf>>. Acesso em: 06 out 2015. p. 282-283.

<sup>31</sup> BARROSO, 2009, p 19.

---

legislativo e o executivo, fazendo com que o judiciário ganhe mais representatividade.

O Ativismo judicial é realmente necessário haja vista essa crise política em que vivemos, ultimamente só se conseguiu ter avanço em direitos fundamentais graças a essa atuação, e de um modo geral, por mais estranho que pareça, só tem repercussão certos temas quando estes vão para o Judiciário.

Dessa forma, faz-se necessário uma ponderação da atuação do Judiciário, para que ele possa garantir os direitos fundamentais, até que haja uma reforma da nossa política para que o Executivo e o Legislativo voltem a ter credibilidade e presença, perpetuando nossa democracia.

## 7 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004.

BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Forense, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>.

BERNARDO, Leandro Ferreira. **Ativismo judicial e estado democrático de direito**. Revista Jurídica. v. 11. Nº 93, 2009. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-1-n-1.../anexo>>.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Reflexões sobre o ativismo judicial**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, nº. 27, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/12339/12541>>.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre. **As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, 2012. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67946-89378-1-pb.pdf>>.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e direito à saúde: “O Direito consiste nas profecias do que de Fato farão os Tribunais”?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

# A TIPIFICAÇÃO PENAL DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Flávio Schlickmann<sup>1</sup>  
Narciso Barros Pontes<sup>2</sup>  
Maria Angelica Ongaratti<sup>3</sup>

Recebido em: 07 abr. 2016  
Aceito em: 21 jul. 2016

**Resumo:** O Estatuto da Criança e do Adolescente foi passo importante no estabelecimento de direitos e deveres das crianças e adolescentes. A violência contra as crianças e adolescentes está enraizada na sociedade brasileira e se manifesta de diversas formas, sendo elas físicas, psicológica, negligência e abandono e a violência sexual. A violência sexual é uma das formas mais gravosas de impor as crianças e adolescentes sofrimentos, notadamente pelo caráter permanente dos atos praticados. A legislação penal brasileira em mudanças datadas do ano de 2009, efetuou no Código Penal mudanças significativas em relação a tipificação e efetiva punição do crimes de violência sexual contra crianças e adolescentes, através do crime de estupro de vulnerável. Neste ponto, o presente artigo busca analisar a evolução da violência sexual contra crianças e adolescentes sob a ótica do direito penal. Com relação à metodologia empregada, adotou-se o método indutivo de pesquisa, o qual parte da análise de casos específicos para se chegar à conclusão do tema.

**Palavras-chave:** Criança e adolescente. Violências. Violência Sexual. Estupro de Vulnerável.

## CRIMINAL TYPE OF SEXUAL VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND YOUNG PEOPLE

**Abstract:** The Statute of Children and Adolescents was an important step in establishing rights and duties of children and adolescents. Violence against children and adolescents is rooted in Brazilian society and manifests itself in many ways, they are physical, psychological, neglect and abandonment and sexual violence. Sexual violence is one of the most serious ways to enforce children and adolescents suffering, especially the permanent character of the acts performed. Brazilian criminal law in changes dating from 2009, made significant changes in the Criminal Code in relation to classification and effective punishment of crimes of sexual violence against children and adolescents, through the vulnerable crime of rape. At this point, this article seeks to analyze the evolution of sexual violence against children and adolescents

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2015). Especialista em Ciência Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2011). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2007). Professor da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI nas cadeiras de Direito Penal (Parte Geral), Núcleo de Prática Jurídica (Direito Penal), Estágios Especializantes (Penal). Advogado (OAB/SC 26.814). E-mail: [schlickmann@univali.br](mailto:schlickmann@univali.br).

<sup>2</sup> Acadêmico do 7º período, matutino, do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, do Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS. Bolsista do Grupo de Extensão-PROTEJÁ, campus Balneário Camboriú. E-mail: [narciso.pontes@hotmail.com](mailto:narciso.pontes@hotmail.com).

<sup>3</sup> Acadêmica do 7º período, matutino, do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, do Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS. Bolsista do Grupo de Extensão-PROTEJÁ, campus Balneário Camboriú. E-mail: [neka.ongaratti@live.com](mailto:neka.ongaratti@live.com).

---

under the view of criminal law. Regarding methodology, we adopted the inductive method of research, which part of the specific case analysis to conclude the subject.

**Keywords:** Children and adolescents. Violence. Sexual Violence. Rape vulnerable.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central investigar a tipificação penal da violência sexual contra crianças e adolescentes.

Inicialmente, o artigo trata de considerações sobre a criança e adolescentes, tratando especificamente da evolução no tratamento dos direitos das crianças e adolescentes. Estuda-se o histórico das violências e percebe-se que as mesmas ocorrem independentemente de qualquer fronteira. Conceitua-se no presente artigo os termos criança e adolescentes nos termos do ECA.

No artigo aborda-se ainda o conceito de violências cometidas contra a criança e adolescente, em suas mais variadas formas. Ao final, estuda-se a violência sexual cometida contra crianças e adolescentes e a tipificação penal através do crime de estupro de vulnerável.

Nas diversas fases deste artigo, empregou-se o método indutivo à pesquisa desenvolvida, sendo operacionalizado através das técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica dos conceitos operacionais.

## 2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CRIANÇA E ADOLESCENTE

Ao abordar-se o tema violência contra criança e adolescentes, faz-se necessário analisar algumas questões relativas aos mesmos.

Nesse sentido, ao se estudar a proteção destinada às crianças, na visão de Coelho<sup>4</sup>, estuda-se:

[...] a própria evolução dos direitos humanos, é uma obrigação social e, por que não dizer, uma obrigação jurídica. O ser criança já não é mais uma passagem provisória para se alcançar o status de adulto. Já não se concebe a criança sujeita ao poder exclusivo e ilimitado do pátrio poder. Hoje, a criança é um sujeito de direitos, não um mero objeto de ações governamentais.

Assim, proteger a criança é uma obrigação social, uma vez que esta não mais pode ser entendida como sendo somente a passagem para a vida adulta, mas sim como verdadeiro sujeito de direitos.

### 2.1 HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA

A violência contra crianças e adolescentes não conhece fronteiras sejam elas de ordem econômica, social, cultural, religiosa, sexual, de origem étnica ou qualquer outra, pois:

---

<sup>4</sup> COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A proteção à criança nas Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 93.

Estudos têm exaustivamente demonstrado que a violência sexual contra crianças e adolescentes ocorre em todos os estratos sociais (Gauderer e Morgado, 1992), não se limita a determinada etnia ou credo, independe de regimes políticos e econômicos, pode atingir crianças e adolescentes em todas as faixas etárias dentro e fora do ambiente familiar (Azevedo, 1989) e sua frequência é bem maior do que a estimada (Bittencourt, 1995).<sup>5</sup>

Se a história não é suficiente para demonstrar com exatidão como se chegou ao ponto de violência que campeia a sociedade, ela é, sem dúvidas, indispensável para compreender-se o que trouxe a situação até aqui. É preciso entender que processos sócios históricos transformaram as crianças e adolescentes em focos de violentadores e isso só é possível com a reconstrução histórica da violência infanto-juvenil em suas múltiplas facetas. Como se verifica:

[...] as antigas civilizações não reconheciam as mulheres e crianças como cidadãos. Elas sofriam as mais diversas formas de violência, sem que isso fosse considerado um agravo. Tal situação perpetuou-se por muito tempo, e ainda hoje essas parcelas da população, apesar de todo avanço alcançado na luta pelo cumprimento dos direitos de cidadania, ainda são subjugadas.<sup>6</sup>

Insta, porém, antes tudo, analisar-se o conceito de violências e apontar suas possíveis razões, nesse ponto nos interessa aqueles elaborados pelo Ministério da Saúde do Brasil.<sup>7</sup>:

Pesquisadores [...] têm definido a violência como um fenômeno gerado nos processos sociais, levando as pessoas, grupos, instituições e sociedades a se agredirem mutuamente, a se dominarem, a tomarem à força a vida, o psiquismo, os bens e/ou o patrimônio alheio. Dessa forma e, para efeitos de maior compreensão, pode-se dizer que existe uma violência estrutural, que se apoia socioeconômica e politicamente nas desigualdades, apropriações e expropriações das classes e grupos sociais; uma violência cultural que se expressa a partir da violência estrutural, mas a transcende e se manifesta nas relações de dominação raciais, étnicas, dos grupos etários e familiares; uma violência da delinquência que se manifesta naquilo que a sociedade considera crime, e que tem que ser articulada, para ser entendida, à violência da resistência que marca a reação das pessoas e grupos submetidos e subjugados por outros, de alguma forma (Minado e Assis, 1993).

Na mesma linha Cardoso, Santana e Ferriani<sup>8</sup>, classificam a violência em quatro grupos:

[...] violência estrutural, decorrente do sistema político ideológico vigente que define as regras sócio-econômicas, determinantes das desigualdades sociais (desemprego, miséria e exclusão social); violência cultural, oriunda da violência estrutural e se manifesta mediante dominação racial, de gênero e étnica, dos grupos etários e familiares; violência da delinquência, a mais conhecida e considerada por lei como crime – roubo, assassinato, sequestro, entre outros – e violência de resistência, exercida por determinados grupos historicamente discriminados como os negros, os homossexuais, mulheres e índios, que

<sup>5</sup> PAIXÃO, Ana Cristina Wanderley da. DESLANDES, Suely Ferreira. **Análise das Políticas Públicas de Enfrentamento da Violência Sexual Infantojuvenil**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n1/09.pdf>, acesso em 25/03/2015.

<sup>6</sup> SOUZA, SL. **A violência vivenciada por adolescentes trabalhadores de rua** [dissertação de mestrado]. Salvador (BA): Universidade Federal da Bahia; 2000, p. 2.

<sup>7</sup> BRASIL. **Violência contra a criança e o adolescente: proposta preliminar de prevenção e assistência á violência doméstica**. Brasília: MS, SASA, 1997. p. 8.

<sup>8</sup> CARDOSO, Emanuela da Silva. SANTANA, Judith Sena da Silva. FERRIANI, Maria das Graças Carvalho. **Criança e Adolescente Vítimas de Maus-Tratos: Informações dos Enfermeiros de um Hospital Público**. Disponível em <http://www.facenf.uerj.br/v14n4/v14n4a06.pdf> acesso em 18/05/2015.

---

lutam por seus direitos e igualdade social.

Isso já sugere que qualquer política de enfrentamento da violência infanto-juvenil que não passe antes pela entrega de uma melhoria na qualidade de vida do conjunto da sociedade – notadamente do ponto de vista dos processos educacionais - muito dificilmente surtirá efeitos satisfatórios.

O que se revela com a remontagem da história de violências infanto-juvenil é que as políticas adotadas pelo Estado Brasileiro, conforme Paixão<sup>9</sup>:

[...] aponta para a fragilidade e pouca eficiência dos sistemas legislativos, judiciários, educacionais, de assistência social e de saúde em prover e promover à infância e adolescência a proteção que lhes é devida (Child Welfare Information Gateway, 2003).

Desta feita, a pouca eficiência dos sistemas, aliados a história da violência infanto-juvenil, demonstram com clareza que há uma persistência dos diversos tipos de violência. Nesse sentido, entende Gama<sup>10</sup> que:

De acordo com Faleiros & Faleiros (2008), a história da violência contra crianças e adolescentes denota a persistência de diferentes tipos de agressões (físicas e psicológicas) e a disseminação dessas práticas nas instituições sociais.

Compreender os diversos tipos de violência a que as crianças e adolescentes estão sujeitos implica fazer um resgate histórico acerca do que se entende por criança nas diversas fazes da história, através desse será possível perceber como crianças e adolescentes, ao longo do tempo, foram envolvidos em diversas relações de violências e maus-tratos e, mais, isso ocorrendo até por parte daquelas instituições sociais que, em regra, são responsáveis pela sua segurança e cuidado.<sup>11</sup>

Logo, as paulatinas transformações sócio-culturais exigiram um maior engajamento de todos na luta pela proteção das crianças – que passa a figurar como sujeito de direito – naturalmente, essa nova visão do sujeito infantil se contrapunha àquela de dominação e disciplinamento que marca a história há muito tempo.<sup>12</sup>

Remontando uma parte da história mais longínqua, vê-se que:

Na Grécia Antiga, de acordo com Faleiros & Faleiros (2008) a alegria da criança filha de cidadão, educada no gineceu por meio de mitos, fábulas e música, contrastava com a tristeza

---

<sup>9</sup> PAIXÃO, Ana Cristina Wanderley da. DESLANDES, Suely Ferreira. **Análise das Políticas Públicas de Enfrentamento da Violência Sexual Infantojuvenil**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n1/09.pdf>, acesso em 25 de março de 2015, p. 2.

<sup>10</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso**. Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015, p. 11.

<sup>11</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso**. Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015, p. 11.

<sup>12</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso**. Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015, p. 11.

---



---

do filho do escravo, de quem ressoava dolorido o lamento da venda próxima ou de destino ainda mais cruel. Em Esparta, o Estado assumia a responsabilidade de educar seus futuros guerreiros em princípios cívicos e militares logo aos sete anos de idade. A pedagogia militar de então: exercícios físicos realizados até a exaustão, fome e espancamentos. Os jovens começavam a tomar parte na Assembléia com cerca de 15 anos e, depois de passar por várias provas, eram, antes de completar 20 anos, incorporados como cidadãos. Permaneciam alistados até os 30, 35 anos de idade. Uma dessas provas, para a elite, consistia em matar um escravo que fosse encontrado pelas ruas da cidade. Aos escravos, era destinado somente o trabalho braçal. Em Atenas, o serviço militar durava dois anos e somente se iniciava aos 18 anos de idade. Antes disso, a educação doméstica e em escolas de grandes mestres predominava na vida da criança de elite. Platão recomendava a educação para a cidadania, desde que controlada pelos magistrados e membros dos conselhos mais elevados.<sup>13</sup>

Por isso, se nota que nos agrupamentos humanos mais distantes de nosso período histórico já era possível verificar uma espécie de legitimação da violência infanto-juvenil.

Pode-se observar comportamentos semelhantes em movimentos de grande envergadura histórico-mundial mais recente, como o Iluminismo:

Com o Iluminismo, ampliou-se a circulação de novas idéias durante os séculos XVII e XVIII, a industrialização e o crescimento urbano acelerado tornam os indivíduos anônimos, no século XIX, a adolescência passa a ser delimitada, identificada, esquadrinhada e controlada. O século XX inaugura a linha de produção em série e a intensa exploração do trabalho infanto-juvenil, provoca por um lado, mudanças nas famílias e problemas sociais e de saúde coletiva, e por outro, o surgimento de políticas para a proteção de crianças e adolescentes. De uma realidade do capitalismo industrial de meados do século XIX, em que as crianças trabalhavam por mais de 16 horas, avançamos ao final do século XX para um paradigma de proteção integral.<sup>14</sup>

Porém, foi nesse mesmo período, final do século XX, que se teve um grande avanço do conhecimento psicológico versando sobre o sujeito infantil. Contando com a contribuição, às vezes dicotômica nos posicionamentos, mas fundamentais para a formação de uma concepção de infância “[...] dos teóricos do desenvolvimento humano, destacando-se Freud, Piaget, Vygotsky, Makarenko, Wallon e Watson.”<sup>15</sup>

Olhando de forma mais detida ao cenário de violência infantil à brasileira, observa-se que o Brasil, desde os anos 1500 até 1822, foi colônia de exploração de Portugal e, como tal, recebia de Lisboa todo o conjunto normativo que se devia aplicar por aqui. Não fugia a essa regra as leis e ordens para as crianças que brotavam da sede do reino português.

---

<sup>13</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso.** Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015. p. 12.

<sup>14</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso.** Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015. p. 13.

<sup>15</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso.** Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015. p. 13.

---

Esses regramentos para as crianças por sua vez eram aplicados através da burocracia já organizada, dos representantes da corte e da Igreja Católica. Ressalte-se que nesse momento histórico a Igreja e o Estado agiam em unidade de desígnios, de modo que os Padres Jesuítas tinham o dever de “cuidar das crianças indígenas”, batizá-las e incorporá-las ao trabalho.<sup>16</sup>

Mais uma vez se verificando que o que se entende por criança hoje: um ser em desenvolvimento que precisa de cuidado, proteção e amplo espaço para desenvolver todas as suas potencialidades física, psíquicas e sociais, inclusive através dos processos de educação formal, não eram compreendidas sob essa ótica, dando lugar, por consequência, aos processos de violência.

A história recente do Brasil também registra momentos de aceitação da violência infanto-juvenil velada sobre a bandeira da necessidade de desenvolvimento do país. Basta ver que em determinado momento histórico nosso país adotou a mão de obra escrava como força de trabalho, sendo, também as crianças e os adolescentes, inseridos nessa lógica desenvolvimentista, reduzidos à condição de mercadoria, como se observa:

A criação de crianças escravas era mais cara que a importação de um escravo adulto, já que com um ano de trabalho o escravo pagava seu preço de compra.<sup>17</sup>

Nem mesmo a Lei do Ventre Livre, de 1871, foi suficiente para evitar que crianças na faixa etária de 08 a 21 anos fossem usadas pelos seus “senhores”, o que só se evitava mediante indenização por parte do Estado, o que dificilmente ocorria.<sup>18</sup> Ademais:

A pobreza também era causa de abandono. As crianças eram deixadas nas portas das casas e, muitas vezes, comidas por ratos e porcos. Esta situação chegou a preocupar as autoridades, levando o vice-rei a propor, em 1726, duas medidas: coleta de esmolas na comunidade e internação de crianças.<sup>19</sup>

Por outro lado:

[...] como era a prática em Portugal, as primeiras iniciativas assistenciais em relação ao recém-nascido no Brasil se deram instalando-se Rodas dos Expostos nos hospitais das Misericórdias ou em prédios anexos. No século XVIII, três foram as Rodas criadas no Brasil: Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738) e Recife (1789), sendo as demais criadas no século

---

<sup>16</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso.** Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015. p. 13.

<sup>17</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso.** Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015. p. 14.

<sup>18</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso.** Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015. p. 14.

<sup>19</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso.** Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015. p. 14.

XIX.<sup>20</sup>

Insta destacar que a proteção da infância, do ponto de vista legislativo, começou a tomar novos contornos em 1902, pois nesse ano o Congresso Nacional discutia a implantação de uma política nacional de assistência e proteção dos menores e delinquentes. A partir daí, em 1903, foi criada a Escola Correccional 15 de Novembro; em 1923 foi autorizada a criação do Juizado de Menores e, em 1924, foram criados os Conselhos de Assistência e Proteção e Proteção aos Menores e o Abrigo de Menores. Sendo consolidada toda essa legislação no Código de Menores de 1927.<sup>21</sup> Sendo editado o segundo Código em 1979.

Apesar de estreito, este resgate histórico permite perceber que a violência, o abandono e os maus tratos são uma constante na vida das crianças e os adolescentes do Brasil. Também é possível observar que as crianças e adolescentes, desde muito cedo, são inseridas em um processo sócio-político de trabalho precoce, futuro subalterno, controle político, dominação e obediência vigiada o que se revela contrário para os padrões adequados para a educação infantil nos nossos dias.

## 2.2 CONCEITOS DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE

Após a adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, em 1990, inaugurou-se no país uma forma nova de perceber a criança e adolescente, tendo sido esta nova forma assimilada pelo Estado ao longo dos tempos.<sup>22</sup>

Nessa direção, o conceito de Criança e de Adolescente está previsto no art.2º do Estatuto<sup>23</sup>, da seguinte forma:

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.

Portanto, o conceito de criança e de adolescente é determinado pela idade, sendo até 12 anos criança e de 12 até 18 anos adolescente.

