BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 874

(Ano X)

(06/10/2018)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2018

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA *(DF)* ***-*** *Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.*

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

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

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

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

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

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

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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico

Publicação semanal em formato digital

Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

05/10/2018 Carlos Eduardo Rios do Amaral
» Violência Doméstica: Nota sobre a Lei 13.715/2018 que dispõe sobre perda do poder familiar

ARTIGOS

05/10/2018 Antonio Augusto Vilela
» Uma breve analise sobre o acréscimo assistencial no percentual de 25% nas aposentadorias por idade e tempo de contribuição

05/10/2018 Benigno Núñez Novo

» Revalidação do diploma de médico no Brasil

04/10/2018 Filipe dos Santos Silva

» Benefício assistencial de prestação continuada: Aspectos constitucionais e atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal

04/10/2018 Antonio Augusto Vilela

» Direito penal e capitalismo: contribuição à crítica do direito fundamental à pena

04/10/2018 Vagner Luciano de Andrade

» A legislação brasileira e a fragmentação de ecossistemas: observações pontuais a partir das paisagens dos Distritos do Parque Durval de Barros e Sede Municipal, Ibirité - MG

03/10/2018 Antonio Augusto Vilela

» Uma breve reflexão sobre o racismo no Brasil e o direito no âmbito da sociedade brasileira

03/10/2018 Elias Doenha

» Análise constitucional da garantia à segurança no processo penal brasileiro: A segurança, entabulada no artigo quinto da Carta cidadã, em oposição à fundamentação genérica "manutenção da ordem pública" para a prisão preventiva, prevista no

03/10/2018 Wagner Rocha D'Angelis

» Muito além do Rubicão: discurso de paraninfo em Direito

02/10/2018 Renata Visco Costa de Almeida

» A seletividade do sistema penal nos crimes de drogas

02/10/2018 Antonio Augusto Vilela

» Direito, dignidade humana e saúde pública - uma análise sobre a saúde nacional e a influência do capital para preservação da vida

01/10/2018 Renata Visco Costa de Almeida

» Evolução da legislação antidrogas no Brasil

01/10/2018 Felipe Cesar Michna

» O direito de greve, breve histórico e a Constituição Federal

01/10/2018 Silvia Primila Garcia Raskovisch

» Especificidades do princípio do Defensor Natural

01/10/2018 Priscila Machado de Almeida Duarte de Sousa

» Talidomida e Zika: o que elas têm em comum? Uma discussão na perspectiva previdenciária

MONOGRAFIAS

05/10/2018 Túlio José Rocha de Vargas
» A Lei 8.429/92 e sua aplicação aos agentes políticos: um estudo crítico-analítico, doutrinário e jurisprudencial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: NOTA SOBRE A LEI 13.715/2018 QUE DISPÕE SOBRE PERDA DO PODER FAMILIAR

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL: Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Aos 24 de Setembro (2018) foi sancionada a Lei nº 13.715, que dispõe sobre a hipótese de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar.

Rompendo uma certa tradição que vinha sendo mantida pelo legislador, a Lei nº 13.715 cria hipótese de perda do poder familiar tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (§2º, do Art. 23) assim como no Código Civil (§ Único e Incisos, do Art. 1.638). Antes da edição da nova Lei as hipóteses de destituição do poder familiar eram tratadas apenas no Código Civil.

Acontece que sob o pretexto de dispor sobre nova hipótese de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar – em clara e bem-vinda política de enfrentamento à violência contra a mulher – a Lei nº 13.715 acabou criando flagrante dicotomia entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil.

Para o Estatuto da Criança (Art. 23, §2º) a Lei nº 13.715 previu como hipótese de perda do poder familiar a "condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar". Ou seja, a prática pelo genitor-agressor de qualquer crime doloso sujeito à pena de reclusão contra a genitora-vítima deverá importar na destituição do poder familiar do autor da infração penal.

Entretanto, a mesma Lei nº 13.715 (!) foi menos severa no Código Civil. Para este Diploma codificado não bastará a condenação genérica por crime doloso sujeito à pena de reclusão. O § Único, do Art. 1.638, exigirá para a perda do poder familiar que o crime praticado contra a genitora-vítima sejam os seguintes: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; e, b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Na hipótese do genitor-agressor praticar o denominado delito de Lesão Corporal Simples – nenhuma violência é simples! – do Art. 129, §9º, do Código Penal (Violência Doméstica), inclusive uma dezena de vezes contra a mesma vítima, nada acontecerá contra o genitor-agressor (!), pois o Estatuto da Criança exigirá a pena de reclusão para o delito – o Art. 129, §9º, comina pena de detenção (!) – e o Código Civil, por sua vez, não admitirá a Lesão Corporal Simples como causa de perda do poder familiar, mesmo quando o crime se tratar de violência familiar contra a mulher.