Importante frisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), assim como a Constituição (1988) e a Convenção sobre Direitos da Criança (1989) ao substituir o termo menor por criança e adolescente se justifica em razão de que o termo menor traz a ideia de uma pessoa que não é possuidor

---

<sup>20</sup> ARANTES, Esther Maria de Magalhães. **Arquivo e Memória sobre a Roda dos Expostos do Rio de Janeiro**. Disponível em [http://www.ufsj.edu.br/portal2repositorio/File/revistalapip/volume5\\_n1/arantes.pdf](http://www.ufsj.edu.br/portal2repositorio/File/revistalapip/volume5_n1/arantes.pdf) acesso em 18/05/2015.

<sup>21</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso**. Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015.

<sup>22</sup> ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da criança e adolescente: direitos e deveres**. Leme: Editora Cronus, 2009. p. 70.

<sup>23</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Art. 2º.

---

de direitos.<sup>24</sup>

Desta forma, para os fins deste artigo, utilizar-se-á a conceituação do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como considerando os mesmos sujeitos de direitos.

### 3 CONCEITO DE VIOLÊNCIAS COMETIDAS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Ultrapassado o resgate histórico da violência Infanto-Juvenil, verifica-se que as formas de violência que as crianças e adolescentes mais estão sujeitas.

Um das espécies mais conhecidas de violência que podem ser praticadas contra crianças e adolescentes é a **Violência física**, que corresponde:

[...] ao uso de força física no relacionamento com a criança ou o adolescente por parte de seus pais ou por quem exerce a autoridade no âmbito familiar. Esta relação de força baseia-se no poder disciplinador do adulto e na desigualdade adulto-criança. A literatura muito controversa em termos de quais atos podem ser considerados violentos: a simples palmada no "bumbum", agressões com armas ou instrumentos e até a imposição de queimaduras, socos, pontapés, entre outros.<sup>25</sup>

Provavelmente esta se notabilize pela facilidade com que suas marcas são percebidas.

Há que se registrar, ainda, que o dissenso que envolve os atos ou comportamentos considerados violentos está diretamente relacionado aos padrões culturais. Disso decorre, que, mesmo a lei definindo os atos violentos praticados contra crianças e adolescentes, levando-se em consideração determinada realidade cultural, esses atos são simplesmente desconsiderados e praticados sem que os envolvidos os encarem como violência.

Cabe ainda mencionar aqui a **violência psicológica**, que se apresenta sob variadas formas e, segundo Gama e Paixão<sup>26</sup>:

[...] evidencia-se como a interferência negativa do adulto sobre a criança e sua competência social, conformando um padrão de comportamento destrutivo. Costuma se apresentar associada a outros tipos de violência.

Outro tipo de violência muito frequente é a **negligência**, por ela compreende-se o fato da família se omitir em prover as necessidades físicas e emocionais de uma criança ou adolescente. Como leciona Gama e Paixão<sup>27</sup>:

---

<sup>24</sup> ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da criança e adolescente: direitos e deveres**. p. 71.

<sup>25</sup> BRASIL. **Violência contra a criança e o adolescente: proposta preliminar de prevenção e assistência à violência doméstica**. – Brasília: MS, SASA, 1997. p. 11.

<sup>26</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso**. Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015, p. 13.

<sup>27</sup> GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no Brasil à violência sexual infantil: o legado do descaso**. Disponível em

---

Configura-se no comportamento dos pais ou responsáveis quando falham em alimentar, vestir adequadamente seus filhos, medicar, educar e evitar acidentes. Tais falhas só podem ser consideradas como abusivas quando não são devidas à carência de recursos sócio-econômicos (Azevedo e Guerra, 1989; CLAVES, 1992; Ruiz, 1990). A negligência pode se apresentar como moderada ou severa. O abandono parcial ou temporário promovido pelos adultos é uma das formas de negligência.

Assim, a negligência é uma das formas de violência configurada no comportamento dos pais ou de quem tenha o dever de cuidado para com a criança; possui formas moderadas ou severas, sendo que pode ser considerada negligência até mesmo o abandono parcial ou temporário.

Além dessas formas de violência, temos ainda a aquela denominada **sexual**, que, segundo Deslandes<sup>28</sup>, pode ser definida como:

[...] todo ato ou jogo sexual, relação hetero Sexual ou homossexual cujo agressor esteja em estágio de desenvolvimento psicosssexual mais adiantado que a criança ou o adolescente com o intuito de estimulá-las sexualmente ou utilizá-las para obter satisfação sexual.

No mesmo sentido, entendem Azevedo e Guerra<sup>29</sup> que a violência sexual configura-se:

[...] como todo ato ou jogo sexual, relação hétero ou homossexual, entre um ou mais adultos (parentes de sangue ou afinidade e/ou responsáveis) e uma criança ou adolescente, tendo por finalidade estimular sexualmente uma criança ou adolescente ou utilizá-los para obter uma estimulação sexual sobre sua pessoa ou outra pessoa. Ressalte-se que em ocorrências desse tipo a criança é sempre vítima e não poderá ser transformada em réu.

Portanto, pode-se entender a violência sexual como qualquer ato ou jogo sexual, heterossexual ou homossexual, que um adulto pratica com uma criança ou adolescente.

As vítimas da violência sexual sofrem enormes lesões de ordem física e genital, tornando-se as pessoas, as crianças em especial, mais propensas a outras modalidades de violências como os distúrbios sexuais, uso de drogas, a prostituição a depressão e o suicídio, sem falar das doenças que podem ser adquiridas como a síndrome da imunodeficiência humana (HIV), além de uma gravidez indesejada.<sup>30</sup>

### 3.1 TIPIFICAÇÃO PENAL DA VIOLÊNCIA SEXUAL: ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Em relação ao conceito de crime, o Código Penal não efetuou uma definição. Sobre o conceito de crime, apenas lei de introdução ao Código Penal, em seu artigo 1<sup>31</sup> classificou a infração penal.

---

<http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015, p. 13.

<sup>28</sup> DESLANDES, S. F. **Prevenir a violência** – um desafio para profissionais de saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 1994, p. 10

<sup>29</sup> AZEVEDO, M.A. & GUERRA, V.N.A. **Violência Doméstica na Infância e na Adolescência**. São Paulo: Robe, 1995. p. 16.

<sup>30</sup> RIBEIRO. Marcia Aparecida. FERRIANI. Maria das Graças Carvalho. REIS. Jair Naves dos. **Violência sexual contra crianças e adolescentes**: características relativas à vitimização nas relações familiares. Disponível em <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/ imagem/0857.pdf>. Acesso em 14/04/2015.

<sup>31</sup> Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer

---

Desta maneira, há divergências entre o conceito apresentado na referida lei de introdução a na doutrina penalista sobre o assunto.

Para Estefam<sup>32</sup>, em um sentido formal "crime é a conduta proibida por lei, com ameaça de pena criminal (prisão ou pena alternativa)". Já para Nucci<sup>33</sup> é o entendimento do direito a respeito do delito, a qual forma a conduta não permitida legalmente, ante ameaça de imposição de pena, tendo assim, uma percepção legislativa do fenômeno.

Em sentido material o crime seria, para Greco<sup>34</sup> "o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade." Seria o crime então, a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

O crime pode ser definido ainda através do conceito analítico, onde a doutrina divide-se entre a formação Tripartida e Bipartida. Na visão de Greco<sup>35</sup>, o Crime é todo fato típico, antijurídico e culpável, defendendo assim a teoria tripartida. Nesse mesmo sentido são as doutrinas de Nucci<sup>36</sup>, Bittencourt<sup>37</sup> e Dotti<sup>38</sup>.

Também defensor da teoria Tripartida, Teles<sup>39</sup> ressalta que a definição de crime deve ser sempre um fato típico, ilícito e reprovável, censurável, culpável. Para o referido doutrinador, tem-se como base o ordenamento jurídico-penal, que contém as normas penais incriminadoras, e desta forma, para que se enquadre a conduta como crime, deve conter os três componentes do conceito de crime, quais sejam: fato típico, antijurídico e culpável.

A doutrina minoritária, representada por Estefam<sup>40</sup>, Capez<sup>41</sup> e Mirabete<sup>42</sup>, entende o crime com base na teoria bipartida, sendo o crime fato típico (aquele previsto em lei) e ilícito (antijurídico). Para estes autores, o crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovação ou a censurabilidade de conduta.

Desta feita, para os fins deste artigo, entende-se por crime contra criança e adolescente, as

---

alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. alternativa ou cumulativamente.

<sup>32</sup> ESTEFAM, André. **Direito Penal volume 1**. São Paulo: Saraiva 2010. p. 157.

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 138.

<sup>34</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2011. p. 37.

<sup>35</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2011. p. 38.

<sup>36</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 138.

<sup>37</sup> BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 591.

<sup>38</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal - Parte Geral**. São Paulo: Forense. 2003. p. 299.

<sup>39</sup> TELES, Moura Ney. **Direito Penal - Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 122.

<sup>40</sup> ESTEFAM, André. **Direito Penal volume 1**. p. 159.

<sup>41</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal volume 1: Parte Geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125.

<sup>42</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**. vol 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83.

---

condutas previstas em lei baseada na teoria tripartida.

Quanto à violência sexual contra crianças e adolescentes, o problema é antigo, mas somente nas últimas décadas a violência sexual infanto-juvenil adquiriu maior enfoque e visibilidade por parte dos órgãos governamentais, das entidades vivis do Brasil e do Mundo.

É importante frisar que para Viana<sup>43</sup>:

O Direito da Criança e do Adolescente surge, inicialmente, com a consolidação das leis advindas de Portugal. Posteriormente, há o tratamento do menor como carente infrator. Seguindo o parâmetro mundial, o país finalmente adota a Doutrina da Proteção Integral.

A chegada do Código de Menores de 1927 ao mundo jurídico consolida a Doutrina do Direito do Menor aonde encontrava-se assentada a legislação existente em Portugal sobre o tema. Dava-se disciplina às condutas que violassem obrigações presentes no Código Civil de 1916 atinentes ao país, ademais estavam ali tipificadas as condutas antissociais praticadas pelo universo infanto-juvenil

Assim, o Direito do Menor era uma doutrina praticamente importada, sem inovações, e obedecia aos ditames pré-estabelecidos vindos de Portugal, sem as adequações necessárias para a realidade Brasileira.

Diante disso, o Código de Menores de 1927, como explica Lima e Veronese<sup>44</sup>:

[...] classificava as crianças e adolescentes com o rótulo da menoridade, sendo essa normativa legal apenas dirigida aos que eram considerados em situação de abandono e delinquentes, conforme previa o artigo 1º.

Ressalte-se que foi durante a transição do Código de Menores de 1927 para o de 1979, mais especificamente em 1964, que foram criadas, no Brasil, instituições de amparo aos menores em situação irregular. Havia, assim, a Fundação Nacional do Bem-estar do Menor (FUNABEM), em âmbito nacional, que estabeleceu políticas nacionais direcionadas ao menor as quais inovaram criando as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEM), em âmbito estadual, atendendo aos carentes, abandonados e infratores.<sup>45</sup>

É importante observar que o Código de Menores de 1979 criou a figura do “menor irregular”, de modo que este só se tornava alvo de preocupações do Estado quando se encontrava nessa condição, o que culminou na “Doutrina da Situação Irregular”.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> VIANA, Erica Vasconcelos de Aguiar. **Crimes sexuais contra vulnerável**: uma breve abordagem no contexto constitucional. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp/uploads/2010/11/EricaVasconcelos-de-Aguiar.pdf>, acesso em 14/03/2015.

<sup>44</sup> LIMA, Fernanda da Silva. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012, p. 32.

<sup>45</sup> VIANA, Erica Vasconcelos de Aguiar. **Crimes sexuais contra vulnerável**: uma breve abordagem no contexto constitucional. Disponível em <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp/uploads/2010/11/EricaVasconcelos-de-Aguiar.pdf>, acesso em 14/03/2015.

<sup>46</sup> LORENZI. Gizella Werneck. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em

Por outro lado, no plano internacional, encontravam-se, já nessa época, bastante avançado os Direitos Humanos. Podemos perceber isto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, vindo somente após esse a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), que revogou o Código de Menores de 1979.<sup>47</sup>

Seguindo essa linha, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1989 – incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 99.710 de 20 de novembro de 1990 - reconheceu definitivamente "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento".<sup>48</sup> O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 somente foram ratificados pelo Brasil em 1992, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) já revogara o antigo Código de Menores de 1979.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foram o marcos inovadores do sistema jurídico brasileiro para a aplicação da Doutrina da Proteção Integral, “mudando a situação da criança e do adolescente de meros objetos de proteção para sujeitos de direitos”. Afastando, assim, a “Doutrina da Situação Irregular”.<sup>49</sup>

Em seguida, o novo código civil (Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002) ratificou a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, onde se atribui, pelo art. 4º, aos pais o poder sobre a criança, ou seja, institui o poder familiar.<sup>50</sup>

Verifica-se com essas inovações legislativas a adequação do sistema brasileiro as correntes mundiais acerca da proteção dos direitos das Crianças e Adolescentes que, assim, ascendem uma a forma especial de proteção por parte do Estado.

É oportuno rememorar aqui o que refere o art. 227 da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>51</sup>

---

<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil-14251>, acesso em 20/05/2015.

<sup>47</sup> VIANA, Erica Vasconcelos de Aguiar. **Crimes sexuais contra vulnerável**: uma breve abordagem no contexto constitucional. Disponível em <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-/uploads/2010/11/EricaVasconcelos-de-Aguiar.pdf>, acesso em 14/03/2015.

<sup>48</sup> BRASIL. **Decreto nº. 99.710 de 20 de novembro de 1990**.

<sup>49</sup> VIANA, Erica Vasconcelos de Aguiar. **Crimes sexuais contra vulnerável**: uma breve abordagem no contexto constitucional. Disponível em <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-/uploads/2010/11/EricaVasconcelos-de-Aguiar.pdf>, acesso em 14/03/2015.

<sup>50</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069 de 13 de junho de 1990.

<sup>51</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

---



---

Ainda verifica-se o mesmo artigo 227, §4º, que prevê: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

No Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>52</sup>, o *caput* do art. 244-A, foi incluído pela Lei n. 9.975/2000, e tipifica a seguinte conduta: “Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta lei, a prostituição ou a exploração sexual: Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa”.

Além disso, importante frisar a inclusão pela Lei nº. 12.015/2009, do crime de estupro de vulnerável no Código Penal<sup>53</sup>, tal dispositivo assim definiu a conduta:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) ano.

Em razão do enorme potencial ofensivo dessa conduta, foi prevista também, no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos<sup>54</sup>. Frise-se que esse tipo penal é insuscetível de anistia, graça e indulto.

Além disso, antes da modificação feita na legislação penal, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor praticados contra menores de 14 anos se consumavam ao ocorrer a relação sexual com pessoas dessa idade, por existir norma legal que previa que sempre que isso acontecia estava caracterizada a violência ou a grave ameaça: a violência presumida.<sup>55</sup> Essa ideia decorria da incapacidade de discernimento das vítimas para consentir a prática do ato sexual.

Por oportuno, destaca-se que pela sistemática atual, a presunção de violência não é mais admitida, pois o novo tipo penal que surge para a proteção infanto-juvenil não requer que haja a violência ou grave ameaça, logo o crime se efetiva ainda que haja o consentimento da vítima.

Destaca-se que a lei pune todo aquele que concorra para a prática do ato criminoso, considerando que pessoas menores de 14 anos não têm discernimento para a prática de atos sexuais, numa provável perspectiva de presunção *iuris et de iure*. Logo, ainda que não ocorra violência ou grave ameaça o tipo penal estará configurado.

---

<sup>52</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990.

<sup>53</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940.

<sup>54</sup> BRASIL. **Lei de Crimes Hediondos**. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.

<sup>55</sup> VIANA, Erica Vasconcelos de Aguiar. **Crimes sexuais contra vulnerável**: uma breve abordagem no contexto constitucional. Disponível em <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-/uploads/2010/11/EricaVasconcelos-de-Aguiar.pdf>, acesso em 14/03/2015.

---

Nesse sentido, sobre o referido dispositivo penal, entende Bitencourt<sup>56</sup> que o abuso sexual infantojuvenil intrafamiliar é também uma das mais graves formas de violência, pois lesa os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Tal abuso tem possui contornos de durabilidade e habitualidade, tratando-se, portanto, de um crime que deixa mais do que marcas físicas, atingindo a própria alma das pequenas vítimas. Para Bitencourt<sup>57</sup>:

Consiste na utilização de uma criança ou adolescente para satisfação dos desejos sexuais de um adulto que sobre ela tem uma relação de autoridade ou responsabilidade socioafetiva. A origem do abuso sexual intrafamiliar transcende as fronteiras das culturas, e tem seus precedentes nos primórdios da civilização humana.

Desta feita, a necessidade de tratamento penal da conduta referente a violência sexual contra criança e adolescentes é tema importante, incluindo-se nesta delimitação a violência cometida no âmbito intrafamiliar.

Para Bitencourt<sup>58</sup>, nos crimes referentes a violência sexual, mais propriamente referentes ao estupro de vulnerável, o legislador protegeu, em termos de bem jurídico, a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental, que tenha dificuldade em discernir a prática do ato sexual.

Nesta exata direção, no que se refere ao crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual, como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, o que se busca é justamente a proteção quanto a evolução e desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que posteriormente, em fase própria possa optar por seu comportamento sexual.

Assim, o presente artigo se encerra tendo analisado a proteção jurídica e tipificação penal da violência sexual como forma de violência contra crianças e adolescentes, que restou comprovado que será tipificado penalmente como crime de estupro de vulnerável, conforme disposição do Código Penal.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado no presente artigo, proteger a criança é uma obrigação social, uma vez que esta não pode ser entendida como sendo um ser em passagem para a vida adulta, e sim um sujeito de direitos.

Estudou-se que a violência contra crianças e adolescentes não conhece fronteiras sejam elas de ordem econômica, social, cultural, religiosa, sexual, de origem étnica ou qualquer outra. Percebeu-se

---

<sup>56</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 1132.

<sup>57</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 1132.

<sup>58</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 1134.

---

que a violência, o abandono e os maus tratos são uma constante na vida das crianças e os adolescentes do Brasil.

Através do presente estudo, nota-se que as crianças e adolescentes, desde muito cedo, são inseridas em um processo sócio-político de trabalho precoce, futuro subalterno, controle político, dominação e obediência vigiada o que se revela contrário para os padrões adequados para a educação infantil nos dias atuais.

Notadamente pelo conteúdo da pesquisa, pode-se afirmar que a violência contra as crianças e adolescentes está enraizada na sociedade brasileira e se manifesta de diversas formas, sendo elas físicas, psicológica, negligência e abandono e a violência sexual. Quanto a pior das manifestações, a violência sexual, nesta as vítimas sofrem enormes lesões de ordem física e moral, tornando-se mais propensas a outras modalidades de violência como os distúrbios sexuais, uso de drogas, a prostituição a depressão e o suicídio.

O Código Penal sofreu uma alteração recente, no ano de 2009, com a modificação dos dispositivos penais que tratavam dos abusos sexuais contra crianças e adolescentes, e conforme o resultado da pesquisa nota-se que houve avanço significativo na tipificação penal pela legislação.

Nessa direção, a presente pesquisa alcançou seu objetivo investigatório inicialmente proposto quanto verificou-se a tipificação penal do crime de estupro de vulnerável, para coibir condutas de violência sexual contra menores. Ademais, insta salientar que a nova tipificação penal foi taxada como crime hediondo, trazendo ainda mais rigor no tratamento penal para a violência sexual contra crianças e adolescentes.

Por fim, notou-se que no crime de estupro de vulnerável, o legislador protegeu, em termos de bem jurídico, a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental, que tenha dificuldade em discernir a prática do ato sexual, trazendo importante elemento de combate ao endurecer as penas da violência sexual em relação ao crime de estupro contra maior.

## 7 REFERÊNCIAS

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. **Arquivo e Memória sobre a Roda dos Expostos do Rio de Janeiro**. Disponível em [http://www.ufsj.edu.br/portal2repositorio/File/revistalapip/volume5\\_n1/arantes.pdf](http://www.ufsj.edu.br/portal2repositorio/File/revistalapip/volume5_n1/arantes.pdf) acesso em 18/05/2015.

ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da criança e adolescente: direitos e deveres**. Leme: Editora Cronus, 2009.

AZEVEDO, M.A. & GUERRA, V.N.A. **Violência Doméstica na Infância e na Adolescência**. São Paulo: Robe, 1995.

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

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto nº. 99.710** de 20 de novembro de 1990.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Art. 2º.

BRASIL. **Lei de Crimes Hediondos**. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.

BRASIL. **Violência contra a criança e o adolescente**: proposta preliminar de prevenção e assistência á violência doméstica. Brasília: MS, SASA, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: volume 1: Parte Geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Emanuela da Silva. SANTANA, Judith Sena da Silva. FERRIANI, Maria das Graças Carvalho. **Criança e Adolescente Vítimas de Maus-Tratos**: Informações dos Enfermeiros de um Hospital Público. Disponível em <http://www.facenf.uerj.br/v14n4/v14n4a06.pdf> acesso em 18/05/2015.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A proteção à criança nas Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DESLANDES, S. F. **Prevenir a violência**: um desafio para profissionais de saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 1994,

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**: Parte Geral. São Paulo: Forense. 2003.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: volume 1. São Paulo: Saraiva 2010.

GAMA, Anailton de Souza. PAIXÃO, Ricardo Aparecido. **Itinerário histórico-socio-cultural da violência infantil no brasil à violência sexual infantil**: o legado do descaso. Disponível em <http://www.uems.br/semana/2010/artigos/09.pdf>, acesso em 14/04/2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LIMA, Fernanda da Silva. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012.

LORENZI. Gizella Werneck. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em <http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil-14251>, acesso em 20/05/2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. vol 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

---

PAIXÃO, Ana Cristina Wanderley da. DESLANDES, Suely Ferreira. **Análise das Políticas Públicas de Enfrentamento da Violência Sexual Infantojuvenil.** Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n1/09.pdf>, acesso em 25/03/2015.

RIBEIRO, Marcia Aparecida. FERRIANI, Maria das Graças Carvalho. REIS, Jair Naves dos. **Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares.** Disponível em <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/0857.pdf>. Acesso em 14/04/2015.

SOUZA, SL. **A violência vivenciada por adolescentes trabalhadores de rua.** [dissertação de mestrado]. Salvador (BA): Universidade Federal da Bahia; 2000.

TELES, Moura Ney. **Direito Penal: Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIANA, Erica Vasconcelos de Aguiar. **Crimes sexuais contra vulnerável: uma breve abordagem no contexto constitucional.** Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp/uploads/2010/11/EricaVasconcelos-de-Aguiar.pdf>, acesso em 14/03/2015.

# O CONTROLE SOBRE O CORPO SEGUNDO VIGIAR E PUNIR E MICROFÍSICA DO PODER, DE MICHEL FOUCAULT

Joel Cezar Bonin<sup>1</sup>  
Daniel Jessé Panatta<sup>2</sup>  
Quézia Cristina Abelo<sup>3</sup>

Recebido em: 11 jul. 2016  
Aceito em: 21 jul. 2016

A ditadura perfeita terá as aparências da democracia, uma prisão sem muros na qual os prisioneiros não sonharão sequer com a fuga. Um sistema de escravatura onde, graças ao consumo e ao divertimento, os escravos terão amor à sua escravidão.  
Aldous Huxley.

**Resumo:** Este artigo visa apresentar, de modo bem amplo e genérico, uma visualização do pensamento de Michel Foucault no que se refere ao problema da constante vigilância e controle sobre a vida humana no mundo moderno e contemporâneo. O artigo mostra o papel sobremaneira fundamental do poder da vigilância e da força que são exercidos intercaladamente. Por isso, o poder coercitivo do Estado não se dá apenas no uso da força da violência, mas pelo poder da disciplina e da educação que, implacável e sorratamente, exercem o papel de fazer “cumprir” a vontade do Estado sobre todos nós. A ação do Estado não é apenas castradora, mas domesticadora, no sentido de estabelecer modelos de ação e de reação diante daquele que ocupa o lugar de soberano. A escola, o hospital, o exército, a fábrica e tantas outras instituições são os espaços nos quais essa força domesticadora, disciplinadora e regulamentadora farão o papel de vigiar e punir todos e cada um, bem como, estabelecer uma verdadeira microfísica do poder.

**Palavras-chave:** Vigiar. Punir. Poder.

## THE SOCIAL CONTROL ABOUT THE BODY ACCORDING TO DISCIPLINE AND PUNISH AND MICROPHYSICS THE POWER OF MICHEL FOUCAULT

**Abstract:** This article presents, in a very broad and generic way, a Michel Foucault thought view with regard to the problem of constant vigilance and control over human life in the modern and contemporary world. The article shows the exceedingly important role of power monitoring and power that are exercised interchangeably. Therefore, the coercive power of the State does not occur only in the use of force of violence, but by the power of discipline and relentless that education and surreptitiously play the role of making "fulfill" the State will on us. The State action is not only castrating, but domesticating, to establish models of action and reaction to the will of him who takes the place of the sovereign. The school, the hospital, the army, the factory and many other institutions are the spaces where this domesticating, disciplinary and regulatory power will act as monitor and punish each and every one, as well as establish a true microphysics of power.

**Keywords:** Discipline. Punish. Power.

<sup>1</sup> Professor de Filosofia e Sociologia UNIARP – Caçador-SC. Doutorando pelo PPGF-PUC-PR. Bolsista UNIEDU.

<sup>2</sup> Graduando do Curso de Direito – UNIARP – Caçador-SC.

<sup>3</sup> Graduanda do Curso de Direito – UNIARP – Caçador-SC.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Foucault faz, em *Vigiar e Punir*, bem como, em *Microfísica do Poder*, uma narrativa sobre a história das prisões e do poder estabelecido primeiramente pelo controle sobre o corpo supliciado e, posteriormente, modificado pelos castigos mais severos à alma e mais brandos ao corpo, o que o autor conceitua como a forma da economia do poder de punir. Após o século XVII e com a percepção de que o sistema de punições e controle social deveria se dar pelo poder da vigilância e da disciplina sobre o corpo e a mente humana, o sistema reformula-se e passa a vigiar e a disciplinar os cidadãos, tornando-os assim obedientes e dóceis, ao mesmo tempo que fáceis de manipular e dominar.

A análise de Foucault não se limita a história da violência nas prisões, mas prioriza todo o contexto em que se davam as penas desde os tempos mais remotos da punição pelo Estado até os dias atuais. Na era Clássica (mais fundamentalmente no Século XVI e XVII), a punição era submetida aos corpos que eram expostos a dor e ao sofrimento, onde o condenado deveria ser supliciado e morto de forma pública, dando o primeiro sentido da publicidade do julgamento e da pena. Quanto mais cruel a pena, maior seria o poder do rei (soberano), além de sua propagação, já que os criminosos precisavam ser mortos em praça pública. Esse espetáculo-punição não tinha apenas o papel de asseverar o medo nos criminosos (ou possíveis), mas sim (e principalmente) de mostrar o poder do soberano diante de seus súditos. Como afirma Foucault:

Que é um suplício? Pena corporal dolorosa, mais ou menos atroz [dizia Jaucourt] e acrescentava: “é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade”. Inexplicável, talvez, mas certamente não irregular nem selvagem. O suplício é uma técnica e não deve se equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve [...] em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos [...] Além disso, o suplício faz parte de um ritual. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é sua vítima. [...] E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como *seu triunfo*. (FOUCAULT, 1987, p. 31-32, grifo nosso)

Já no século XVIII, a pena de morte foi profundamente criticada, sobretudo, pela classe alta da sociedade (os burgueses), que vinham sofrendo as baixas pelo excesso de crimes e de punições. Assim sendo, era preciso que as penas fossem outras já que a sociedade precisava de um aumento na produção de bens e serviços. Dessa forma, as penas giravam em torno do trabalho forçado, pois havia o caráter público da exposição do criminoso, já que o condenado sempre estava preso a correntes, andava em filas e com roupas distintas dos demais cidadãos, demonstrando mais uma vez o poder do Estado sobre o corpo e agora também sobre a *alma* do apenado.

Após toda essa transformação no modo de punir, surgem novamente novas críticas ao sistema de trabalhos forçados e com o desenvolvimento do *Panóptico*, muda-se totalmente a forma de

---

---

controlar e formar o cidadão, vinculando-o a ideia de ser obediente e vigiado, construindo-se agora, um sistema de poder em que o homem se torna um ser disciplinado e dócil. Nesse novo contexto, surge a ideia da prevenção, da vigilância na qual o cidadão saiba que está sendo vigiado, mesmo sem saber quando e como será vigiado. O poder do Estado se desenvolve de forma suave e quase imperceptível pelos cidadãos que convivem e que são ensinados a se autovigiarem e a aceitarem “docilmente” a ação direta ou indireta da vigilância do Estado.

## 2 O PODER DO ESTADO PERANTE OS CIDADÃOS

Os cenários mudam, mas as relações de poder permanecem iguais, ou seja, antigamente eram os soberanos, que escolhidos por Deus dominavam o mundo. Agora, são os homens, por si mesmos, que dominam o mundo, pois após a Revolução Francesa, com seus ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, os nomes mudaram. Ao invés de soberanos, temos Governantes ou Presidentes, mas a ideia de dominação é idêntica. O sonho revolucionário de acabar com o controle do soberano ou do clero ainda permanece intangível, pois a realidade que vivenciamos é uma cópia distorcida da vida social do século XVIII ou mesmo da Idade Média. O sistema político-econômico continua alienando o ser humano e mascarando o poder como se o cidadão comum tivesse um possível poder de escolher entre o lobo e o cordeiro mas, no fundo, o que vemos é uma dupla face de um mesmo lobo (Estado e burguesia) buscando dominar cada vez mais um grupo cada vez maior de ovelhas (cidadãos).

Em outras palavras, com o passar do tempo, muda-se o nome, mudam-se os mecanismos de controle, porém não mudam os objetivos de dominar o sujeito, de torná-lo escravo de um sistema que o corrompe e que o faz ser obediente por medo de sofrer as sanções que podem ser impostas ao *corpo improdutivo*, como se observam as penas impostas aos “vagabundos”, aos criminosos e aos loucos que não são dignos de viver em sociedade, pois nada produzem ou porque se rebelam contra o sistema opressor, como cita Foucault em seu livro *Microfísica do poder* acerca dos meios de controle e sua evolução. Segundo ele, não se pode controlar e dominar os seres humanos através da mente se já não houver o controle sobre o corpo, sobretudo, o corpo criado pelo capitalismo, um corpo gerador das riquezas da produção capitalista:

[...] O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista [...]. (FOUCAULT, 1989, p. 80).

Desde a Idade Média, o corpo humano é visto como força de trabalho e fonte da geração de riquezas. Exemplo disso foram as inúmeras mortes causadas pela “Santa Igreja” em nome da fé (no sentido de sacrifícios imitativos a Cristo) ou em nome da desobediência a Deus, ou seja, é necessário que apenas se obedeça sem questionamentos. O ato mais temerário de um cristão medieval era colocar-se do outro lado do cristianismo, não necessariamente contrário a ele, mas, ao menos, em situação de dúvida. A dúvida era o preço mais caro de uma dessantificação ou de uma ofensa ao poder



---

da Igreja e duvidar do poder da Igreja significava ir contra Deus.

Nesse contexto histórico, várias mentes brilhantes foram condenadas à morte com o aval da população dominada, como é o caso de Giordano Bruno<sup>4</sup>, dentre outros cinco milhões de pessoas. A História conta que essas pessoas sofreram acusações de infração contra a lei divina, foram presas e mortas pelo simples fato de questionarem o poder da cristandade de então, o que poderia ser considerado como apostasia ou heresia nesse período.

O curioso é notarmos que esse sistema se manteve vivo por muito tempo, não sendo mais aplicado pela Igreja, mas pelos soberanos que precisavam da obediência de seus súditos, uma obediência que deveria servir ao total proveito da burguesia e do Estado. O palco da punição continua sendo o corpo. Essa punição realizada de forma cruel tornava-se um espetáculo incrível de dor e sofrimento, pois apenas a morte seria um castigo muito leve para os “desertores” da sociedade. Além disso, era necessário que os outros súditos observassem o sofrimento a que eram submetidos os subversivos a fim de reprimir os crimes e as desobediências pelo poder do medo.

Uma “anatomia política” que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que opere como se quer [...]. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência) (FOUCAULT, 1987, p.119).

Contudo, com a morte de cada indivíduo, a classe dominante muito atenta sempre aos seus interesses, percebe que um corpo a menos era muito caro para a manutenção da riqueza. Cada indivíduo morto significava força de trabalho perdida, então passou-se a punir mais *a alma* do que o corpo, sujeitando os criminosos, os loucos e os vagabundos a trabalhos forçados como escravos. Mas isso ainda era pouco. Estes deveriam ser humilhados para perceberem que o ato que praticaram não era vantajoso em nenhum aspecto, convivendo com a vergonha do vilipêndio da exposição pública perante os seus conterrâneos. O Estado buscava, dessa forma, ampliar o poder sobre o corpo, transformando-o em poder sobre o corpo e sobre a mente, de forma que não se perdesse a força de trabalho e que não se perdesse a obediência dos punidos e, nem tão pouco dos cidadãos cumpridores de suas tarefas cotidianas. Esse ato público de exercício do poder soberano gerava assim uma economia sobre os apenados e um ganho sobre toda a sociedade pela impregnação do medo como forma de dominação. O medo agia eficazmente, pois o absolutismo do rei se manifestava na forma da punição.

Diante disso, surge um ponto fundamental: é preciso que o Estado eduque não somente o corpo,

---

<sup>4</sup> De acordo com o artigo publicado por Ricardo Menna Barreto, mestre em Direito pela UNISINOS, denominado “Do Infinito, da magia e da inquisição: uma observação histórico-jurídica do processo de Giordano Bruno” é possível afirmar que a maior heresia de Giordano Bruno foi a de “que os mundos são infinitos e que Deus os faz infinitos continuamente” (BARRETO, 2012, p. 13-14).

---

mas também a mente de seus cidadãos. Como diz Foucault, quando cita que tudo pode ser moldado pela mente, ou seja, um corpo docilizado depende não somente dele mesmo, mas também da influência da mente e da disciplina sobre ele.

O domínio, a consciência de seu próprio corpo só puderam ser adquiridos pelo efeito do investimento do corpo pelo poder, a ginástica, os exercícios, o desenvolvimento muscular, a nudez, a exaltação do belo corpo...tudo isto conduz ao desejo de seu próprio corpo através de um trabalho insistente, obstinado, meticuloso, que o poder exerce sobre o corpo das crianças, dos soldados, sobre o corpo sadio (FOUCAULT, 1989, p. 146).

Essa mudança é fruto das próprias mudanças decorrentes das evoluções históricas e sociais. Um modo de controle social que se mostrava eficaz no século XV não terá a mesma eficiência no século XVIII e em nossa época pode se apresentar como totalmente obsoleto. Desse modo, o Estado como parte da sociedade também muda sua forma de dominação, pois não era mais tão benéfico somente o poder sobre o corpo, se fazia necessário um controle sobre a mente também.

O Estado passa, então, a desenvolver um novo modo de vigilância: não basta mais controlar apenas a vida dos apenados. O medo e o pavor da agressividade do Estado não são mais instrumentos eficazes de dominação. Agora, todas as pessoas do corpo social passam a ser adestradas para viver e conviver em sociedade, mediante uma forte disciplina e hierarquia. É preciso padronizar os comportamentos, as atitudes e as falas. Todos devem aprender a se portar “civilizadamente” diante da vida social, sem questionar (o modelo medieval transvestido de moderno). Todos são condicionados ao trabalho, aprendendo por meio de instituições criadas pelo Estado a serem disciplinados e dóceis. Instituições essas apresentadas com uma aparência de “salvação”, mas que no fundo, possuem um intuito falso, pois o único *telos* dessas instituições é o de dominação, de controle e de manipulação: os cidadãos devem ser dóceis e obedientes como ventríloquos e títeres na mão do Estado.

Dessa forma, surge um novo tipo de punição: a pseudoliberalidade decorrente de um novo tipo de prisão: a fábrica, a escola e o hospital. É a junção do controle sobre o corpo e o trabalho. A vida agora é medida em horas e a mais eficaz de todas as punições se instaura: a disciplina e a obediência impingidas contra o ser humano sem violência, sem agressividade e, sem suplício. A violência agora é mais subliminar: a violência se dá docilmente transformando o ser humano igualmente em um ser dócil e manipulável.

Além disso, com a modernização dos equipamentos e o avanço da tecnologia novas maneiras de vigilância são aplicadas de forma mais “segura” e barata, (como vemos hoje nos sistemas de monitoramento): um homem vigia outro homem (ou muitos ao mesmo tempo) a fim de tirar dele o maior proveito possível. A obediência deve ser sem questionamento, pois ordens e regras são feitas para serem seguidas e não questionadas e discutidas. Outra vez o poder do Estado fecha o cerco e agora, de forma mais plena, sobre o corpo, sobre a alma e sobre a vida particular de cada “súdito”. Donde temos a noção básica do Panóptico:

---

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas tem duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. [...] Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira [...] É visto, mas não vê; objeto de uma informação, nunca sujeito numa comunicação. [...] Daí o efeito mais importante do panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo que descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade do exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder que eles mesmos são os portadores. (FOUCAULT, 1987, p. 165-166).

### 3 AS INSTITUIÇÕES E AS FORMAS DE DISCIPLINAR E ADESTRAR

Durante muito tempo, muitas formas e maneiras de disciplinar e adestrar os seres humanos foram pensadas. Muitas delas foram analisadas, testadas e implementadas, desde o corpo supliciado até a vigilância e o adestramento, como nos mostrou Foucault. Porém, cabe salientar que as instituições disciplinadoras (escola e polícia, por exemplo) se mantêm vivas até hoje graças à uma metodologia muito peculiar adotada pelo Estado: punir de acordo com a “lisura” da lei. Um novo tipo de poder sobre os dominados que é operado de forma sutil e obrigatória. Primeiramente, os Estados criaram seus exércitos, adestrando-os para que seguissem ordens. Em consequência, surgiram quartéis como espaços propriamente ditos da obediência: os coronéis devem apenas defender o interesse do Estado, que por sua vez, defende o interesse dos poderosos. De sua parte, a população em geral é vista apenas do ponto de vista numérico. A ela compete igualmente o papel da subordinação, vivendo sob o jugo estatístico de uma população ordeira, medida por sua vez por escalas e tabelas criadas a partir do poder econômico: classe A, B, C, D, etc.; ou classe alta, média e baixa, etc.

Desse modo, treina-se a polícia, que como o próprio nome já diz, deverá policiar a população em geral para que não cometa crimes ou até mesmo pense em cometê-los. Os militares, por outra parte, devem ser adestrados de tal forma que reflitam o pensamento da sociedade (leia-se burguesia), ecoando em cada cidadão, o medo da repressão que podem sofrer. Uma repressão que pode ser efetuada primeiramente pela ação direta da polícia e, posteriormente, pela força indireta da lei que busca pela forma da punição, uma submissão de todos e cada um. Por isso, seguir os princípios da obediência, disciplina e hierarquia são essenciais, haja vista que o princípio da hierarquia é o motor que faz girar toda a engrenagem da vida social, do quartel à fábrica, da escola à rua.