Para a Lei nº 13.715 a criança poderá assistir sua mãe ser espancada pelo seu pai, todos os dias, sem qualquer arranhão na titularidade do poder familiar desse carrasco doméstico. Claro, desde que do espancamento a vítima fique moída e destruída em cima de uma cama por no máximo vinte e nove dias (Art. 129, §1º, Inciso I, do Código Penal), quando ainda estaremos diante da hipótese de Lesão Corporal Simples. A reincidência na Lesão Corporal Simples pouco importa para a nova Lei (!).

O que se vê, de clara dicotomia legislativa, é que muitas vezes estaremos diante de casos de crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar que, de outro lado, não se constitua homicídio, feminicídio, lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher e, ainda, estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Tomemos o seguinte exemplo: marido e mulher são sócios de uma renomada sociedade limitada. A pretexto de eliminar sua sócia – e esposa – do pleito para eleição do conselho fiscal da empresa, para que esta não descubra desvio de dinheiro da sociedade comercial, praticado pelo marido e outros dois sócios, estes resolvem matá-la envenenada, colocando chumbinho em seu sanduíche da tarde. Denunciados a tempo por outro sócio, são presos em flagrante, não vindo a se consumar o crime.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De acordo com o Código Penal o marido no exemplo acima praticou o delito do Art. 270 do Código Penal, denominado "Envenenamento de Substância Alimentícia", em concurso de agentes, que se consuma com o envenenamento dispensando-se a ingestão do produto mortal, apenado com reclusão, de competência do juízo criminal comum. Não havendo de se falar, evidentemente, em hipótese de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A partir da edição da Lei nº 13.715 para o Estatuto da Criança, no exemplo dado, estaríamos diante de hipótese de destituição do poder familiar, pois trata-se de caso sujeito a pena de reclusão – o envenenamento de substância alimentícia é punido com pena de reclusão de dez a quinze anos – . Já para o Código Civil, o caso passaria ao longe da hipótese de perda do poder familiar, que exige a prática dos crimes de homicídio, feminicídio, lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte ou estupro, sempre envolvendo violência doméstica e familiar.

Qual Diploma legal aplicável?!! A dicotomia é evidente, promovida pela mesma Lei (!).

Não me atrevo a mergulhar na seara e nuances do Direito Penal, mas muitos operadores desse ramo do Direito poderão exemplificar muitas hipóteses em que estaremos diante de crime doloso apenado com reclusão que não se inclua no rol específico do § Único, do Art. 1.638 do Código Civil. Ainda mais quando este último Diploma também exige para a perda do poder familiar que o crime tenha sido cometido "envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher".

Para piorar ainda mais a situação. A mesma Lei nº 13.715 exigirá no Estatuto da Criança o trânsito em julgado da condenação, utilizando a expressão "a condenação criminal". E no Código Civil bastará a "prática contra a outrem", dispensando inclusive a ação penal, podendo-se perquirir a culpa civil, sob o crivo da independência das instâncias civil e penal.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A Lei nº 13.715 também poderia ter eliminado a impropriedade técnica do uso da expressão "incapacidade para o exercício do poder familiar" do Art. 92, Inciso II, do Código Penal de 1940, mas manteve o equívoco ao repeti-la. Na seara Infanto-Juvenil Cível trabalhamos com os termos "suspensão" e "extinção" do poder familiar. A expressão "incapacidade" poderá gerar muitas interpretações e incertezas jurídicas. Essa incapacidade seria definitiva ou provisória, sujeita a condição?

Outra falha pode ser apontada na Lei nº 13.715, demonstrando o pouco conhecimento da realidade social e familiar do País. Muitos lares são habitados por padrastos que não detém a guarda judicial, muito menos o poder familiar (através da adoção), sem a presença de família extensa. Exigindo a nova Lei a elementar "contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar", tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (§2º, do Art. 23) assim como no Código Civil (§ Único e Incisos, do Art. 1.638), poderia o padrasto-feminicida (não detentor de poder familiar!) pleitear a guarda judicial de seu enteado beneficiário de pensão por morte do INSS de sua genitora assassinada? Nos casos de união estável ou namoro sob o mesmo teto a situação ficaria ainda mais delicada para aplicação da Lei nº 13.715, pois a definição de poder familiar além de legal é também registral.

Uma última observação, a Lei nº 13.715 cria a figura bisonha da destituição do poder familiar dos avós (!): "perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (...) II – praticar contra (...) descendente" (Art. 1.638, Inciso II, do Código Civil). Ora, avós não detém poder familiar, quando muito a guarda judicial, não podem adotar por expressa vedação legal (Art. 42, §1º, do Estatuto da Criança). Acredito que a Lei nº 13.715 desejaria criar caso de revogação de guarda avoenga ou restrição de visitação. Acredito ...

Como se vê, o que poderia ser resolvido com um mero "control c control v", repetindo-se textualmente as hipóteses de perda do poder familiar no Estatuto da Criança e no Código Civil, ou mesmo alterando-se apenas este último, como era de nossa tradição legislativa moderna, a Lei nº 13.715 acaba criando dúvidas e incertezas sobre sua aplicabilidade prática, desafiando seus operadores a uma interpretação única e precisa para cada caso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

UMA BREVE ANALISE SOBRE O ACRÉSCIMO ASSISTENCIAL NO PERCENTUAL DE 25% NAS APOSENTADORIAS POR IDADE E TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

ANTONIO AUGUSTO VILELA: Bacharel em Administração e Direito, Pôs Graduado em Direito de Famílias e Sucessões, bem como em Direito PrevidenciárioEspecialista pela Instituição Damásio de Jesus.

RESUMO: Essa pesquisa ocasionada a inovação no direito material, admitida por inteligência dos tribunais, quanto à probabilidade do acréscimo auxiliar assistencial de 25% às aposentadorias por idade e contribuição. Esse acrescentamento está previsto na legislação, exclusivamente para a aposentadoria por invalidez. Traz ainda, contestações entre tribunais e atualmente entendimento do STJ, adverso ao bom emprego por semelhança do artigo da lei.

Palavras-chave: Aposentadoria por invalidez. Acréscimo assistencial 25%. Benefícios diversos. Princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This research resulted in the innovation in the material law, admitted by the courts' intelligence, regarding the probability of an auxiliary aid increase of 25% to pensions by age and contribution. This addition is foreseen in the legislation, exclusively for the retirement by disability. It also brings disputes between courts and currently the STJ's understanding, which is adverse to good employment due to the similarity of the article of the law.

Keywords: Retirement due to disability. 25% care assistance. Diverse benefits. Principle of equality and dignity of the human person.

INTRODUÇÃO

A atual pesquisa tem sua causa de ser na investigação de mais perfeita anotação quanto ao acrescentamento auxiliar assistencial de 25%

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

empregado na aposentadoria por invalidez, com baseamento no artigo 45 Lei 8.213/91, para os beneficiários que realmente careçam da assistência constante de outra pessoa, sem afrouxamento a benefícios diversos. Apesar disso, há múltiplos julgados causando que aposentados por acrescentamentos diferentes e que careçam de assistência constante de outra pessoa, possam se patrocinar desse acréscimo, cultivando anotação analógica para cada caso palpável. Logo, o emprego do artigo 45 da Lei de configuração limitativa, contravém o princípio da igualdade, bem como o da dignidade da pessoa humana.

Acolá da anotação analógica, a presente pesquisa expande a explanação acatando os direitos dos beneficiários ao passadio igualitário para o consentimento de benefícios com o necessitado acrescentamento assistencial, para o caso de invalidez e impossibilidade de gestão da adequada existência, carecendo para em tão alto grau de ajuda de terceiros para existir com o ínfimo de dignidade.

1 BREVE ANALISE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Com fundamento no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, são direitos fundamentais sociais, os direitos, ao trabalho, a saúde, a moradia, a segurança, a educação, ao lazer, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Logo, definindo direitos sociais, entre os quais são abarcados, como se viu acima, os direitos atinentes à Previdência Social, menciona-se a breve lição do autor Silva (1998, p. 289) que, segundo o qual os direitos sociais consistem em:

> Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Desse modo, analisando-se os direitos sociais como direito de isonomia é legal asseverar que eles se apresentam a abonar a dignidade humana dos cidadãos, e por tal pretexto contraem status de perpendiculares baseais, estáveis, assim sendo, cláusulas pétreas, não se podendo discorrer em sua eliminação, e por resultado, insonhável a eliminação do direito à Previdência Social.

Desse modo, a Previdência Social, conjuntamente com artifícios de saúde e de assistência social, configura o sistema nomeado de seguridade social, conforme expresso nos termos do artigo 194 da Constituição Federal de 1988.

Logo, seus atributos são a coordenação sob a adjacência de regime geral, de maneira contributiva e filiação cogente, sob os discernimentos competentes a conservar o balanceamento financeiro e atuarial. Versa em uma poupança coagida, atribuída aos cidadãos para que este chegue a ter condições financeiras de desfrutar da vida em coletividade, quando não mais houver aptidão laboral para exercitar as suas atividades.