No Brasil, já foi experimentado todo esse poder de adestramento e disciplina durante a ditadura militar (digamos de modo enfático, pois isso não quer dizer que ele deixou de existir após o fim da

---

ditadura), quando não se podia discordar do poder político, pois o mesmo também era militar. Segundo os presidentes militares, apenas cumpria-se o que era "melhor" para o país, inclusive impondo-se lemas como: “Brasil, ame-o ou deixe-o”. Desse modo, implantava-se a ideia de um falso patriotismo, disfarçado de servidão e privação de direitos, tais como privação do direito de expressão, de “ir e vir” ou mesmo a formação de sindicatos e grupos políticos contrários ao sistema. O mote principal se enredava na capacidade concreta de privar todos do direito à própria identidade e dignidade. Segundo a visão do Estado (nesse caso militar), a disciplina deveria tornar as pessoas produtivas e técnicas, tornando-as seres humanos autômatos capazes de reproduzir o que lhes foi cedido como certo. A dúvida e o questionamento jamais poderiam ser aceitos.

O exercício da disciplina supõe um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar; um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam. [...] Ao lado da grande tecnologia dos óculos, das lentes, dos feixes luminosos, unida a fundação da física e da cosmologia novas, houve as pequenas técnicas das vigilâncias múltiplas e entrecruzadas, dos olhares que devem ver sem ser vistos; uma arte obscura da luz e do visível preparou em surdina um saber novo sobre o homem através de técnicas para sujeitá-lo e processos para utilizá-los (FOUCAULT, 1987, p. 143-144).

Assim, a criação das prisões no Brasil foi uma das primeiras formas de vigilância e adestramento criadas pelo Estado militar, mas com um requinte um pouco mais perverso: a tortura. As pessoas eram vigiadas o tempo todo pelos carcereiros que os disciplinavam com um horário rígido e com uma série de atos que deveriam ser praticados. Essas pessoas, uma vez excluídas da sociedade, deveriam ser recolhidas, pois sua presença na sociedade era vista como anormal, já que as mesmas não estavam preparadas para viver em uma sociedade de pessoas “normais”. Aqueles que não aceitavam a forma impositiva de “educação social” determinada pelo Estado eram tomados como traidores da Pátria e, por isso, eram mortos ou exilados, banidos ou chicoteados, conforme nos relata Foucault nos anexos do livro *A História da Loucura na Idade Clássica*:

Inibimos e proibimos expressamente todas as pessoas de todos os sexos, lugares e idade, seja qual for sua qualidade e nascimento e seja qual for sua condição, válidas ou inválidas, doentes ou convalescentes, curáveis ou incuráveis, de mendigar na cidade e nos bairros de Paris, ou nas igrejas, às portas destas, nas portas das casas ou nas ruas, ou em outros lugares públicos, ou em segredo, de dia ou de noite, sem exceção das festas solenes, perdões, jubileus, Assembléias, Feiras ou Mercados, ou por qualquer outra causa ou pretexto que seja, sob pena de chicoteamento dos contraventores na primeira vez, e na segunda das galeras para homens e rapazes e banimento para mulheres e moças (FOUCAULT, 1978. p. 588-589).

Além disso, o adestramento dos cidadãos era promovido ininterruptamente, uma vez que os mesmos seguiam os passos da disciplina a qual foram submetidos, sob pena da tortura ou morte. Outrossim, é importante destacar que aqueles que eram punidos com a prisão, eram postos em unidades celulares (celas) nas quais os mesmos ficavam reclusos e solitários, já que necessitavam ficar consigo mesmos reconhecendo os erros cometidos contra a sociedade. Esse exercício de introspecção se assemelha a estratégia cristã do pecador que precisa fazer um exame de consciência

---

---

severo contra si. O isolamento deve levar o criminoso não apenas a se arrepender de seus erros diante da sociedade, mas também diante de Deus. É mais uma manifestação da importância do poder hierárquico. O marginal não se opõe apenas ao sistema terreno de hierarquia, mas contra um poder sobrenatural que também é personificado pelo Estado.

Poder *individualizante*, o poder pastoral é apresentado por Michel Foucault como um poder exercido não somente sob o conjunto dos indivíduos (população), mas sobre a vida de cada indivíduo em particular, nos seus mais ínfimos detalhes. É o que ele denomina *Omnes et Singulatim*, poder sobre todos e cada um, cujo os dispositivos visam tornar os indivíduos *dóceis e úteis* aos interesses do exercício do poder (OTTAVIANI; FABRA; CHACON, 2012, p. 148, grifos no original).

A escola, tão similar e seguidora da disciplina empregada pelos quartéis e prisões, mantém sua forma de vigilância e disciplina seguindo uma metodologia composta por alunos que devem ser "educados" para o mundo do trabalho e os professores que devem tão somente repassar os conhecimentos apostilares. Não há necessidade de um verdadeiro questionamento sobre a vida ou sobre o conhecimento assimilado na escola. Deve-se apenas aprender, pois não há uma preocupação com o desenvolvimento de uma consciência crítica ou uma cidadania questionadora, mas apenas a singular tarefa de instruir a grande massa de estudantes que estão nos bancos escolares. A escola se torna um espaço de controle e monitoramento da vida, tal qual o quartel ou a prisão, pois serve apenas para nutrir os dados estatísticos do sistema escolar e para moldar a futura força de trabalho para o "mercado".

A escola influenciada e coordenada sob a égide do controle tem apenas o papel de disciplinar e de impor através do medo e da insegurança, o conhecimento. Por isso, os sistemas de avaliação são tão imprecisos e cruéis. Ainda pior, aquele que ousa desobedecer é punido, porém, não mais na forma de uma repressão violenta que domina o corpo, mas agindo sobre a alma, adestrando-a com conteúdos preestabelecidos e com palavras memorizáveis, falando acerca de um futuro incerto e impondo a submissão escamoteada e constante, pois quem não aprende os conteúdos escolares jamais será "alguém na vida". Por isso, o sistema de avaliação é melindroso e impreciso, pois coloca o estudante frente a um medo de ser um "ninguém". Dessa forma, os professores normalmente no processo educativo são vistos como carrascos do sistema educativo, pois quem ensina, também foi ensinado e adestrado. Seu papel educativo é meramente reprodutivo: ele continua a dizer aquilo que ele aprendeu e se tornam assim simples empregados que tem como única função, fazer com que a "roda da fortuna" não cesse de girar, isto é, o papel que o Estado delegou aos professores não é o da emancipação da vida, mas o da "manutenção" das coisas como elas estão.

Por esse prisma, se torna fundamental salientar o quanto, no ambiente escolar, o rigor da disciplina é mantido. Esse rigor não se aplica exclusivamente ao ensino dos conteúdos, mas na própria disposição dos alunos na sala de aula. De um lado, o professor como representante do poder do Estado precisa se postar em um ponto central da sala. Ele não deve ficar nos fundos ou nas laterais. Ele deve

---

ficar na frente de todos, para tudo ver. Os alunos, de sua parte, devem fazer filas para ouvir e acompanhar as aulas. Os mesmos alunos devem seguir filas para receber o lanche, para entrarem e saírem das suas salas (semelhantes as celas) e devem ser separados conforme a idade e os avanços nos estudos, ou seja, devem ser divididos em séries. A própria palavra “série” nos faz pensar na linha de produção fordista, na qual cada funcionário deveria executar uma mesma tarefa durante todo o expediente. O aluno entra e sai do sistema escolar seguindo uma série de atividades continuamente repetidas e memorizadas, mas desconectadas de sua vida fora desse sistema. Por isso, a escola está mais próxima de uma prisão do que de uma libertação.

A “clausura” consiste em estabelecer a organização no espaço físico. Na escola, por exemplo, há salas determinadas para cada tipo de atividade, uma ficha com a matrícula do aluno, que indicará sua entrada na escola, seu desempenho escolar. Uma série de detalhes que localiza o indivíduo e toda sua trajetória no espaço escolar, fazendo-se uma forma de vigilância sem se olhar diretamente o indivíduo (SOUSA; MENESES, 2010, p. 26).

O professor, por seu turno, deve ter uma visão geral da sala, exercendo um poder de monitoria: vigiar constantemente a consecução das atividades, exigir o cumprimento de tarefas, avaliar os bons e rotular os maus. Além disso, outro fator importante que se observa é a capacidade, por meio das avaliações, de determinar aqueles que serão dominados e excluídos e aqueles que poderão assumir papéis de liderança. Tal liderança aqui não se reveste de um caráter positivo; ao contrário, essas lideranças serão apenas repetidoras do sistema de controle, pois foram adestradas, desde muito cedo, a obedecer e seguir ordens pois foram assim ensinados na escola.

A “disciplina” não pode se identificar com uma instituição nem com um aparelho; ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumento, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma “física” ou uma “anatomia” do poder, uma tecnologia. E pode ficar a cargo seja de instituições “especializadas” (as penitenciárias, ou as casas de correção do século XIX), seja de instituições que dela se servem como instrumento essencial para um fim determinado (as casas de educação, os hospitais), seja de instâncias preexistentes que nela encontram maneira de reforçar ou de reorganizar seus mecanismos internos de poder (um dia se precisará mostrar como as relações intrafamiliares, essencialmente na célula pais-filhos, se “disciplinaram”, absorvendo desde a era clássica esquemas externos, escolares, militares, depois médicos, psiquiátricos, psicológicos, que fizeram da família o local do surgimento privilegiado para a questão disciplinar do normal e do anormal), seja de aparelhos que fizeram da disciplina seu princípio de funcionamento interior (disciplinação do aparelho administrativo a partir da época napoleônica) seja enfim de aparelhos estatais que tem por função não exclusiva, mas principalmente fazer reinar a disciplina na escala de uma sociedade (a polícia) (FOUCAULT, 1987, p. 177-178).

Outra instituição de disciplina e vigilância perpétua é o hospital que conserva como “função basilar” o controle e o zelo pela saúde dos cidadãos. Porém, esse é um dos disfarces dessa instituição. A verdadeira função do hospital é o poder de decidir quem vive e quem morre.

Sobretudo, é necessário recordar aqui mais uma vez que o hospital como instituição, tem o papel de “normalizar e formatar” o corpo, isto é, o hospital deve transformar o corpo do ser humano em uma máquina funcional, de forma que o mesmo possa aguentar por mais tempo e com maior

---

eficiência as duras exigências do trabalho. Esse corpo que foi primeiramente adestrado e docilizado na escola, agora precisa “gerar lucro”. O sujeito precisa devolver ao Estado todo o investimento que lhe foi conferido. A produção que o corpo desenvolve na fábrica é uma forma de devolução do dinheiro investido em sua “formação escolar”. No hospital, os doentes mantêm-se enclausurados de forma que os mesmos estejam todos em um único ambiente, porém igualmente separados em leitos (semelhantes da mesma forma que a prisão em celas e a escola em salas). E assim, em cada leito, um doente e em cada quarto, um tipo de enfermidade. Em cada andar do prédio, crianças, mulheres, homens, idosos, grávidas. Eis mais uma estratégia de controle do Estado: aglutinar e separar. Assim, há uma constante vigilância dos doentes. Além disso, mais um detalhe que assemelha o hospital à prisão: não é permitido que os pacientes se retirem do ambiente hospitalar antes de receber a alta médica. Em outras palavras, o ser humano é vigiado mais uma vez pelo Estado que usa novamente de um agente estatal para fazer reverberar o seu poder. Aqui inscreve-se a ideia de que vigiar é igual a punir.

O poder do Estado assume outra característica forte: o poder sobre a vida ou o biopoder. Tomar vacinas e o uso de remédios/drogas que devem proporcionar uma sensação de bem-estar físico, nada mais é do que outra forma de controle e disciplina, ou seja, dessa forma tem-se um domínio mais abrangente sobre a vida. O poder do médico é uma das facetas do poder do Estado, pois comumente vê-se a prescrição do médico como inquestionável e inequívoca. Mais uma vez a obediência e a aceitação do paciente como um sujeito subordinado é o foco do poder.

#### **4 O CAPITALISMO E A VIGILÂNCIA EM MASSA**

Após o adestramento e a disciplina, os seres humanos já se encontram acostumados e propensos a agir de forma vigiada, provando mais uma vez que o ensino reiterado de fatos e atos refletem-se nas condutas diárias. Devido a esse exercício de controle, os próprios vigiados passam a ter necessidade de serem vigilantes recíprocos. Isso explica, em parte, a necessidade das pessoas de “controlar” a vida do outro, de forma que seus atos e omissões sejam julgados moralmente. Esse método de controle perpassa dogmas morais severos: o sujeito que não age de acordo com aquilo que é considerado normal fica preso à vergonha social, construída pela necessidade de agradar ao outro que o vigia. Isso sem contar com as inúmeras câmeras de segurança que invadem nossa privacidade e nos mantêm parcialmente “sabedores” da vigilância a que estamos submetidos, fruto do controle e do interesse em prevenir os crimes materiais.

Em suma, a arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo exatamente a repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. Diferenciar os indivíduos em relação uns aos outros e em função dessa regra de conjunto – que se deve fazer funcionar como base mínima, como média a respeitar ou como o ótimo de que se deve chegar perto. Medir em termos quantitativos e hierarquizar em termos

---

de valor as capacidades, o nível, a “natureza” dos indivíduos. Fazer funcionar, através dessa medida “valorizada”, a coação de uma conformidade a realizar. Enfim traçar o limite que definirá a diferença em relação a todas as diferenças, a fronteira externa do anormal (a “classe vergonhosa” da Escola Militar). A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela *normaliza* (FOUCAULT, 1979, p. 152-153, grifo no original).

Destarte, foi criado o relógio, tendo por princípio, o domínio do tempo das pessoas. Esse tempo agora é produtivo, ninguém mais é dono desse tempo. O princípio que rege esse tempo é o da negação do ócio e este se tornou o princípio do trabalho. O relógio “diz” em qual horário deve-se trabalhar, estudar, comer e todas as outras tarefas que devem ser feitas contínua e controladamente. O relógio se tornou um outro instrumento de disciplina e controle pois a vida ficou cerceada à ideia de agenda, de compromissos e eventos marcados no decorrer do dia, de forma que não se pode chegar atrasado à escola, ao trabalho, à reunião: aquele que não é pontual não é respeitado pelo grupo social. Quinze minutos de atraso e o empregado perde seu dia de trabalho, o estudante perde seu dia letivo e o namorado deixa de ser amado. Portanto, o domínio pelo relógio tem como premissa a máxima que diz “tempo é dinheiro”. Logo, se faz necessário um novo adestramento. Um controle do sujeito sobre ele mesmo, mas não voltado para um processo de autoconhecimento, mas de autovigilância e de autodisciplina.

Vemos isso em casa, na escola, no trabalho, em todos os lugares coletivos. Na atualidade, também somos incitados a uma nova modalidade de controle: o consumismo. Somos expostos a uma competição capitalista regrada pelas normas aceitas pelos padrões de beleza e sucesso. Somos levados a acreditar que para sermos prestigiados e valorizados, devemos comprar. Ora, o corpo e a mente, adestrados e disciplinados interpretam a infelicidade humana como decorrente da falta de poder aquisitivo e isso se torna, em contrapartida, a chave para o sucesso da mídia e da propaganda. Infla-se o ego de todos e faz-se acreditar que feliz é aquele que possui vários carros e uma casa na praia, ou seja, a riqueza e alegria fazem paradoxo com a desapropriação material e o insucesso econômico, fruto da competição na qual fomos, desde muito pequenos, submetidos. Donde decorre aqui o conhecido conceito de fetiche da mercadoria apresentado por Marx:

a mercadoria é misteriosa simplesmente por encobrir as características sociais do próprio trabalho dos homens, apresentando-as com características materiais e propriedades sociais inerentes aos produtos do trabalho; por ocultar, portanto, a relação social entre os trabalhos individuais dos produtores e o trabalho total, ao refleti-la como relação social existente, à margem deles, entre os produtos do seu próprio trabalho. Através dessa dissimulação, os produtos do trabalho se tornam mercadorias, coisas sociais, com propriedades perceptíveis e imperceptíveis aos sentidos (MARX, 1980, p. 81).

Assim, o patrão reconhece como melhor empregado aquele que trabalha mais; o professor aquele aluno que decora mais e que pouco questiona; o coronel considera bom o soldado que se curva diante de sua presença; o político considera bom eleitor aquele que apenas vota sem nada cobrar; o padre ama aquele que segue seus ensinamentos sempre tendo em vista o reino dos céus. Assim, o ser

---



---

humano vai seguindo como um títere que não questiona, um ser condicionado e adaptado ao trabalho competitivo, uma verdadeira marionete em palcos que, por tão reais, beiram a surrealidade. Em outras palavras, o ser humano se tornou um ser fetichizado.

Esse fetiche também se dá na vigilância moderna que tem novos atores, novos elementos e uma maior capacidade de atenção, pois tornou-se com o capitalismo um meio de massificação social: todos vigiam e todos são vigiados, por meios diversos do passado, porém mais eficientes, como se observa hoje com o advento da internet. Criaram-se redes sociais, utilizadas como ferramentas de monitoramento, ficando mais fácil ainda vigiar alguém e identificar suas ideias subversivas, adversas ou supostamente preconceituosas. Assim, o marido vigia a esposa, os pais vigiam os filhos, o professor vigia o aluno, um vigia o outro em uma rede de vigilância moderna e funcional, nada abstrata, mas profundamente meticulosa e concreta, o que fere profundamente o artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso X:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral, decorrente de sua violação (BRASIL, 2001, p. 15).

As câmeras de vigilância tão difundidas hoje em dia e utilizadas amplamente como forma de controle, exemplificam de modo material a ideia apresentada por Foucault de que o indivíduo deve saber que pode ser vigiado a qualquer e a todo tempo, sem poder determinar quando realmente está sendo vigiado. Mais uma vez, é preciso observar que surge assim um novo modelo de adestramento e disciplina imposto pelas câmeras de vigilância que veem o sujeito, mas o sujeito não pode vê-las. É a contemporaneização do *panóptico*.

Assim o que vemos são pessoas vivendo de forma superficial, sem buscar o conhecimento questionador, confundindo o "ser com o ter" e "o ter com o ser", almejando constantemente uma felicidade tola e mesquinha, pois são forçadas à uma vigilância contínua imposta pelo medo, pelo ego e pelas aparências. Vivem em um mundo vazio e de sombras que servem apenas para que a burguesia (e o Estado) fique cada vez mais manipulador. Assim, o padrão de compreensão da realidade perpassa uma noção muito estereotipada dos comportamentos. Aqueles que não se encaixam, devem ser retirados das "peças do quebra-cabeça social". Sendo assim, vigiar o outro é fundamental para que não se corra o risco de perder tudo o que se tem, pois o maior bem, o mais louvável de todos é o dinheiro. Desse modo, os ladrões merecem morrer, pois são nefastos: eles quebraram a normalidade e a normatividade da vida social. Logo, os vagabundos que se recusam a trabalhar devem ser esquecidos ou morrer de fome, pois são inúteis. Em suma, o único ideal de vida que deve ser respeitado é a submissão ao modelo social padrão: a aquiescência ao poder do capital.