Nesse sentido, os autores Castro e Lazzari (2008, p.76) definem o Direito Previdenciário como:

> Ramo do Direito Público, tem por objeto estudar analisar e interpretar os princípios e as normas constitucionais, legais e regulamentares que se referem ao custeio da Previdência Social – que , no caso do ordenamento estatal, também serve como financiamento das demais vertentes da Seguridade Social, ou seja, Assistência Social e Saúde) bem como os princípios e normas que tratam das prestações previdenciárias devidas a seus beneficiários.

BREVE ESTUDO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Inicialmente, a primeira disposição legal a abordar a propósito de Previdência Social no Brasil foi a Constituição de 1824, augurando aos cidadãos o direito dos apelidados “socorros pública”, sem, entretanto, adjudicar exigibilidade a tal perpendicular. Não se pode denegar, no

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

contudo, a importância histórica do acontecimento de, já naquele momento, ter existido a experiência de abrigo fundamental a esse direito.

Logo, a Constituição republicana de 1891 acarretava em sua saliência a probabilidade de aposentadoria por invalidez do funcionário público, custeada inteiramente pelo Estado, já que não pendia de nenhuma contribuição por artifício do trabalhador, consistindo esta em mais uma sistemática de valor histórico.

Isso porquanto, a primitiva legislação verdadeiramente acentuada concernente à Previdência Social, apareceu de configuração infraconstitucional, conquanto sob o escudo da Constituição Republicana, qual constitua, o Decreto Legislativo nº 4.682/1923, versado como Lei Elói Chaves, culpado pela concepção das chamadas caixas de aposentadorias e também para as pensões para os ferroviários.

Logo, com o surgimento da Constituição de 1934 teve inicio o sistema tripartite, antecipando a participação do empregador, do trabalhador, bem como a do Estado na contribuição do financiamento da Previdência Social; no lapso temporal de vigência da Carta Magna de 1937. Conquanto não a acarretasse qualquer novidade admirável a acatamento desse argumento, abrolharam múltiplas alterações acentuadas, no plano infraconstitucional.

Dessa maneira, sob o escudo da Carta Magna do ano de 1946 igualmente não se averiguou qualquer novidade admirável, entretanto, foi nela que abrolhou pela primitiva ocasião o denominado termo de Previdência Social, e sob a supramencionada foi editada a Lei Orgânica da Previdência Social, Lei de número 3.807/1960, na qual constituiu múltiplos acrescentamentos, abonando-se o primeiro caminhar em adereço ao preceito de seguridade social, tal como reconhecemos presentemente. A Carta Magna do ano 1967 causou novidades como o seguro desemprego e o salário família, bem como extensa legislação infraconstitucional.

Contudo, foi com a divulgação da Carta Magna do ano de 1988 que progrediram os direitos e garantias baseais dos cidadãos, tendo em aspecto, que essa Constituição abalizou a resposta de um Estado Democrático de Direito no país brasileiro. Dessa maneira, em decorrência disso foi a compreensível desenvolvimento no que pertence à Previdência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Social, constituindo acertado que o superfície de abrigo adjudicado aos cidadãos foi se expandindo ao extenso das Cartas Magnas Brasileiras, tendo abordado o seu culminância na validade da atual Constituição de 1988.

Dessa maneira, é majoritário o entrosamento de que se necessite abonar um mínimo de dignidade ao cidadão, de atitude que se possa desfrutar dos perpendiculares baseais e sociais. Nesse argumento é que se implantam os direitos atinentes à Previdência Social na Carta Magna do ano de 1988, aonde o aparelho de seguridade social tem a precípua desígnio de afiançar o bem estar e justiça sociais, abonando igualmente, que nenhuma pessoa seja abrigado do ínfimo existencial, assegurando-lhe o cortesia do princípio da dignidade da pessoa humana.

2 BREVE ESTUDO SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicialmente, o princípio está proclamado no inciso III do artigo 1º da Carta Magna de 1988, e tem disposição de evidência entre os alicerces do Estado brasileiro. Estimado o valor fundamental constitucional soberano, necessita se apresentar, não apenas como ensejo para coragem de casos palpáveis, mas ainda como diretriz hermenêutica para anotação e aproveitamento de diferentes preceitos legais.

Logo, o Estado tem a obrigação de proteção do princípio constitucional, competindo ao Poder Legislativo constituir normas que apontem ao amparo da dignidade da pessoa humana, bem como precisa agenciar a adoção de alcances que contornem aceitável a ascensão a uma existência digna, por meio de uma ação positiva dos poderes públicos, os quais necessitam aprovisionar pagamentos materiais, tais como: assistência e previdência social, trabalho, moradia, saúde, educação e lazer. Assim, por tal pretexto, a dignidade da pessoa humana se demonstra em um princípio abotoado à identidade material e tem como particularidade a concentração do mínimo existencial.

Logo o autor Ingo Wolfgang Sarlet propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana[1]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Por derradeiro, se tem que a dignidade da pessoa humana é, contudo, alvo de ligação dentre os direitos baseais, sem os quais se contorna impraticável a essência de uma existência alinhada. Opera como alcance e parâmetro da agilidade estatal, colocando na afinidade dentre o Estado e o indivíduo, que aquele permanece em colocação deste e não ao adverso.

3 BREVE ESTUDO SOBRE O ACRESCENTAMENTO DO ADICIONAL DE 25% NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Tendo em vista que se viu o desenvolvimento da Previdência Social no Brasil, culminando com a admissão do princípio da dignidade humana, cumprindo papel de destaque dentre os alicerces do Estado de Direito, abotoado à opinião de um mínimo existencial, que não carece ser misturado com o mero aprumado de estabilidade, apresenta-se que um acabado exemplar de aproveitamento de tal cabeçalho no campo Previdenciário, é o tema apreciado nessa pesquisa, assim sendo, a presciência legalística do acrescentamento de 25% nos acrescentamentos previdenciários de jubilação por invalidez, alargando-se às aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, quando acerte a superveniência da invalidez no afinco desses benefícios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Dessa maneira a Lei de número 8.213/1991, com implicação, antecipa em seu artigo 45, um acrescentamento de 25% no apego do benefício nas ocorrências em que o apanhado decorra a carecer de assistência constante de outra pessoa, abordando, apesar disso tal probabilidade, exclusivamente para os benefícios de aposentadoria por invalidez, sem a antevisão de afrouxamento para os benefícios diferentes, nos acabados termos:

> Artigo 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Logo, os acontecimentos que abonam o suplementar acréscimo de 25% em satisfaço, ainda em rol não categórico, vem prevenido nos termos do anexo I, do Decreto número 3.048/99.

Vislumbra-se ainda que o segurado já tem em seu acrescentamento o abrigo para a sua estabilidade, mas o que ambiciona a Lei é ir acolá, é contrabalançar os gastos com a acordo de outra pessoa, da qual ele se contornou condicionou, e que lhe acomode assistência constante nas agilidades cotidianas, tudo em inteirada concordância com o princípio da dignidade da pessoa humana, acima analisado.

Desse modo, o legislador efetivamente abraçou o conceito predisposto a aprovar o acesso a um pagamento cogente a uma vida honrada, considerando-se que o alegado suplementar foi uma atitude de abrandar o choque financeiro da contratação de uma pessoa cuide de seu benefício, daí o movedor pelo qual se afiançou imediatamente acima, que o mínimo existencial não pode ser misturado com o mero direito à permanência.

Enfim, portanto, ao denegar o afrouxamento interpretativo de que o acessório é igualmente aceitável para aqueles inativos por idade e por tempo de contribuição, aonde exista a superveniência de invalidez que contorne o favorecido condicionado a assistência constante de terceiro, atenta o legislador ampla omissão, onde o aproveitamento literal da lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

redunda em barulhenta iniquidade, em total insulto ao princípio da dignidade humana.

4 O IMPLEMENTAÇÃO DO SUPLEMENTAR DE 25% NAS APOSENTADORIAS POR IDADE E TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO – APLICAÇÃO EM ANALOGIA DO ARTIGO 45 DA LEI 8.213/1991

Logo, já se viu que o princípio da dignidade humana está estritamente abotoado à isonomia material. Desse modo, o aproveitamento restrito do artigo 45 da Lei de Benefícios acarreia a defloramento ao princípio da igualdade, e, por consecutiva, à dignidade da pessoa humana, por abordar iguais de atitude dessemelhante, de atitude a não abonar a causados cidadãos as mesmas categorias de prover suas imperativas basilares, notoriamente porque agregadas a supervivência pelo auxílio de terceiros perante de conjuntura de inaptidão seja ela física ou mental.

Logo, a incapacidade, quando determina apoio permanente de uma pessoa terceira que cuide do aposentado, fazer jus a análogo tratamento da Lei a fim de adjudicar o mínimo de dignidade humana, conforme preceitua o artigo 201, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a aplicação do artigo 45 da Lei nº 8.213/91 exclusivamente às aposentadorias por invalidez, abandona o abrigo constitucional aqueles que se aposentaram, seja por idade, ou por sua vez, por tempo de contribuição, mas que depois, se atinaram abordados de invalidez que coagisse a supervivência pela achega de terceiro, assim sendo, pela contratação de uma pessoa que cuide.