Nesse sentido, os que se colocam do lado de fora do sistema são julgados pelo rigor da lei. *Dura lex, sed lex*: mas podemos inferir que para alguns a máxima latina poderia ser posta do seguinte modo: *Dura lex, sed látex* (a lei é dura, mas estica). Assim, vê-se que a penalização como resultado do

---

cauteloso e minucioso controle social que descobre como um modo seletivo de punição: os que devem ser reclusos ou punidos são “escolhidos” por um processo claro: só os pobres são punidos. Como afirma Foucault, em seu livro *A verdade e as formas jurídicas*:

[...] Citarei um texto, datado de 1804, do fim dessa evolução que tento delinear, escrito por um bispo chamado Watson e que pregava perante a Sociedade para a Supressão dos Vícios: “As leis são boas, mas infelizmente, são burladas pelas classes mais baixas. As classes mais altas, certamente, não as levam muito em consideração. Mas esse fato não teria importância se as classes mais altas não servissem de exemplo para as mais baixas”. Impossível ser mais claro: as leis são boas, para os pobres; infelizmente os pobres escapam às leis, o que é realmente detestável. Os ricos também escapam às leis, porém isso não tem importância alguma pois as leis não são feitas para eles. No entanto, isso tem como consequência que os pobres seguem o exemplo dos ricos para não respeitar as leis. Daí o bispo Watson dizer aos ricos: “Peço-lhes que sigam essas leis que não feitas para vocês, pois assim ao menos haverá a possibilidade de controle e de vigilância das classes mais pobres” (FOUCAULT, 2003, p. 94).

Por esse viés, os locais de reclusão se multiplicam, sejam presídios, hospitais ou manicômios. Os dependentes de entorpecentes agora são postos em clínicas de reabilitação. Suas atitudes e comportamentos também perturbam o sossego social, por isso, essa vigilância adestra e a punição recolhe os indivíduos não aptos à vida em sociedade. Dessa forma, pode-se afirmar que vigilância e a punição são complementos de um mesmo sistema que beneficia uma pequena parcela de “pessoas ricas” que ainda não encontrou um meio de lidar com o diferente, seja pela incapacidade de exterminá-lo ou porque ainda necessita dele para sustentar seu *modus vivendi*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder sobre o outro sofreu diversas mudanças no decorrer do tempo, passando da pena de morte para a vigilância e a reclusão. Mudanças históricas que se impuseram e foram ensinadas às mais diversas gerações, não sob tortura e nem sob ameaças, mas tão-somente por meio da tão famosa estratégia do “pão e circo” ou pelo sistema escolar propriamente dito.

Assim, podemos ver que seguimos a história não apenas como espectadores, mas como marionetes que não se apercebem do domínio de seus manipuladores. As pessoas não precisam estar necessariamente confinadas para obedecer. Elas não precisam estar trancafiadas na caverna para serem seduzidas e adestradas. Elas precisam do monitoramento constante que, paradoxalmente é apresentado com as feições da liberdade.

Por isso, conviver em uma sociedade que não percebe o controle efetuado pelo capital e pelo poder do Estado torna-se difícil. É preciso que cada um e todos notem esse poder transvestido de democracia. Ainda hoje vemos no Brasil e outros países constitucionalmente denominados democráticos, ações unilaterais do Estado. Vale lembrar a ação truculenta do Estado, por meio da política militar, contra os professores do Estado do Paraná, no dia 29 de abril de 2015. O que se quer é a obediência. Por outro lado, não se busca a “ressocialização” ou uma democratização do poder.

---

Cumpra-se, obedeça-se: parecem ser os únicos imperativos de uma pseudodemocracia. Sabemos, outrossim, que o conflito não é mau pois é parte constitutiva da democracia. Mas o que vemos atualmente é a total dissolução de conflitos com base na obediência. Segundo Foucault,

A sociedade sem delinquência foi um sonho do século XVIII que depois acabou. A delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinquência. Sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinquente? [...] Essa instituição tão recente e tão pesada que é a polícia não se justifica senão por isto. Aceitamos entre nós esta gente de uniforme, armada enquanto nós não temos o direito de estar, que nos pede documentos que vem rondar nossas portas. Como isso seria aceitável senão houvesse os delinquentes? (FOUCAULT, 1989, p. 137-138).

Diante disso, nos compete refletir sobre os efeitos e as consequências do poder que se manifesta não mais em uma força absurda ou violenta do soberano, mas por meio de aparelhos/dispositivos que monitoram frequentemente a vida de todos (*Omnes et Singulatim*), isto é, a “mão pesada” do Estado não é mais, especificamente uma mão, mas um olhar de vigilância e aviso: “você está sendo filmado”.

## 6 REFERÊNCIAS

- BARRETO, Ricardo Menna. Do Infinito, da magia e da inquisição: uma observação histórico-jurídica do processo de Giordano Bruno. **Revista Justiça e História** - vol 9, n°s 17 e 18. Acesso web: [http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaicho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1677-065x/v9n17n18/DO\\_INFINITO.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/DO_INFINITO.pdf) (acesso em 24 de outubro de 2015)
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1988. 16ª Ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- \_\_\_\_\_. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- \_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- MARX, Karl. **O Capital**: Crítica a Economia Política. Livro I: O processo de produção do capital. Tradução de Reginaldo Sant’Ana. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- OTTAVIANI, Edelcio; FABRA, André Luiz; CHACON, Jerry Adriano. Entre o assujeitamento e a constituição de si: pastoral cristã à luz de Michel Foucault. In: CANDIOTTO, Cesar; SOUZA, Pedro de (Org.). **Foucault e o cristianismo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. p. 147-156.
- SOUSA, Noelma Cavalcante; MENESES, Antonio Basílio Novaes Thomaz. O poder disciplinar:
-

uma leitura em Vigiar e Punir. **Revista SABERES**, Natal – RN, v. 1, n. 4, p. 18-35, jun. 2010.  
Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/saberes>>.

## O EFEITO DO ICMS ECOLÓGICO NOS ESTADOS BRASILEIROS

Bianca Celestino Santos<sup>1</sup>  
Rodolfo Santin Rodrigues<sup>2</sup>

Recebido em: 05 jun. 2015

Aceito em: 08 jul. 2016

**Resumo:** O presente estudo sobre o tema “O EFEITO DO ICMS ECOLÓGICO NOS ESTADOS BRASILEIROS”, dentro da Área de Concentração das Ciências Sociais Aplicadas, tem como objetivo estudar o instituto do ICMS Ecológico. O ICMS Ecológico, ICMS - E não se trata de um novo imposto, mas sim da nomenclatura dada ao critério de repasse já estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevista no artigo 158 efetuado pelos Estados aos Municípios. O critério de repasse utilizado é o critério ecológico, ou seja o Município contemplado pelo ICMS-E que preserva o meio ambiente ou de alguma forma incentiva a sua preservação recebe um repasse maior do Estado e conseqüentemente são incentivados a contribuir com a preservação do Meio Ambiente. O efeito é uma receita maior, assim como um aumento nas áreas de preservação. Na presente pesquisa foi abordada qual a forma de repasse utilizada pelos estados adeptos do ICMS ecológico e quais os efeitos desse repasse aos municípios no tocante ao critério aumento na área de preservação ambiental. A metodologia a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

**Palavras-chave:** ICMS Ecológico. Estados. Efeito.

## THE EFFECT OF ICMS ECOLOGICAL IN THE BRAZILIAN

**Abstract:** This study on "The Effect of ICMS ECOLOGICAL IN THE BRAZILIAN", within the Area of Concentration of Applied Social Sciences, aims to study the Ecological ICMS Institute. The Ecological ICMS, ICMS - And this is not a new tax, but the nomenclature given to the transfer of criteria established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 under Article 158 made by the states to the municipalities. The pass criterion used is the ecological criteria, ie the municipality contemplated by the ICMS-E that preserves the environment or otherwise encourages its preservation receives a higher pass-through of the State and therefore are encouraged to contribute to the preservation of the environment . The effect is a greater revenue, as well as an increase in conservation areas. In the present study it was discussed what form of transfer used by supporters of the ecological ICMS states and what the effects of this transfer to municipalities in increasing discretion in the area of environmental preservation. The methodology to be used in the research comprises the Cartesian method and the data collection and final report on the inductive method with the techniques of the referent category, operational concepts, bibliographic research and BOOK REPORT.

**Keywords:** Green VAT. States. Effect.

---

<sup>1</sup> Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: [bianca-csantos@hotmail.com](mailto:bianca-csantos@hotmail.com).

<sup>2</sup> E-mail: [rodolfo88@gmail.com](mailto:rodolfo88@gmail.com).

---

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo tem por objetivo apresentar o ICMS Ecológico, que embora já tenha sua aplicação em dezesseis Estados brasileiros, ainda é pouco conhecido e discutido, como ferramenta de preservação ambiental e garantia da sustentabilidade e do uso consciente dos recursos naturais. O Objetivo foi apresentar o conceito e as características do ICMS Ecológico, e apresentar a sua forma de repasse, bem como a forma que o mesmo é trabalhado em todos os estados onde é aplicado e os efeitos dessa aplicação, no tocante ao aumento das áreas de preservação.

Percebe-se que o presente estudo não esgotou a discussão sobre o tema, embora tenha concluído que é inegável o benefício da instituição do referido imposto na conservação ambiental, ficando aqui o estímulo à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o ICMS Ecológico.

## 2 ICMS ECOLÓGICO

Diante da grande preocupação em torno de como garantir a preservação do meio ambiente, o Estado tem buscado diversas formas para alcançar tal objetivo. A CRFB/88, além de dedicar um capítulo inteiro a preservação ao meio ambiente, autoriza a extrafiscalidade de certos impostos, o que significa a “utilização do tributo com função diversa da arrecadatória, ou seja, para estimular ou desestimular comportamentos sociais”<sup>3</sup>. Loureiro explica a respeito do nascimento do ICMS Ecológico:

Nascido sob a égide da **compensação**, o ICMS Ecológico evoluiu, transformando-se em mecanismo de **incentivo** à conservação ambiental, o que mais o caracteriza, representando uma promissora alternativa na composição dos instrumentos de política pública para a conservação ambiental no Brasil.<sup>4</sup>

Ao estabelecer em seu art. 158, parágrafo único, II a CRFB/88 autoriza que dos 25% da receita do ICMS do valor que deve ser repassado aos seus municípios, o Estado pode decidir como distribuir até um quarto deste valor, ou seja, o Estado repassa o valor mínimo estabelecido na CF de 25%, porém, ¼ desse 25% é repassado o que dispuser a Lei Estadual.

Desta forma, verifica-se que o ICMS Ecológico - ICMS-E, não se trata de um novo imposto, mas sim de uma nova forma de repasse aos Municípios, e atua de forma extrafiscal autorizada pela CRFB/88. O ICMS tem grande importância na arrecadação de receita dos estados, que por força

---

<sup>3</sup> JÚNIOR, Amery Moisés Nadir. **ICMS Ecológico: Princípios E Estratégias Necessárias Para Uma Implementação Na Coprodução Do Bem Público**. P.92

<sup>4</sup> LOUREIRO, Wilson. **CONTRIBUIÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO À CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO ESTADO DO PARANÁ**. P.53 (Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Florestais - Área de concentração: Economia e Política Florestal, do Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná). Disponível em :<[http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao\\_do\\_icms.pdf](http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf)>. Acesso em 21/04/2015.

---

constitucional devem repassar uma porcentagem mínima para seus municípios. É dessa abertura constitucional que nasceu o ICMS-E, que possibilita uma forma de repasse conforme os incentivos ambientais criados pelos Municípios e estabelecido em Lei Estadual. Para Pires o ICMS-E é entendido como:”

[...] não se trata de uma nova modalidade de tributo ou uma espécie de ICMS, parecendo mesmo que a denominação é imprópria a identificar o seu verdadeiro significado, de vez que não há qualquer vinculação do fato gerador do ICMS a atividades de cunho ambiental. Da mesma forma, como não poderia deixar de ser, não há vinculação específica da receita do tributo para financiar atividades ambientais. Não obstante, a expressão já popularizada ICMS Ecológico está a indicar uma maior destinação de parcela do ICMS aos municípios em razão de sua adequação a níveis legalmente estabelecidos de preservação ambiental e de melhorias de qualidade de vida, observados os limites constitucionais de distribuição de receitas tributárias e os critérios técnicos definidos em lei.<sup>5</sup>

### 3 FORMAS DE REPASSE DO ICMS-E

Para o ICMS-E, usa-se como critério de repasse programas de incentivos ambientais, assim como a quantia de áreas de preservação que o Município mantém. Loureiro explica que o ICMS-E “trata da repartição dos recursos financeiros a que os municípios têm direito, utilizando para tal o critério que induz à ação pela conservação ambiental”<sup>6</sup>. Em suma, o município que mantém maior área de preservação e contribui com a conservação da sua biodiversidade e ganha a maior porcentagem nos critérios de repasse na forma de compensação e ao mesmo tempo recebe um incentivo para a criação e manutenção das áreas preservadas<sup>7</sup>.

### 4 ICMS-E NOS ESTADOS BRASILEIROS

O Estado pioneiro a adotar o ICMS-E foi o Estado do Paraná. Inicialmente se tratava de um pagamento por serviços ambientais – PSA, que se trata de uma remuneração em pecúnia a quem direta ou indiretamente contribui para a preservação no meio ambiente e evoluiu para um verdadeiro incentivo a preservação ambiental<sup>8</sup>. No Paraná essa adoção se deu por conta da restrição do uso do

---

<sup>5</sup> PIRES, Éderson. **ICMS Ecológico. Aspectos Pontuais. Legislação Comparada**, 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26943-26945-1-PB.pdf>> Acesso em: 02/06/2015. p. 5.

<sup>6</sup> LOUREIRO, Wilson. **CONTRIBUIÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO À CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO ESTADO DO PARANÁ**. (Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Florestais - Área de concentração: Economia e Política Florestal, do Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná). Disponível em: <[http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao\\_do\\_icms.pdf](http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf)>. Acesso em 21/04/2015. P.55.

<sup>7</sup> Conservancy, The Nature. **Texto** Disponível em: [http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=51&Itemid=81..](http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=81..) Acesso em 21/04/2015.

<sup>8</sup> Conservancy, The Nature. **Texto** Disponível em: [http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=51&Itemid=81..](http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=81..) Acesso em 21/04/2015.

solo por existirem mananciais de abastecimento para municípios vizinhos e por fazerem parte de unidades de conservação<sup>9</sup> ou seja, caso o município quisesse ampliar seus pastos ou plantações e/ou outras atividades econômicas tradicionais como, por exemplo, a implantação de indústrias ficava impedido devido à manutenção obrigatória das florestas<sup>10</sup>. O ICMS-E no Estado do Paraná é regulamentado pela Lei complementar n.º 59/1991<sup>11</sup>, e estabelece para a repartição do ¼ constitucional os critérios de Áreas protegidas e mananciais de abastecimento<sup>12</sup>.

Para se ter uma ideia da aplicação do ICMS-E, e a evolução em áreas preservadas, usar-se a as informações fornecidas pelo Instituto Ambiental do Paraná – IAP, que mostra um aumento cada vez maior nas áreas de preservação ambiental, desde a implantação do instituto do ICMS – E. No Estado do Paraná houve um crescente aumento nas áreas de preservação. Antes do ano de 1991, a medida em hectares nas áreas de preservação no Estado do Paraná, era de 96.581,71, atualmente esse número subiu para 1.205.632,82<sup>13</sup>. Logo verifica-se que o repasse referente ao ICMS-E, desde a data de sua criação no Estado do Paraná (1991), proporcionou um significativo aumento nas áreas de proteção ambiental.

O segundo Estado a aderir o ICMS-E foi o Estado de São Paulo por meio da Lei n.º 8.510, de 29 de dezembro de 1993<sup>14</sup>, que definiu como critérios de repasse aos municípios, além de outros, definiu 0,5% (zero vírgula cinco por cento), em função de espaços territoriais especialmente protegidos existentes em cada município e no Estado, conforme estabelecido no art. 1º da referida lei. Após a instituição do ICMS-E no estado de São Paulo, as unidades de conservação obtiveram um grande aumento. Conforme dados extraídos do site da Secretaria do Meio Ambiente, antes de 1993 o Estado em hectares tinha equivalente a 4.560,917, 22, em UC's. Após a aplicação do ICMS-E, em 2009 já se calculava 5.285,610, 20<sup>15</sup>. Assim, a legislação paulista por meio do ICMS-E conseguiu

---

<sup>9</sup>LOUREIRO, Wilson. **CONTRIBUIÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO À CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO ESTADO DO PARANÁ**. (Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Florestais - Área de concentração: Economia e Política Florestal, do Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná). Disponível em :<[http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao\\_do\\_icms.pdf](http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf)>. Acesso em 21/04/2015. p.52-53.

<sup>10</sup>Conservancy, The Nature. **Texto** Disponível em: [http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=51&Itemid=81](http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=81).. Acesso em 21/04/2015>.

<sup>11</sup> BRASIL **Lei Complementar n.º 59, de 1.º de outubro de 1991** Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, a que alude o art. 2.º da Lei n.º. 9.491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências.

<sup>12</sup>Conservancy, The Nature. **Texto** Disponível em: [http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=51&Itemid=81](http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=81).. Acesso em 21/04/2015>.

<sup>13</sup> Fonte: Departamento de Unidades de Conservação, IAP/DIBAP – 2012.

<sup>14</sup> BRASIL. **Altera a Lei n.º 3.201, de 23 de dezembro de 1981**, que dispõe sobre a parcela, pertencente aos municípios, do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS

<sup>15</sup> COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. –São Paulo: Baraúna, 2012.p.126.



aumentar o número das suas áreas de preservação em âmbito Estadual.

O Estado do Acre por sua vez, adotou o ICMS –E a partir do ano de 2004, por meio da Lei n° 1.530<sup>16</sup>, e instituiu que 5% da receita relativos ao ICMS seria repassado aos “municípios que abriguem unidades de conservação ou seja diretamente influenciados por elas”.<sup>17</sup> Entende-se por unidade de conservação ambiental “as comunidades indígenas, estações ecológicas, parques, reservas florestais, florestas, hortos florestais, áreas de relevante interesse de leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, de propriedade pública ou privada”<sup>18</sup>. Antes da instituição do ICMS-E o estado tinha 65.965,00 hc, após o ICMS-E esse número foi para 3.717,498,01<sup>19</sup>.

O Estado do Amapá adotou vários critérios para o repasse do ICMS-E, com a lei n° 322 de 1996<sup>20</sup>, entre eles: área geográfica, população, educação, área cultivada, patrimônio cultural, meio ambiente, gastos com saúde, entre outros. O Estado teve um aumento realmente significativo, o número passou de zero para 6.852.400,00<sup>21</sup>.

O Estado do Ceará adotou como critério de repasse do ICMS-E, além do fator ambiental, adotou o critério saúde e educação, disposto na Lei 14.023 de 2007<sup>22</sup>, utilizando-se como valor de porcentagem 18% para educação, 5% saúde e 2% meio ambiente.<sup>23</sup>

A Lei Complementar n° 90 de 22 de dezembro de 2011, criou o ICMS – E no estado de Goiás e reservou 5% a ser repassado aos municípios, utilizando-se do seguinte critério, previsto em seu art. 4°. O Estado de Goiás a título de repasse do ICM-E, usa outros critérios além da preservação de áreas ambientais, e dessa forma possibilita a participação de outros municípios, assim como o aumento das receitas repassadas.

A lei Complementar n° 73 de dezembro de 2000 instituiu o ICMS-E no estado do Mato Grosso, regulamentado pelo decreto Estadual n° 2.758/2001 e posteriormente alterado pela LC n° 157 de 20 janeiro de 2004, no art. 2° estabelece a forma de critério de repasse de 5% os municípios que mantêm

---

<sup>16</sup> BRASIL. LEI N. 1.530, DE 22 DE JANEIRO DE 2004 “Instituiu o ICMS Verde, destinando cinco por cento da arrecadação deste tributo para os municípios com unidades de conservação ambiental.”

<sup>17</sup> BRASIL. LEI N. 1.530, DE 22 DE JANEIRO DE 2004. “Instituiu o ICMS Verde, destinando cinco por cento da arrecadação deste tributo para os municípios com unidades de conservação ambiental.”