Assim, para ajustar esta circunstância de dessemelhança, que acomete o princípio da dignidade da pessoa humana, os Tribunais abancaram, ainda que debilmente, a outorgar o acréscimo assistencial de 25%, por analogia ao já alegado dispositivo legalístico, aos aposentados por idade ou tempo de contribuição, desde que: a) permaneça confirmada a inaptidão definitiva que abonaria a comunicação da aposentadoria por invalidez, caso o beneficiado já não jazesse aposentado, e, b) exista a obrigação de ajuda constante de outra pessoa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Logo, a probabilidade de aproveitamento analógico do artigo 45 da Lei de Benefícios à condição transcorre, especialmente, do fato de a Lei não decretar que a achega de terceiros seja cogente desde o cabeçalho da inaptidão. Por esse prisma, se o apanhado que se aposentou por inaptidão e após aconteceu da necessidade de ajuda constante de terceiro perpetra *jus* ao acrescentamento, com muito mais motivo se necessita asseverar o benefício àquele que, tendo colaborado por toda uma existência para a previdência, completou os requisitos legais para a aposentadoria e, após, foi abordado de inaptidão, acertando a carecer permanentemente do adjutório de terceira pessoa.

Assim, se justapondo a Legislação, não resta altercação dentre o aposentado por invalidez, que carece do auxílio constante de terceiro, e o aposentado por alguma das modalidades de aposentadoria pressagiadas na legalidade, que suporta de uma enfermidade diagnosticada posteriormente, e que o despache à obrigação do mesmo apoio constante de terceiro.

Dessa maneira, o amparo da seguridade social, segundo os regramentos da Carta Magna, em ambos casos, carece ser a mesma, pois o bem que se almeja resguardar com o acréscimo assistencial de 25%, e a vida, acudindo aquele que carece de outras pessoas para existir com um mínimo de dignidade. A circunstância fática é a própria.

Entretanto, esse entendimento não era comum, e muita cisão existia dentre os julgadores, fato que inventou com que a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, agrupada em sessão na data de 18 de fevereiro de 2016, reafirmasse a questão da probabilidade do acessório de 25% no apego da aposentadoria do beneficiado que depender de auxílio constante de terceira pessoa, embora que a concessão da aposentadoria não contenha tida como pretexto a invalidez.

Dessa maneira, em ambos os casos analisados[2], aposentados por idade e contribuição e não por invalidez, questionaram à Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais contra Acórdãos de turmas recursais que negaram o acréscimo de 25% previsto no artigo 45 da Lei nº 8213/91.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Logo, o relator dos procedimentos, o Juiz federal Marcos Antônio Garapa de Carvalho, deu sortimento aos solicitados dos aposentados, para reafirmar a questão de que:

> A concessão do adicional de 25% por auxílio permanente de terceira pessoa é extensível à outras aposentadorias além daquela por invalidez, uma vez comprovado os requisitos constantes no artigo 45 da lei nº 8.213/91

Ademais, o meritíssimo julgador mencionou em seus dois votos trechos do Pedido de uniformização de interpretação de lei federal de número 50033920720124047205, de relatoria do Juiz federal Wilson José Witzel, que abrangeu que:

> (...) preenchidos os requisitos 'invalidez' e 'necessidade de assistência permanente de outra pessoa', ainda que tais eventos ocorram em momento posterior à aposentadoria e, por óbvio, não justifiquem sua concessão na modalidade invalidez, vale dizer, na hipótese, ainda que tenha sido concedida a aposentadoria por idade, entendo ser devido o acréscimo (...)

Dessa maneira, como visto esta atual decisão, apesar de que não prenda as demais, compõe-se em um enorme precedente, a assinalar para a predisposição do entendimento jurisprudencial em abrigar-se, com apoio no princípio da dignidade da pessoa humana, a aproveitamento por semelhança do artigo 45 da Lei nº 8.213/91, extensivamente às diferentes modalidades de aposentadoria, e não exclusivamente àquela cuja ascendência consista em ter a invalidez.

Em contrapeso os Ministros Sergio Kukina e Campbell do Superior Tribunal de Justiça[3], acharam não ser necessitado o acrescentamento às aposentadorias diferentes, assim sendo, o artigo 45, da Lei de número 8.213/91, característico para a aposentadoria por invalidez.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Como visto nesta breve pesquisa, há debates quanto a aplicabilidade do artigo 45 da lei 8213/91, não carecendo ficar adstrita às aposentadorias por invalidez o acréscimo, podendo e necessitando ser desdobrado sempre que o beneficiário precisar do subsídio constante de diferente pessoa. A sua explanação restritiva infringe o principio da igualdade e o principio do abrigo escasso de direito fundamental.