<sup>18</sup> BRASIL. LEI N. 1.530, DE 22 DE JANEIRO DE 2004. “Instituiu o ICMS Verde, destinando cinco por cento da arrecadação deste tributo para os municípios com unidades de conservação ambiental.”

<sup>19</sup> COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. São Paulo: Baraúna, 2012 p.144.

<sup>20</sup> BRASIL. LEI N° 0322, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1996. **Publicada no Diário Oficial do Estado n.º 1469, de 23.12.96**. Dispõe sobre distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação dos impostos estaduais conforme disposições contidas no Artigo 158 da Constituição Federal e Lei Complementar Federal n.º 63/90, e dá outras providências.

<sup>21</sup> COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. São Paulo: Baraúna, 2012p.142.

<sup>22</sup> BRASIL. LEI N° 14.023, DE 17.12.07 (D.O. DE 19.12.07) Modifica dispositivos da Lei n°. 12.612, de 7 de agosto de 1996.

<sup>23</sup> BRASIL. LEI N° 14.023, DE 17.12.07 (D.O. DE 19.12.07) Modifica dispositivos da Lei n°. 12.612, de 7 de agosto de 1996.

área de conservação/terra indígena<sup>24</sup>. O Estado teve um aumento de 1.495.131,00 para 2.636.324,00<sup>25</sup>, após a instituição do ICMS –E, no que tange áreas de preservação ambiental.

No Estado do Mato Grosso do Sul, a Lei Complementar n° 077 de 1994, adotou a distribuição do ICMS-E e após sua implantação obteve um aumento de 319,36 para 271.495,97, no tamanho das áreas de preservação<sup>26</sup>.

O Estado de Minas Gerais - MG instituiu a Lei 12.040/95, conhecida como Lei Robin Hood, que definiu os critérios de repasse do ICMS e tinha como objetivo reduzir as diferenças entre os municípios, no tocante a economia e questões sociais<sup>27</sup>. Atualmente, os critérios são estabelecidos pela Lei 18.030/09, e dispõe que a forma de repasse se dá pelo Índice de Saneamento Ambiental<sup>28</sup>. Diante dos critérios considerados para a apuração dos fatos, chega-se a um aumento considerável das áreas de preservação referente ao Estado. Um comparativo efetuado entre os anos de 2000 haviam somente 0,89% da área total do Estado, porém no ano de 2013 esse valor chegou a 2,2%<sup>29</sup>.

A Lei N° 9.600, de 21 de dezembro de 2011<sup>30</sup>, instituiu o ICMS-E no estado da Paraíba e usa como critério de repasse dos 5% disponíveis os municípios que abrigarem, na totalidade ou em parte de seu território, uma ou mais unidades de preservação ambiental públicas e/ou privadas, e 5% aos Municípios que promovam o tratamento de, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) do volume de lixo domiciliar coletado proveniente de seu perímetro urbano<sup>31</sup>. A referida lei porém teve seus efeitos suspensos por meio da concessão de medida cautelar concessão de uma medida cautelar em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) - 0117269-52.2012.815.0000, pois o pleno entendeu ter um evidente flagrante inconstitucional<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> **LC n° 157/04**. Art. 4º, V: unidade de conservação/terra indígena: 5% (cinco por cento) através da relação percentual entre o índice de unidade de conservação/terra indígena do Município e a soma dos índices de unidades de conservação/terra indígena de todos os Municípios do Estado, apurados pela Fundação Estadual do Meio Ambiente - FEMA.

<sup>25</sup> COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. São Paulo: Baraúna, 2012 P. 143.

<sup>26</sup> COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. São Paulo: Baraúna, 2012. P.140.

<sup>27</sup> **Lei 18.030, DE 12 DE JANEIRO DE 2009** Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios.

<sup>28</sup> Informação disponível em < <http://www.fjp.mg.gov.br/robin-hood/index.php/leirobinhood/historico>>. Acesso em 02/05/2015.

<sup>29</sup> **Índice De Desempenho De Política Ambiental Para O Estado De Minas Gerais 2014 Ano Base 2013**. disponível em: [http://www.feam.br/images/stories/Indicadores\\_Ambientais/indicadores\\_ambientais\\_2013\\_pub\\_em\\_2014.pdf](http://www.feam.br/images/stories/Indicadores_Ambientais/indicadores_ambientais_2013_pub_em_2014.pdf). Acesso em 05/05/2015 p.29

<sup>30</sup> BRASIL. **LEI N° 9.600, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2011**. Disciplina A Participação Dos Municípios Na Arrecadação Do Imposto Sobre A Circulação De Mercadorias - Icms, Mediante Repasse Ecológico, E Dá Outras Providências. Disponível em: <<http://www.al.pb.gov.br/leis-estaduais>>. Acesso em: 10/05/2015.

<sup>31</sup> BRASIL. **LEI N° 9.600, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2011**. Disciplina A Participação Dos Municípios Na Arrecadação Do Imposto Sobre A Circulação De Mercadorias - Icms, Mediante Repasse Ecológico, E Dá Outras Providências. Disponível em: <<http://www.al.pb.gov.br/leis-estaduais>>. Acesso em: 10/05/2015.

<sup>32</sup> BRASIL. PARAÍBA. **Tribunal de Justiça**. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo N° 99920120005494001, Tribunal Pleno, Relator José di Lorenzo Serpa, j. em 12-12-2012).

Para o estado de Pernambuco o repasse estabelecido na Lei n° 11.899, de 21 de dezembro de 2000<sup>33</sup>, atualmente revogada pela Lei n.º 12.432, de 29 de setembro de 2003<sup>34</sup>, usa como critério ambiental 1% para as Unidades de Conservação existentes no município, e 2% a serem distribuídos aos municípios que possuam sistemas de tratamento ou de destinação final de Resíduos Sólidos, mediante Unidade de Compostagem ou de Aterro Sanitário<sup>35</sup>. Após a instituição do ICMS-E no ano de 2000, o aumento nas áreas de preservação do estado foi de 73.065,69 para 73.981,77<sup>36</sup>.

No estado Piauí existe a figura do selo ambiental, que nada mais é do que uma certificação dada aos municípios que são contemplados pelo ICMS-E, que se divide em três categorias: A, B e C, estabelecidas na Lei n°5.813, de 03.12.2008<sup>37</sup>. Dos 25% constitucionais, o estado do Piauí reserva 5% que constitui o ICMS-E. Essa porcentagem será distribuída de acordo com a classificação do estabelecida pelo selo ambiental, conforme disposição no art. 3º da Lei 6.813/2008. Por se tratar de uma Lei recente no Piauí, ainda não há tabelas disponíveis a respeito do aumento das áreas de preservação ambiental<sup>38</sup>.

Instituído no ano de 2007, por meio da Lei 5.100/2007<sup>39</sup>, o ICMS-E no Rio de Janeiro, o percentual a ser distribuído aos municípios, em função do critério de conservação ambiental é de 2,5% (dois vírgula cinco pontos percentuais), a serem repassados de forma sucessiva e progressiva, conforme dispõe o art.2º da referida Lei. Para fazerem jus ao repasse do ICMS-E, os municípios do Rio de Janeiro, deverão organizar um sistema Municipal Próprio de Meio Ambiente com no mínimo: “Conselho Municipal do Meio Ambiente; Fundo Municipal do Meio Ambiente; Órgão administrativo executor da política ambiental municipal; Guarda Municipal ambiental<sup>40</sup>”.

---

<sup>33</sup>BRASIL. **LEI Nº 11.899 DE 21 DE DEZEMBRO DE 2000**. Redefine os critérios de distribuição da parte do ICMS que cabe aos municípios, de que trata o art. 2º, da **Lei nº 10.489, de 2 de outubro de 1990**, considerando aspectos sócio-ambientais, e dá outras providências.

<sup>34</sup>BRASIL. **LEI Nº 12.432, DE 29 DE SETEMBRO DE 2003**. Ajusta os critérios de distribuição de parte do ICMS que cabe aos Municípios, nos termos do art. 2º, da **Lei nº 10.489, de 2 de outubro de 1990**, com a redação da **Lei nº 11.899, de 21 de dezembro de 2000**, e da **Lei nº 12.206, de 20 de maio de 2002**. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=12432&complemento=0&ano=2003&tipo=>. Acesso em: 10/05/2015.

<sup>35</sup>BRASIL. **LEI Nº 12.432, DE 29 DE SETEMBRO DE 2003**. Ajusta os critérios de distribuição de parte do ICMS que cabe aos Municípios, nos termos do art. 2º, da **Lei nº 10.489, de 2 de outubro de 1990**, com a redação da **Lei nº 11.899, de 21 de dezembro de 2000**, e da **Lei nº 12.206, de 20 de maio de 2002**. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=12432&complemento=0&ano=2003&tipo=>. Acesso em: 10/05/2015.

<sup>36</sup>COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. São Paulo: Baraúna, 2012 p.134

<sup>37</sup>Brasil. **LEI Nº 5.813, de 03.12.2008** Cria o ICMS ecológico para beneficiar municípios que se destaquem na proteção ao meio ambiente e dá outras providências.

<sup>38</sup>Informação disponível no site <[http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=53&Itemid=60#ac](http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=60#ac)>. Acesso em 10/05/2015.

<sup>39</sup>BRASIL. **LEI nº 5100 de 04 de outubro de 2007**. altera a lei nº 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do icms, incluindo o critério de conservação ambiental, e dá outras providências.

<sup>40</sup>BRASIL. **LEI Nº 12.432, DE 29 DE SETEMBRO DE 2003**. Ajusta os critérios de distribuição de parte do ICMS

O ICMS-E no estado do Rio de Janeiro, teve um resultado muito positivo no que tange preservação ambiental. Um exemplo disso é o valor do repasse efetuado no ano de 2009 desde a sua criação, repassou 1% dos repasses, ou R\$ 38 milhões, equivalente ao fator ambiental. Em 2013, o Governo do Estado do Rio de Janeiro distribuiu R\$ 177,7 milhões às prefeituras que investiram na preservação do meio ambiente<sup>41</sup>.

O critério de repasse do ICMS-E no estado do Rio Grande do Sul, tem por base o tamanho das áreas de unidade conservação ambiental, e o percentual a ser repassado é de 7%, conforme disposição na Lei nº 13.188/2009<sup>42</sup>. No âmbito das UC's estaduais o estado do Rio Grande do Sul teve um grande desempenho de 1997 a 2010. Passou de 52.792,94 para 142.411,63<sup>43</sup>.

No Estado de Rondônia, o valor reservado em percentual para o repasse aos municípios é de 5% proporcionais, e o critério para esse repasse é a ocupação territorial dos municípios em unidades de conservação, estabelecidos na Lei Complementar nº 147/1996<sup>44</sup>. Após o ano de 1996 o aumento das áreas de preservação foi de 3.449,590,08 para 3.825.861,08<sup>45</sup>.

O Estado do Tocantins passou a adotar o ICMS-E em 2003, e repassa 13% no tocante a benefícios que contemplam o meio ambiente, conforme disposição em Lei Estadual<sup>46</sup>. Após o ano de 2003 o Tocantins obteve um aumento no tocante as áreas de preservação no âmbito municipal<sup>47</sup>.

Para Loureiro o ICMS-E tem papel fundamental em vários casos, “quicá na maioria, mas de maneira e intensidade diferentes, podendo ora ser o indutor principal, ora o indutor complementar de ações já encetadas, tais como as compensações por obras de grande impacto”<sup>48</sup>.

---

que cabe aos Municípios, nos termos do art. 2º, da **Lei nº 10.489, de 2 de outubro de 1990**, com a redação da **Lei nº 11.899, de 21 de dezembro de 2000**, e da **Lei nº 12.206, de 20 de maio de 2002**. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=12432&complemento=0&ano=2003&tipo=>. Acesso em: 10/05/2015..

<sup>41</sup> Dados extraídos do site: <http://www.rj.gov.br/web/sea/exibeconteudo?article-id=164974>. Acesso em 07/05/2015.

<sup>42</sup> BRASIL. **LEI Nº 13.188, DE 23 DE JUNHO DE 2009**. (publicada no DOE nº 117, de 24 de junho de 2009) Altera a Lei nº 11.038, de 14 de novembro de 1997, que dispõe sobre a parcela do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) pertencente aos municípios. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%A3oEstadual.aspx>>. Acesso em 10/05/2015.

<sup>43</sup> COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. São Paulo: Baraúna, 2012 p. 129.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei complementar 147 de 15 de janeiro de 1996**. Altera e acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 115, de 14 de junho de 1994, e dá outras providências. Art.1º,II,e) 5% (cinco por cento) proporcionais a ocupação territorial dos municípios com unidades de conservação. Disponível em: <[http://sapl.al.ro.leg.br/consultas/norma\\_juridica/norma\\_juridica\\_mostrar\\_proc?cod\\_norma=280](http://sapl.al.ro.leg.br/consultas/norma_juridica/norma_juridica_mostrar_proc?cod_norma=280)>. Acesso em: 10/05/2015.

<sup>45</sup> COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. São Paulo: Baraúna, 2012 p.141.

<sup>46</sup> **LEI Nº 1.323 de 4 de abril de 2002**. Dispõe sobre os índices que compõem o cálculo da parcela do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios e adota outras providências. Disponível em: <<http://www.al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em: 10/05/2015.

<sup>47</sup> COELHO, Leandro Alves. **ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia**. São Paulo: Baraúna, 2012 p. 144.

<sup>48</sup> LOUREIRO, Wilson. **CONTRIBUIÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO À CONSERVAÇÃO DA**

---

Conforme demonstrado, o ICMS-E está cada vez mais presente nos Estados brasileiros, diante da sua grande eficácia na aplicação de políticas ambientais. Para averiguar essa eficácia, tomar-se á como base alguns dados fornecidos pelos estados contemplados.

## 6 CONCLUSÃO

Vislumbra - se no presente trabalho, que conforme abertura constitucional, no tocante à ¼ estabelecido para a distribuição do ICMS onde os Estados podem decidir como distribuir deste valor, nasceu o ICMS-E, que não se trata de um novo imposto, mas sim a nomenclatura dada ao critério de repasse dada dos Estados para os Municípios. Dessa forma tornou possível a preservação ao meio ambiente, pois os Estados que aderiram esse tipo de repasse ganharam aumentos consideráveis das unidades de preservação de seus territórios, assim como os Municípios aumentaram suas receitas e consequentemente contribuem para a preservação do meio ambiente. Assim, verificou-se que a aplicação do ICMS-E nos Estados brasileiros contribui de forma efetiva para a preservação do meio ambiente.

## 7 REFERÊNCIAS

**BRASIL Lei Complementar n.º 59, de 1.º de outubro de 1991** Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, a que alude o art. 2.º da Lei n.º. 9.491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências.

**BRASIL. Altera a Lei n.º 3.201, de 23 de dezembro de 1981**, que dispõe sobre a parcela, pertencente aos municípios, do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS

**BRASIL. Lei complementar 147 de 15 de janeiro de 1996.** Altera e acrescenta dispositivos à Lei Complementar n.º 115, de 14 de junho de 1994, e dá outras providências. Art.1º,II,e) 5% (cinco por cento) proporcionais a ocupação territorial dos municípios com unidades de conservação.

Disponível em:

<[http://sapl.al.ro.leg.br/consultas/norma\\_juridica/norma\\_juridica\\_mostrar\\_proc?cod\\_norma=280](http://sapl.al.ro.leg.br/consultas/norma_juridica/norma_juridica_mostrar_proc?cod_norma=280)>. Acesso em: 10/05/2015.

**BRASIL. LEI N. 1.530, DE 22 DE JANEIRO DE 2004** “Institui o ICMS Verde, destinando cinco por cento da arrecadação deste tributo para os municípios com unidades de conservação ambiental.”

**BRASIL. LEI N.º 9.600, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2011.** Disciplina A Participação Dos Municípios Na Arrecadação Do Imposto Sobre A Circulação De Mercadorias - Icms, Mediante

---

**BIODIVERSIDADE NO ESTADO DO PARANÁ.** (Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Florestais - Área de concentração: Economia e Política Florestal, do Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná). Disponível em: <[http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao\\_do\\_icms.pdf](http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf)>. Acesso em 21/04/2015. p.96

---

---

Repasse Ecológico, E Dá Outras Providências. Disponível em: <<http://www.al.pb.gov.br/leis-estaduais>>. Acesso em: 10/05/2015.

**BRASIL. LEI Nº 0322, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1996.** Publicada no Diário Oficial do Estado n.º 1469, de 23.12.96. Dispõe sobre distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação dos impostos estaduais conforme disposições contidas no Artigo 158 da Constituição Federal e Lei Complementar Federal n.º 63/90, e dá outras providências.

**BRASIL. LEI Nº 11.899 DE 21 DE DEZEMBRO DE 2000.** Redefine os critérios de distribuição da parte do ICMS que cabe aos municípios, de que trata o art. 2º, da Lei nº 10.489, de 2 de outubro de 1990, considerando aspectos sócio-ambientais, e dá outras providências.

**BRASIL. LEI Nº 12.432, DE 29 DE SETEMBRO DE 2003.** Ajusta os critérios de distribuição de parte do ICMS que cabe aos Municípios, nos termos do art. 2º, da Lei nº 10.489, de 2 de outubro de 1990, com a redação da Lei nº 11.899, de 21 de dezembro de 2000, e da Lei nº 12.206, de 20 de maio de 2002. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=12432&complemento=0&ano=2003&tipo=>. Acesso em: 10/05/2015..

**BRASIL. LEI Nº 13.188, DE 23 DE JUNHO DE 2009.** (publicada no DOE nº 117, de 24 de junho de 2009) Altera a Lei nº 11.038, de 14 de novembro de 1997, que dispõe sobre a parcela do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) pertencente aos municípios. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%A3oEstadual.aspx>>. Acesso em 10/05/2015.

**BRASIL. LEI Nº 14.023, DE 17.12.07 (D.O. DE 19.12.07)** Modifica dispositivos da Lei nº. 12.612, de 7 de agosto de 1996.

**Brasil. LEI Nº 5.813, de 03.12.2008** Cria o ICMS ecológico para beneficiar municípios que se destaquem na proteção ao meio ambiente e dá outras providências.

**BRASIL. LEI nº 5100 de 04 de outubro de 2007.** Altera a lei nº 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do icms, incluindo o critério de conservação ambiental, e dá outras providências.

**BRASIL. PARAÍBA. Tribunal de Justiça.** (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 99920120005494001, Tribunal Pleno, Relator José di Lorenzo Serpa , j. em 12-12-2012).

**COELHO, Leandro Alves. ICMS Ecológico aplicável à área de influência do Complexo Intermodal do Sul da Bahia.** São Paulo: Baraúna, 2012 p. 144.

Conservancy, The Nature. Texto Disponível em: [http://www.icmsecológico.org.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=51&Itemid=81](http://www.icmsecológico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=81).. Acesso em 21/04/2015>.

Dados extraídos do site:<http://www.rj.gov.br/web/sea/exibeconteudo?article-id=164974>. Acesso em 07/05/2015.

Índice De Desempenho De Política Ambiental Para O Estado De Minas Gerais 2014 Ano Base 2013. disponível em:

[http://www.feam.br/images/stories/Indicadores\\_Ambientais/indicadores\\_ambientais\\_2013\\_pub\\_em\\_2014.pdf](http://www.feam.br/images/stories/Indicadores_Ambientais/indicadores_ambientais_2013_pub_em_2014.pdf). Acesso em 05/05/2015 p.29

Informação disponível em< <http://www.fjp.mg.gov.br/robinhood/index.php/leirobinhood/historico>>. Acesso em 02/05/2015.

Informação disponível no site

<[http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com\\_content&view=article&id=53&Itemid=60#ac](http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=60#ac)>. Acesso em 10/05/2015.