Dessa maneira, cabe aos profissionais do direito e juristas, procurar a isonomia ao direito basilar, a igualdade e consequentemente a dignidade àquelas pessoas que não apresentem as categorias basais em isonomia de condições com aquelas que a legislação permite.

Assim, o relator Rogério Favreto, do Tribunal Regional Federal da 4ª região, AG 0001005-20.2014.404.0000, abertamente tem a abantesma de não carece existir acometimento as aberturas da igualdade, dignidade da pessoa humana, bem como pela proteção insuficiente[4].

Portanto, as decisões a favor ao artigo 45, da Lei 8.2313/91, não são unânimes, devendo os beneficiários na condição prevista no artigo citado, proporem no judiciário ações visando a busca do seu direito fundamental, com acréscimo assistencial a sua aposentadoria, cuja interpretação analógica em conjunto com os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, devam ser utilizados para o bem desses beneficiários, quando estiver em situação de dependência física, intelectual e cognitiva de terceiros, situação análoga ao especificado no artigo 45 da Lei 8.2313/91.

REFERÊNCIAS

SILVA, J.A. da. Direito Constitucional Positivo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 289.

CASTRO, CA.P de.; LAZZARI, J.B, Manual de Direito Previdenciário, 10ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.76

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

GUERRA, Sidney. Principio da Dignidade Humana. Disponível em: < http://funorte.com.br/files/servico-social/13.pdf>. Acesso em 21 de julho 2018, 12.25 h.

Processos nº 5000107-25.2015.4.04.7100 e nº 5011904-42.2013.404.7205.

Resp. 1549719 e 1505366.

TRF4, AG 0001005-20.2014.404.0000, Quinta Turma, Relator Des. Federal ROGERIO FAVRETO, D.E. (06-06-2014).

Lei 8.213/91.

Decreto 3048/99.

[1] Ana Lucia Lopes de Oliveira, advogada e pós-graduanda em Direito da Seguridade Social pela Faculdade Legale. E-mail: oli.ad@hotmail.com

[2] SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 289.

[3] Castro, A. P.; Lazzari, J.B, Manual de Direito Previdenciário, 10ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.76

[4]http://funorte.com.br/files/servico-social/13.pdf - Sidney Guerra - princ dignidade humana, 05.01.2016, 15.42 h)

[5] Processos nº 5000107-25.2015.4.04.7100 e nº 5011904-42.2013.404.7205

[6]Resp 1549719 e 1505366

[7] TRF4, AG 0001005-20.2014.404.0000, Quinta Turma, Relator Des. Federal ROGERIO FAVRETO, D.E. 06-06-2014).

NOTAS:

[1] GUERRA, Sidney. Principio da Dignidade Humana. Disponível em: < http://funorte.com.br/files/servico-social/13.pdf>. Acesso em 21 de julho 2018, 12.25 h.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

[2] Processos nº 5000107-25.2015.4.04.7100 e nº 5011904-42.2013.404.7205

[3] Resp 1549719 e 1505366

[4] TRF4, AG 0001005-20.2014.404.0000, Quinta Turma, Relator Des. Federal ROGERIO FAVRETO, D.E. 06-06-2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

REVALIDAÇÃO DO DIPLOMA DE MÉDICO NO BRASIL

BENIGNO NÚñEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

FRANK RONALDO SOARES
(Coautor)[1]

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre o processo de revalidação do diploma de médico no Brasil.

Palavras-chave: Revalidação. Diploma de médico. Brasil.

Abstract: This article has the objective of succinctly making an analysis on the process of revalidation of the medical diploma in Brazil.

Keywords: Revalidation. Diploma of doctor. Brazil.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer un análisis sobre el proceso de revalidación del diploma de médico en Brasil.

Palabras clave: Revalidación. Diploma de médico. Brasil.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

A Revalidação é o processo pelo qual os diplomas de cursos de graduação, emitidos por estabelecimentos estrangeiros de ensino superior, podem ser declarados equivalentes aos títulos constantes no Brasil.

O Brasil tem aproximadamente 17 mil médicos brasileiros formados no exterior que não podem exercer a medicina por não terem os diplomas reconhecidos, de acordo com estimativa da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem) dado referente ao ano de 2016.

Existem entre 15 mil e 20 mil desempregados ou trabalhando de enfermeiros, de auxiliares. São bacharéis em medicina. A dificuldade do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedido por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Instituição de Educação Superior Estrangeira (Revalida), uma das principais formas de revalidação do diploma no país. Além do Revalida, há outros processos em instituições federais de ensino superior.

A competência pela revalidação de diplomas de graduação expedidos por instituições de ensino superior estrangeiras é das 296 universidades públicas brasileiras que ministram cursos de graduação reconhecidos na mesma área de conhecimento. O processo não passa em nenhum momento pelo Ministério da Educação (MEC).