JÚNIOR, Amery Moisés Nadir. **Icms Ecológico: Princípios E Estratégias Necessárias Para Uma Implementação Na Coprodução Do Bem Público.** P.92

**Lei 18.030, DE 12 DE JANEIRO DE 2009** Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios.

**LEI N 1.323 de 4 de abril de 2002.** Dispõe sobre os índices que compõem o calculo da parcela do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios e adota outras providências. Disponível em: <<http://www.al.to.gov.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em: 10/05/2015.

LOUREIRO, Wilson. **CONTRIBUIÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO À CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO ESTADO DO PARANÁ.** (Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Florestais - Área de concentração: Economia e Política Florestal, do Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná).Disponível em :<[http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao\\_do\\_icms.pdf](http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf)>. Acesso em 21/04/2015.

PIRES, Éderson. **Icms Ecológico.** Aspectos Pontuais. Legislação Comparada, 2001. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26943-26945-1-PB.pdf> > Acesso em: 02/06/2015.

# O DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA E A PRÁTICA DOS PROCEDIMENTOS DE SAÚDE DA DOUTRINA ESPÍRITA

Karin Luiza Ferreira<sup>1</sup>  
Jociane Machiavelli Oufella<sup>2</sup>

Recebido em: 08 jul. 2016  
Aceito em: 21 jul. 2016

**Resumo:** O presente trabalho versa sobre a legalidade dos procedimentos de saúde da doutrina espírita no que tange a liberdade de crença e os seus pensamentos, mandamentos e procedimentos. É apresentado sob a forma de artigo científico atendendo a requisito obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela UNIARP – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. O objetivo geral da pesquisa é investigar sobre como são tratados os procedimentos de saúde da doutrina espírita, ante a liberdade de crença, as garantias constitucionais e quais as propostas para tipificar esses crimes. São objetivos específicos: Estudar a dignidade da pessoa humana atrelada aos direitos fundamentais de vida e saúde; analisar quais as principais religiões existentes e reconhecidas no território brasileiro; vislumbrar a legalidade dos procedimentos de saúde da doutrina espírita ante o Código Penal vigente. O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Conclui-se que os procedimentos de saúde da doutrina espírita não devem ser tipificados nos crimes Exercício Ilegal da medicina, Charlatanismo e Curandeirismo, pois estão protegidos pelos princípios fundamentais existentes.

**Palavras-chave:** Direitos e Garantias Constitucionais. Procedimentos de Saúde Espírita. Legalidade Penal.

## THE RIGHT TO FREEDOM OF BELIEF AND PRACTICE OF PROCEDURES SPIRITUALIST DOCTRINE OF HEALTH

**Abstract:** This paper deals with the legality of health procedures spiritual doctrine with respect to freedom of belief and thought, commands and procedures. It is presented in the form of scientific paper serving mandatory requirement for the degree of Bachelor of Law UNIARP - University Alto Vale do Rio do Peixe. The overall objective of the research is to investigate how health procedures spiritual doctrine are treated, given the freedom of belief, constitutional guarantees and which proposals to typify these crimes. Specific objectives: To study the human dignity linked to the fundamental rights of life and health; analyze which major existing religions and recognized in Brazil; glimpse the legality of health procedures spiritual doctrine

---

<sup>1</sup> Karin Luiza Ferreira Acadêmico da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

<sup>2</sup> Doutoranda do Doutorado em Ciências Jurídicas da Pontificia Universidad Catolica da Argetina (Buenos Aires). Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (1999) e mestrado em Direito Economia e Política - Università degli Studi di Padova (2000). Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da UNIARP – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, professor titular da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe- Caçador e professor titular da Universidade do Oeste de Santa Catarina.



---

before the current Penal Code. The study makes use of the inductive method associated with the bibliographic research using descriptive production and observing the Normalization of Academic University Alto Rio do Peixe Valley (UNIARP) and rules of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT). It is concluded that health procedures spiritual doctrine should not typified the crimes mentioned above, because they are protected by the existing fundamental principles.

**Keywords:** Rights and Constitutional Guarantees. Spiritualist health procedures. Legality Criminal.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, apresenta como tema o direito à liberdade de crença e a prática de saúde da doutrina espírita, demonstrando que a liberdade de crença, liberdade de escolha e de pensamentos são protegidas pelo ordenamento jurídico vigente.

O direito à liberdade religiosa, é um dos direitos fundamentais associados à liberdade, que consiste na possibilidade de livre escolha pelo indivíduo da sua orientação religiosa, não se esgota no plano da crença individual, que é meramente subjetiva, sendo assim, de foro íntimo, o mesmo acontece com as práticas religiosas, também denominadas de liberdade de culto.

Desta forma, tem-se a seguinte problemática: A Constituição da República Federativa do Brasil, prevê em seu artigo 5º a liberdade de crença, instituindo dessa forma um país laico, de modo que seriam garantidos os direitos dos espíritas na prática de seus procedimentos de saúde colapsando com outros direitos fundamentais como à vida e à saúde.

Tendo em vista o fato do Brasil não possuir religião oficial, entende-se que todos os meios de crença são permitidos, desde que não venham a ferir o direito de outrem. Cita-se o caso dos médiuns, que no exercício do seu direito de crença e atos inerentes a prática religiosa, poderiam ser responsabilizados pelos crimes de charlatanismo, exercício ilegal da medicina ou curandeirismo, justificando-se assim a abordagem acerca do assunto.

Inicialmente será discutida a dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais inerentes, explícitos no artigo 5º da carta magna.

Em segundo plano será feita análise acerca das principais religiões existentes no Brasil e a sua evolução histórica, seus cultos e suas liturgias, abordando as novas ferramentas que contribuem para a evolução da humanidade

Ao final, serão apresentadas algumas proposições sobre crimes imputados aos médiuns. Estudando cada uma de suas condutas e a descaracterização destes, com análise jurisprudencial sobre o caso, apresentando como a constituição vigente protege a liberdade de crença e a liberdade das práticas de saúde da doutrina espírita.

---

## 2 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi considerada uns dos documentos mais importantes do século XX, esta foi traduzida em mais de 337 idiomas diferentes.<sup>3</sup>

A Declaração em questão foi levada para votação em 10 de dezembro de 1948, onde foi aprovada com o nome de Declaração Universal dos Direitos Humanos, contendo em seu texto uma vasta série de direitos fundamentais, contemplando tanto os direitos civis e políticos que asseguram ao indivíduo liberdade pública (primeira geração), como os direitos econômicos, sociais e culturais que garantem a consecução de ações governamentais a fim de garantir tais direitos (segunda geração)<sup>4</sup>

Durante dezoito anos a Declaração Universal dos direitos Humanos foi à única etapa de ação da Comissão de Direitos Humanos que realmente se concretizou. Esta foi seguida de algumas convenções específicas sobre os temas de direitos humanos, mas somente em 1966 é que o tratado geral a respeito se concretizou<sup>5</sup>

### 2.1 O BRASIL E OS PACTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil assim como alguns países trazem em suas Constituições os princípios fundamentais trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante denominada Constituição Federal, não apresenta nenhum dispositivo que determine a posição dos tratados internacionais perante o direito interno brasileiro, mas traz que para entrar em vigor no país estes deverão ser assinados por um representante capaz do Poder Executivo e ser submetido a referendo do Congresso Nacional.<sup>6</sup>

Desta forma dispõe o art. 49 da Constituição Federal

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;<sup>7</sup>

Ainda neste sentido o art. 84 da Carta Magna

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso

---

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

<sup>4</sup> MOISES, Claudia Perrone; DE ALMEIDA, Guilherme Assis. **Direitos Internacionais dos Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2002 p.40.

<sup>5</sup> MOISES., 2002, p.41

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9431](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431). Acesso em 19 out 2015.

<sup>7</sup> Vade Mecum. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.29.

---

Nacional;<sup>8</sup>

Os dois pactos passaram por este processo e foram ratificados pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991, pelo Decreto Legislativo nº 226.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º São aprovados os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas.

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Tendo sido os pactos promulgados no ano anterior em 06 de dezembro e 1992.<sup>9</sup>

Por estarem em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, positivado, cabe sua efetiva implementação dos direitos neles assegurados, ou seja, sua efetivação.<sup>10</sup>

## 2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo Dignidade surgiu na Roma Antiga, *Dignitas*, que significa o que era devido da parte de um dignitário: “Decoro, decência, honra e honrarias”<sup>11</sup>

A dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, considerado e tratado como um fim em si e jamais como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, por sua pretensão racional, apenas a pessoa se habituar em condições de autonomia, isto é, assim como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.<sup>12</sup>

Desta forma Glauco Barreira Magalhães Filho:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana.<sup>13</sup>

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana serve de base para todos os direitos e garantias que se encontram assegurada pela Constituição Federal. Deste princípio decorre o direito à vida, a liberdade, à manifestação, à saúde, à habitação, à segurança social, à educação, à moradia dentre outros.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Ibid., p. 37

<sup>9</sup> BRASIL, Decreto n. 591 de 6 de junho de 1992, Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Acesso em 20 de maio de 2016.

<sup>10</sup> MOISES., 2002 p.50

<sup>11</sup> Ibid., p.52

<sup>12</sup> COMPARATO., 1999, p. 20.

<sup>13</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 248. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7433#\\_ftn16](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433#_ftn16). Acesso em 23 Out 2015.

<sup>14</sup> ALEXY. Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 68

---

## 2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.3.1 Os Direitos fundamentais da primeira dimensão

Os direitos fundamentais passaram por inúmeras transformações de seu conteúdo, à sua titularidade, eficácia e efetivação.<sup>15</sup>

Se fala da existência de três dimensões do direito, e há quem inclusive defenda a existência de uma quarta dimensão. Surgiu no final do século XVIII representam uma resposta do Estado liberal ao absolutismo, dominando o século XIX. Sendo assim os direitos fundamentais de primeira dimensão visam a liberdade do ser humano do poder de império do Estado e defendia a participação do povo nos negócios públicos.<sup>16</sup>

Se pode exemplificar o que significa os direitos de primeira dimensão, como sendo eles o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política entre outros.<sup>17</sup>

### 2.3.2 Os Direitos Fundamentais da Segunda Dimensão

Com o grande aumento da produção e o enriquecimento de uma minoria e os inúmeros problemas sociais desencadeados pelo crescimento se fez necessário uma transformação e igualdades tanto formal quanto material para que não só uma parte da população se desenvolve, mas a totalidade da população.<sup>18</sup>

Paulo Bonadives afirma que

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.<sup>19</sup>

Pode-se dizer que os direitos fundamentais de segunda dimensão, vem para auxiliar no desenvolvimento do ser humano, para que este consiga desfrutar da tão almejada liberdade.

---

<sup>15</sup> COMPARATO., 1999, p.52

<sup>16</sup> Ibid., p. 52

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750). Acesso em 20 Out 2015.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750). Acesso em 20 out 2015.

<sup>19</sup> BONAVIDES, 1980, p. 517

---

### 2.3.3 Os Direitos fundamentais da terceira dimensão

Após a Segunda Guerra Mundial, surge a proteção internacional dos direitos humanos, totalmente voltado para essência do home e seu destino. Pode ser descrito como sendo os direitos coletivos em sentido mais amplo, que também pode ser chamado de interesse transindividuais, o que está incluindo os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.<sup>20</sup>

Os direitos fundamentais de terceira dimensão vêm na busca do conhecimento, o princípio da solidariedade, fraternidade e do respeito, desta forma, possibilitando a tão sonhada liberdade, trazendo o respeito os direitos sociais que humanidade tanto necessita.<sup>21</sup>

### 2.3.4 Os Direitos fundamentais da quarta dimensão

Existem doutrinadores na atualidade que defendem a existência dos direitos fundamentais de quarta dimensão/ geração, direitos esses relacionados à democracia, à informação, pluralismo e o direito de ser diferente.<sup>22</sup>

Paulo Bonavide nos fala:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.<sup>23</sup>

Com o direito de quarta dimensão não se tenta de forma alguma descaracterizar os direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira dimensão, e sim, para que assim se consiga criar o alicerce, a base para se construir uma sociedade aberta para o futuro.<sup>24</sup>

### 2.3.5 Os Direitos fundamentais da quinta dimensão

Alguns doutrinadores como Paulo Bonavides defendem a existência de uma quinta dimensão esse seria a o direito a paz, deslumbra o doutrinador que “a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Ibid., p.520

<sup>21</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações **ou dimensões dos direitos fundamentais?**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012.

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso em maio 2016.

<sup>22</sup> BONAVIDES., 571

<sup>23</sup> Ibid. p. 571.

<sup>24</sup> BONADIVES., p.572

<sup>25</sup> Ibid.,2006, p. 86.

---

Essa dimensão seria a demonstração de que os impactos dos conflitos da violência estão diretamente ligados a liberdade de pensamento, liberdade religiosa, o direito à saúde, educação entre outros e por este motivo desse o direito a paz ser enaltecido pelo nosso ordenamento jurídico, sendo assim, qualquer propaganda, qualquer apologia à guerra ao ódio deve ser proibida.

#### 2.4 PROTEÇÃO PELA DIGNIDADE E O PROBLEMA DOS LIMITES DA DIGNIDADE

Quando nos referindo a proteção pela dignidade estamos tentando traçando os limites, até onde se pode ir quando tratamos de direitos fundamentais, nos referindo aquilo que a doutrina germânica denomina como limites dos limites desta forma buscar coibir possíveis abusos que levam a supressão de tais direitos.<sup>26</sup>

A garantia dos direitos humanos universal é feita por lei, na forma de tratados e de leis internacionais.

#### 2.5 LIBERDADE DE CRENÇA

As conquistas do homem em prol da liberdade, igualdade e fraternidade tiveram seu marco inicial com o processo evolutivo das gerações ou dimensões, a primeira fase buscou a liberdade, essa liberdade de pensamentos trazida nessa primeira fase, trouxe a possibilidade da liberdade de crença, já que antes desse momento, o indivíduo era proibido de divulgar o seu pensar sobre as suas crenças.<sup>27</sup>

Kildare Gonçalves Carvalho discorre sobre o gênero liberdade:

A liberdade, como núcleo dos direitos humanos fundamentais, não é apenas negativa, ou seja, liberdade de fazer o que a lei não proíbe nem obriga, mas liberdade positiva, que consiste na remoção dos impedimentos (econômicos, sociais e políticos) que possam obstruir a auto-realização da personalidade humana, o que implica na obrigação do Estado, de assegurar os direitos sociais através de prestações positivas a proporcionar as bases materiais para efetivação daqueles direitos<sup>28</sup>

Os princípios, declarações, leis entre outros trouxeram o auxílio necessário para que a liberdade do indivíduo fosse respeitada sua forma de pensar, agir, falar, da liberdade de crer, que o trabalhador tivesse seus direitos garantidos.<sup>29</sup>

As religiões são mais antigas que todos os direitos elencados, mas ela traz exatamente aquilo que o direito tenta de todas as formas e ainda de forma arcaica proteger.

---

<sup>26</sup> SARLET., **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P70

<sup>27</sup> Id., 2011, p. 142-143

<sup>28</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da constituição – direito constitucional positivo**. 15 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 765.

<sup>29</sup> SARLET., 2011, P. 160

---

---

## 3 RELIGIÃO

### 3.1 CONCEITO DE RELIGIÃO

Uma das definições utilizadas para a palavra religião seria que é um conjunto de crenças relacionadas com aquilo que a humanidade considera como sobrenatural e sagrado, bem como, o conjunto de rituais e códigos morais que derivam dessas crenças, sendo que cada religião inspira certas normas e motiva determinadas práticas.<sup>30</sup>

A religião tem sido uma grande fonte de conflitos ao longo dos tempos, e até hoje existem inúmeras comunidades sendo destruídas e sociedades inteiras desestabilizadas em consequência do ódio e do fanatismo religioso. Muitos questionam qual seria o verdadeiro papel da religião na sociedade humana, pois religião, em suma, a base da religião é o amor e a caridade ao próximo.<sup>31</sup>

A definição de religião oferecida pelo doutrinador Urbano Zilles

De que embora de uso universal, não há um conceito unívoco, pois a etimologia da palavra continua em discussão desde o tempo dos romanos até os dias atuais; contudo, independentemente das discussões acadêmicas, em geral se entende por religião as formas concretas, visíveis e sociais de relacionamento pessoal, comunitário, ritos, costumes, patrimônio escriturístico e sapiencial.<sup>32</sup>

### 3.2 PRINCIPAIS RELIGIÕES

As três principais religiões monoteístas são o judaísmo, o cristianismo e o islamismo.

O monoteísmo vem do grego, **monos**= único e **théus** = Deus, sendo assim, “Deus Único”, acredita na existência de um ser onipresente e onipotente.<sup>33</sup>

Estas três religiões, apesar de compreenderem um universo distinto de dogmas e crenças, professam a fé em um único Deus e não admitem outros deuses a seu lado, sendo todas religiões proféticas, onde a mais antiga é o Judaísmo.<sup>34</sup>

#### 3.2.1 Judaísmo

O judaísmo é a mais antiga entre as religiões monoteístas. A história mostra que a origem do judaísmo se deu com base em um acordo entre Deus e o Patriarca Abraão e seus descendentes. Já os pesquisadores acreditam que o judaísmo tenha a sua criação na junção de mitologias e costumes das

---

<sup>30</sup> NOVA Enciclopédia Barsa. Livro do ano 2001. São Paulo: Barsa Consultoria Editorial Ltda, v 12, 2001, p. 276

<sup>31</sup> LAMA, Dalai. **Uma Ética para o Novo Milênio**. Trad. Maria Luiza Newlands. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 236

<sup>32</sup> ZILLES, Urbano. **Religiões, Crenças e Crendices**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 07

<sup>33</sup> DE AZEVEDO, Mateus Soares. **A Inteligencia dafé. Cristianismo, Islã e o Judaísmo**. Rio de Janeiro. Nova Era, 2006, p. 45

<sup>34</sup> ZILLES, 1997, p.61

---

tribos das religiões dos Levantes do Mediterrâneo.<sup>35</sup>

O judaísmo é também o Tralmude. Exatamente como a Torá é a lei escrita do povo escolhido, assim o Tralmude era, antigamente, a lei oral. Agora codificado, ele trouxe consigo o Mishná e a Guemará (estudos rabínicos), e interpreta, ilustra e amplia a lei escrita.<sup>36</sup>

Existem várias evidências das contribuições judaicas à religião islâmica por meio da análise de elementos comuns nos textos sagrados das duas religiões. Ambas possuem leis referentes à dieta, adotam um dia especial para a oração ou o descanso, e são resultado das relações entre lei escrita e falada, entre revelação e tradição. No entanto, a partir do século VIII. Os judeus assimilaram uma forma árabe de pensar e expressar, mas preservaram a essência do judaísmo como cultura autônoma.<sup>37</sup>

### 3.2.2 Islamismo

O Islamismo surgiu na península Arábica no século VII, baseada nas escrituras sagradas do Alcorão. Na visão muçulmana o islã surgiu desde a criação do homem, Adão seria o primeiro profeta e Maomé seria o último.<sup>38</sup>

Sobre o nascimento do Islamismo discorre Marcus Bach:

E assim o islamismo nasceu. Nasceu com uma visão, e essa é a apaixonada história de Maomé, profeta de Alá, e sua vitória sobre os 360 falsos profetas da cidade de Meca, sendo também a narrativa da unificação do dividido e disperso povo árabe. É a história do golpe e do contragolpe contra a vida do profeta, do milagre da fuga dos opressores e milagre de proteção do populacho infiel. É o drama da Hégira, a fuga do profeta do ridículo em Meca, para a sua segurança em Medina, que aconteceu em 622 E.C. e que registra o começo da era muçulmana. É o registro histórico da vida de Maomé em Medina, onde ele converteu as pessoas à fé, e de sua volta, a Meca e a captura da cidade pelo santo nome de Alá.<sup>39</sup>

Os cinco pilares que compõe o Islã, ou seja, a estrutura da vida do muçulmano é baseada na fé (iman), na oração (salat), no interesse pelo necessitado (zakat), no jejum (syam) e na peregrinação à Meca (hajj) para quem tiver posses para tal.<sup>40</sup>

Porquanto, a igualdade é um princípio destacado na lei islâmica, um requisito de justiça, aplicando-se a lei a todos sem distinção de quem quer que seja, e sem discriminação dos indivíduos quer pelo sexo, pela cor, riqueza, parentesco, quer mesmo pela crença, ou quaisquer outros motivos

---

<sup>35</sup> DE AZEVEDO, Mateus Soares. **A Inteligencia dafé. Cristianismo, Islã e o Judaísmo**. Rio de Janeiro. Nova Era, 2006, p. 70

<sup>36</sup> BACH, Marcus. **As Grandes Religiões do Mundo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record - Nova Era, 2002, p. 81

<sup>37</sup> GOLDFARB, José Luiz; Judensnaider. Os judeus e o Islã. **Revista História Viva** – Grandes Religiões 2, São Paulo: Duetto Editorial, n° 02, 2007, ISBN 85-9935-19-6, p. 40-45

<sup>38</sup> DE AZEVEDO, 2006 p. 90

<sup>39</sup> BACH, 2002, p.133

<sup>40</sup> HAYEK, Samir El. **Compreenda o Islam e os Muçulmanos**. Federação das Associações Muçulmanas de Alimentos do Brasil: Central Islâmica Brasileira de Alimentos Halal Ltda. 2005 p. 06



---

pelos quais as pessoas queiram se distinguir uma das outras.<sup>41</sup>

### 3.2.3 Cristianismo

O Cristianismo se desenvolveu com uma das ramificações do judaísmo, durante muito tempo foi uma seita judaica, porém, diferencia-se deste último pelo reconhecimento de um novo profeta, superior a Moisés, qual seja, Jesus de Nazaré. O Cristianismo é um termo utilizado de modo genérico para caracterizar a religião fundada por Jesus Cristo, onde se designam cristãos aqueles que a professam.<sup>42</sup>

Brandon Toropov relata:

Os Cristãos acreditam que Jesus era, ao mesmo tempo, Deus e homem, nascido na Terra para dirimir a espécie humana. Os seus seguidores celebram o mistério da encarnação, e aceitam e divulgam os ensinamentos éticos de Jesus, que enfatizam a misericórdia e o perdão. Acreditam ainda, os cristãos, que Jesus, após ter sido traído ressuscitou dos mortos, permitindo à humanidade alcançar a verdadeira salvação.<sup>43</sup>

O Cristianismo constitui uma expressão de fé rica e diversa que, como outras principais religiões, envolve muitas escolas e pontos de vista distintos. Ele é, hoje, uma religião global e Jesus foi considerado, algumas vezes, a pessoa mais influente na civilização ocidental.<sup>44</sup>

## 4 ESPIRITISMO

### 4.1 FILOSOFIA DA DOUTRINA ESPÍRITA

A doutrina espírita ao contrário do que muitos pensam não nasceu com Hippolyte Léon Denizard Rivail ou Allan Kardec como é conhecido mundialmente, o espiritismo se formou e transformou lentamente através da observação e de pesquisas científicas dos fenômenos espíritas. Muito antes de Kardec iniciar as codificações na França em 1845, bibliografias espíritas já existiam com a denominação de "neo- espiritualistas", mas foi Kardec que trouxe tais bibliografias para o lado filosófico, moral e religioso.<sup>45</sup>

Toda a doutrina que dá uma interpretação à vida, que traz a sua própria ideia de mundo, é uma filosofia.

A doutrina espírita é sobre o mundo, o mundo como um todo, o mundo sendo explicado e

---

<sup>41</sup> ZAIDAN, Abdul Karim. **O Indivíduo e o Estado no Islam**. São Bernardo: Junta de Assistência Social Islâmica Brasileira, 1990, p.81

<sup>42</sup> ZILLES, 1997, p. 70

<sup>43</sup> TOROPOV, 2006, p. 108

<sup>44</sup> Ibid, p. 111

<sup>45</sup> KARADEDEC, Alan. **O Evangelho segundo o Espiritismo**. Rio de Janeiro; FEB, 2008.p. 40

---

vivido, o algo a mais que sempre se busca.

#### 4.1.1. Ciência da Doutrina Espírita

O espiritismo tem em um dos seus pilares a ciência, pois é a busca incessante pelo conhecimento empírico. Com ajuda da ciência o espiritismo estuda os fenômenos mediúnicos, pois não existe o sobrenatural. Para a ciência os fenômenos, incluindo aqueles que podem ser taxados de inexplicáveis, encontram explicação com a ajuda da ciência.<sup>46</sup>

A ciência do espiritismo não consiste na ciência da imaginação e sim na ciência da observação e com ela a aprendizagem. O espiritismo trabalha da mesma forma que a ciência positiva, sendo assim, na aplicação do método experimental. Todos os princípios da doutrina foram fundamentados através de experiências e não em uma teoria preconcebida.<sup>47</sup>

#### 4.1.2 A Religião

O espiritismo é considerado uma religião, no seu sentido filosófico, pois busca a transformação da humanidade, a transformação moral dos homens, "religando" o homem a sua essência que é o amor e a caridade, trazendo as pessoas para sua origem divina. Mostra que o homem é um espírito livre em constante evolução, desta forma, responsável por seus atos, conquistas e fracassos.<sup>48</sup>

O espiritismo é religioso, na sua essência embora não se pode confundir com as religiões tradicionais que afirmam que as normas morais devem ser mostradas por uma autoridade de uma instituição. O espiritismo apresenta que os princípios éticos cristãos do amor ao próximo dos laços da fraternidade e da comunhão de pensamentos, não existem uma simples convenção, mas sim, na base sólida das leis da natureza, uma forma diferente de ver o mundo e as suas relações, uma forma diferente de existir.

#### 4.1.3 Essência do Espiritismo

A essência do espiritismo é seu lado consolador, mostrando que somos os responsáveis por absolutamente tudo, nossas dores, sofrimentos, algumas doenças, os amores, as felicidades, atraímos para nós aquilo que emanamos para os outros.

Dizer que o espiritismo segue uma ou outra religião na sua literalidade não é verdade, pois o espiritismo prega que somos espiritismo livres, que nosso futuro está em nossas mãos, mas que o nosso passado seja nessa ou em outra encarnação interferem.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> CARDOSO, Clodoaldo et Dominique, Muricy. **O Trabalho Científico**. São Paulo, Ed. Best Seller, 1980, p. 58

<sup>47</sup> CHIA, Mantak, **A energia curativa através do TAO**. São Paulo; ED. Pensamento, 1993.

<sup>48</sup> BRENANN, Barbara Ann. **Mão de luz**. 9ª Ed. São Paulo; Ed. Pensamento, 1994, p. 50

<sup>49</sup> Ibid., 1994, p. 50

---

## 4.2 AS PRÁTICAS DE SAÚDE DA DOUTRINA ESPÍRITA

Para o espiritismo o ser humano é formado pelo perísprito (nosso arquivo da alma) e pela matéria, assim como a matéria o periesprito vive em constante transformação.<sup>50</sup>

A história dos fenômenos da parapsicologia são tão antigos quanto o homem. A mitologia surgiu na tentativa de compreender o mundo, e tudo que o cerca. A evolução histórica do período Mítico (1776) mostra que o homem já buscava auxílio das divindades seja por sacerdotes, adivinhos, magos ou bruxas.<sup>51</sup>

O curandeirismo na antiguidade correspondia ao mais elevado saber, os homens da medicina antiga eram respeitados por todos, eram responsáveis por responder as necessidades da coletividade da época.<sup>52</sup>

A água fluidificada é um condutor de forças eletromagnética sempre utilizada nos tratamentos de cura das enfermidades, segundo o espiritismo descreve água fluidificada é a água energizada por ação magnética de um médium ou por intermédio dos espíritos benevolentes. Pesquisas feitas com a água fluidificada se comprovou que esta tem uma extraordinária semelhança com água tratada com ímãs. Se comprovou que a água fluidificada e a água tratada com ímãs apresentam alterações muito semelhantes a respeito da tensão da superfície, às pontes de hidrogênio e os padrões de cristalização do sulfato de cobre.

A música desde os tempos antigos é utilizada para acalmar e para tratamentos médicos, povos primitivos usavam os tambores e as matracas para reforçar o efeito das ervas e drogas. Platão atribuía a música como um poderoso meio de terapia e educação. Pitágoras afirmava que a música tinha sim, um poder curativo, sedativo para as doenças do corpo e da alma.<sup>53</sup>

O silêncio é sinônimo de paz, esse faz parte dos tratamentos espirituais, de acordo com a doutrina espírita o “estado de silêncio” exige acima de qualquer coisa um coração puro, para o equilíbrio humano se faz necessário o silêncio.<sup>54</sup>

## 4.3 A MEDIUNIDADE COMO PODER PARA A CURA

O homem vive através de três forças conjugadas, que são: vontade, pensamento e ação. A doença nada mais é que a vibração fora da harmonia, sendo assim, a doença é criada da mesma forma que qualquer outra coisa, ela surge através de nossas atitudes (ação e vontade), através de nosso

---

<sup>50</sup> KARDEC, Alan. **O Livro dos Médiuns**. Rio de Janeiro; FEB, 2008

<sup>51</sup> SAVARIS, Alfredina Arlete. Curas paranormais realizadas por João Teixeira e Farias:2003. P.16, monografia (Pós graduação em Estudos da Consciência ) Faculdade de Ciências Biopsíquicas do Paraná, Campus Universitário Dr. Bezerra de Menezes.

<sup>52</sup> Ibid., p. 24

<sup>53</sup> SARAVARIS, 1997, P. 47 -49

<sup>54</sup> Ibid., 50

---

comportamento (vontade e ação) e os pensamentos, o pensamento talvez seja mais maléfico para a raça humana, pois interferem ou perturbam o universo.<sup>55</sup>

Doutor José Lacerda Azevedo médico cirurgião geral ginecologista e adepto da apometria, nascido em 1919, nos fala sobre a energia.

A energia seria o “estado de fazer”. O pensamento requer energia? Então o pensamento poderia ser energia? Poderia a própria consciência ser pura energia? Talvez as várias formas de energia sejam semelhantes as várias formas de consciência.<sup>56</sup>

A cura por magnetismo nada mais é que um salto quântico (partículas ganham energia). Uma pessoa que doa energia para outra, está na verdade doando certa radiação que possuem frequências positivas, ativando assim os elétrons fazendo com que ganhem mais energia e consigam produzir esse salto que o levará para uma órbita mais elevada e afastada do seu núcleo. Para que ocorra esse salto o doente deve receber uma qualidade grande de energia positiva do doador, não importando a quantidade.

#### 4.4 EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA

Diz o Código Penal Brasileiro no que tange o crime de exercício ilegal da medicina:

Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:  
Pena - detenção, de seis meses a dois anos.  
Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa<sup>57</sup>

Em análise ao crime em tela, verifica-se discrepância com os procedimentos de cura espíritas, pois o médium interventor não atua como profissional médico e sim como agente capaz de, através manifestação espiritual de seu mentor espiritual, promover ato de recuperação da saúde, porque não falar no milagre da cura (como existem em demais outras religiões).

Em análise do tema e os elementos estruturais do tipo penal, visualiza-se que o termo “profissão de médico”, não está caracterizado na conduta do médium, e desta forma, seria uma conduta atípica praticada.

Leciona Bitencourt:

Há uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei. Essa operação, que consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal, chama-se “juízo de tipicidade”. [...] Quando o resultado desse juízo for positivo significa que a conduta analisada reveste-se de *tipicidade*. No entanto, a *contrario sensu*, quando o juízo de

<sup>55</sup> Kardec, 1998, p.185

<sup>56</sup> AZEVEDO, Dr. José Lacerda. **Espírito e Matéria, Novos Horizontes para a Medicina**. 3º edição. Editora Pallotti, pg 127

<sup>57</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 que institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm). Acesso em: 29 abr.2016.

---

tipicidade for negativo, estaremos diante da *atipicidade* da conduta.<sup>58</sup>

Conforme se extrai do tipo penal, está incluso na narrativa do crime a profissão de dentista e farmacêutico, todos sem a devida autorização legal.

#### 4.5 CHARLATANISMO

Previsto no artigo 283, também descrito no rol de crimes contra a saúde pública, o charlatanismo possui a seguinte narrativa:

Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:  
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.<sup>59</sup>

Na doutrina espírita não se faz promessas no que tange a cura, existe apenas o reequilíbrio energético do indivíduo e com esse reequilíbrio as células se conectam e pode ocorrer a melhora ou até mesmo a cura do enfermo. Mas mesmo que ocorra reequilíbrio energético nada acontecerá se o paciente não mudar suas condutas e pensamentos, pois o seu remédio está nele mesmo.

Configura o charlatanismo quando o agente ativo da conduta que divulga a cura por meio secreto ou infalível sabe que não o alcançará. Um estelionato da saúde pública. Conceitos estes não doutrinados no espiritismo, pois o que se proclama é a utilização da fé, naquilo que se acredita. Como bem menciona Nelson Hungria, “se o agente acredita, sinceramente, na eficácia do tratamento, será um ignorante, mas não um charlatão”.<sup>60</sup>

#### 4.6 CURANDEIRISMO

A linha tênue que existente entre a prática religiosa e o curandeirismo, que às vezes os fazem se confundir possui um largo afastamento quando se trata da legislação vigente.

O referido artigo, dentre seus incisos, descreve várias formas de se exercer o curandeirismo. No primeiro inciso, afirma que prescrever ou ministrar qualquer substância, afirmando ser curativa, sem a devida habilitação, ainda, utilizar-se de gestos e palavras de qualquer espécie, que faça crer na cura e a provisão de diagnósticos, todos por meio da superstição, ou seja, utilização da mística para a resolução dos problemas e das doenças.<sup>61</sup>

Dispõe o artigo 284 do Código Penal sobre o curandeirismo, veja-se:

Art. 284 - Exercer o curandeirismo:  
I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

---

<sup>58</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral 1**. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 259

<sup>59</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 que institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 29 abr.2016.

<sup>60</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Apud. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte especial**. 6 ed. Niterói : Impetus, 2011, p. 176.

<sup>61</sup> Ibid., 176.

---

II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III - fazendo diagnósticos;

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.<sup>62</sup>

Diz ainda, sobre o curandeirismo, Cezar Roberto Bitencourt:

A criminalização do curandeirismo tem como objetivo precaver a utilização de métodos curativos e profiláticos não científicos, ineficazes, cuja aplicação possa via colocar em risco a saúde de pessoas incautas, que acreditem nos seus falsos benefícios.<sup>63</sup>

Por tudo exposto, não se pode falar em crime de curandeirismo nas intervenções espíritas, por não estarem presentes os pressupostos para a caracterização da conduta delitativa, ou seja, a vontade, consciência e a voluntariedade para a finalidade criminosa, o que se tem, em tela, é amparo legal constitucional do livre exercício religioso.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar que os princípios elencados em nosso jurídico protegem na sua essência as práticas realizadas pela doutrina espírita, o direito à liberdade de pensamento a liberdade de crença.

O artigo 5<sup>a</sup> da Carta Magna, prevê a liberdade de pensamento, como sendo uma das formas mais ímpares de viver.

As religiões estudadas no caso as mais antigas, o judaísmo, Islamismo e o cristianismo, demonstram que o homem desde sempre este em busca do algo mais, de uma resposta do conhecimento, de um consolo, a religião vem para ser aquele abraço aquela demonstração de que não estamos sozinhos e realmente não estamos, existe um alguém, ou vários “alguéns” independentemente de religião, credo, a fraternidade, o amor e a paz, são pensamentos unânimes entre todas.

A doutrina espírita que se buscar entender de qual ramificação surgiu se é que, se ramificou de alguma, buscar auxiliar os enfermos par que recuperem sua saúde, não se admite promessa cura, pois essa cura não acontecerá, se a doente não quiser, nem por tratamento espiritual ou clínico. O processo da cura paranormal continua a ser uma questão em aberto, para a qual apenas as investigações científicas conseguiram dar uma resposta.

O Espiritismo como, religião, filosofia, ciência e doutrina, encontra-se protegido pelo nossa

---

<sup>62</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 que institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm). Acesso em: 29 abr.2016.

<sup>63</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 1197.

---

---

Constituição vigente, que assegura a liberdade de crença, liberdade de culto e de consciência. Mas por outro lado a lei pune os possíveis abusos, acusando alguns médiuns de estarem exercendo ilegalmente a medicina, curandeirismo e charlatanismo, um padre dar a benção ou um médium dar um passe não é propriamente uma infração penal, pois não se configura em nenhum dos delitos, a lei ampara protege o Espiritismo na sua forma religiosa, mas pune o Espiritismo- Medicina.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 68.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 que institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 29 abr.2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750). Acesso em 20 out 2015.

BACH, Marcus. **As Grandes Religiões do Mundo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record - Nova Era, 2002, p. 81.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 1197.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da constituição – direito constitucional positivo**. 15 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 765.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9431](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431). Acesso me 19 out 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

CHIA, Mantak, **A energia curativa através do TAO**. São Paulo; ED. Pensamento, 1993.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso em maio 2016.

DE AZEVEDO, Mateus Soares. **A Inteligencia dafé. Cristianismo, Islã e o Judaísmo**. Rio de Janeiro. Nova Era, 2006, p. 70.

GOLDFARB, José Luiz; Judensnaider. Os judeus e o Islã. **Revista História Viva – Grandes Religiões 2**, São Paulo: Duetto Editorial, nº 02, 2007, ISBN 85-9935-19-6, p. 40-45.

HAYEK, Samir El. **Compreenda o Islam e os Muçulmanos**. Federação das Associações Muçulmanas de Alimentos do Brasil: Central Islâmica Brasileira de Alimentos Halal Ltda. 2005. p. 06.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. *Apud.* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte especial**. 6 ed. Niterói : Impetus, 2011, p. 176.

KARADEK, Alan. **O Evangelho segundo o Espiritismo**. Rio de Janeiro; FEB, 2008.p. 40.

CARDOSO, Clodoaldo et Dominique, Muricy. **O Trabalho Científico**. São Paulo, Ed. Best Seller, 1980, p. 58.

KARDEC, Alan. **O Livro dos Médiuns**. Rio de Janeiro; FEB, 2008.

LAMA, Dalai. **Uma Ética para o Novo Milênio**. Trad. Maria Luiza Newlands. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 236.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 248. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7433#\\_ftn16](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433#_ftn16). Acesso em 23 Out 2015.

MOISES, Claudia Perrone; DE ALMEIDA, Guilherme Assis. **Direitos Internacionais dos Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2002 p.40.

NOVA Enciclopédia Barsa. Livro do ano 2001. São Paulo: Barsa Consultoria Editorial Ltda, v 12, 2001, p. 276.

SAVARIS, Alfredina Arlete. Curas paranormais realizadas por João Teixeira e Farias:2003. P.16, monografia (Pós graduação em Estudos da Consciência ) Faculdade de Ciências Biopsíquicas do Parana, Campus Universitário Dr. Bezerra de Menezes.

AZEVEDO, Dr. José Lacerda. **Espírito e Matéria, Novos Horizontes para a Medicina**. 3º edição. Editora Pallotti, p.127.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750). Acesso em 20 Out 2015.

SARLET., **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P.70.

ZILLES, Urbano. **Religiões, Crenças e Crendices**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 07

ZAIDAN, Abdul Karim. **O Indivíduo e o Estado no Islam**. São Bernardo: Junta de Assistência Social Islâmica Brasileira, 1990, p.81.