Atualmente, para ter validade nacional, o diploma de graduação tem que ser revalidado por universidade brasileira pública, regularmente credenciada e mantida pelo Poder Público, que tenha curso reconhecido do mesmo nível e área ou equivalente. Primeiramente, é necessário entrar com um requerimento de revalidação em uma instituição pública de ensino superior do Brasil.

A revalidação dos diplomas expedidos por universidades estrangeiras foi estabelecida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e deve ser feita por universidades públicas brasileiras. Para homologar os diplomas, as instituições nacionais precisam ter em sua grade cursos do mesmo nível e área daquele cursado no exterior.

2 Desenvolvimento

Atualmente, para ter validade nacional, o diploma de graduação tem que ser revalidado por universidade brasileira pública que tenha curso igual ou similar, reconhecido pelo governo, fundamentado no artigo 48, § 2º, da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB).

> Art. 48. (...)
>
> § 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.

Todo procedimento de revalidação está amparado pela Resolução nº 3, de 22 de junho de 2016:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> Art. 1º Os diplomas de cursos de graduação e de pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado), expedidos por instituições estrangeiras de educação superior e pesquisa, legalmente constituídas para esse fim em seus países de origem, poderão ser declarados equivalentes aos concedidos no Brasil e hábeis para os fins previstos em lei, mediante processo de revalidação ou reconhecimento, respectivamente, por instituição de educação superior brasileira, nos termos da presente Resolução.
>
> (...)
>
> Art. 3º Os diplomas de graduação obtidos no exterior poderão ser revalidados por universidades públicas brasileiras, regularmente credenciadas, criadas e mantidas pelo poder público, que tenham curso reconhecido do mesmo nível e área ou equivalente.

Bem como a Portaria Normativa nº 22, de 13 de dezembro de 2016, ambas emitidas pelo Ministério da Educação:

> Art. 1º - Os diplomas de cursos de graduação e de pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado), expedidos por instituições estrangeiras de educação superior e pesquisa, legalmente constituídas para esse fim em seus países de origem, poderão ser declarados equivalentes aos concedidos no Brasil e hábeis para os fins previstos em lei, mediante processo de revalidação e de reconhecimento, respectivamente, por instituição de educação superior brasileira, nos termos desta Portaria.
>
> § 1º - Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.

Desta forma, qualquer pessoa que tenha obtido sua graduação em Universidades estrangeiras pode ter seus Diplomas reconhecidos em nosso território nacional, podendo assim exercer sua profissão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

O candidato a revalidação do diploma deve fazer seu requerimento junto a Universidade competente, a qual deverá elaborar parecer circunstanciado informando o aluno sobre o deferimento, ou sobre a necessidade de equiparação da grade curricular:

> Art. 6º - O pedido de revalidação/reconhecimento de diplomas de cursos superiores obtidos no exterior deverá ser admitido a qualquer data pela instituição revalidadora/reconhecedora e concluído no prazo máximo de até cento e oitenta dias.
>
> § 1º - A instituição revalidadora deverá, dentro do prazo previsto no caput, proceder ao exame do pedido, elaborar parecer circunstanciado, bem como informar ao requerente o resultado da análise, que poderá ser pelo deferimento total, deferimento parcial ou indeferimento da revalidação do diploma.

Desta forma, mediante requerimento junto a Universidade Revalidadora, o interessado pode ter seu diploma revalidado, ou, se for o caso, ter a possibilidade da realização de curso de complementação de grade curricular, podendo assim ter sua equiparação curricular, podendo ao final ter seu diploma devidamente revalidado.

Quando o candidato não obtém êxito na Revalidação de seu diploma, ele está apto a obter a Equivalência Curricular, sendo certo que a própria Universidade irá oferecer o Estudo Complementar. No ano de 2014, por força de um TAC – Termo de Ajustamento de Conduta 01/2014, surgiu a possibilidade de os "Estudos Complementares" serem efetuados em IES – Instituições de Ensino Superior Particulares, desde que conveniadas pela Universidade Federal de Mato Grosso.

Já no final de 2016, mediante o sucesso do processo de equivalência curricular, o Ministério da Educação exarou a mencionado Portaria Normativa 22, a qual deu força de lei as preceitos então almejados pelo Ministério Público Federal, o qual por força do TAC, evidenciou algumas vertentes, como a necessidade da democratização e universalização do ensino, bem como a imperiosidade da participação de IES privadas no processo, e o mais importante; em relevância sobre provas objetivas do sistema Revalida convencional. a equivalência curricular por meio de aulas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

práticas se mostrou muito mais eficaz para fins de formação de novos médicos.

Provocado pelo Ministério Público do Acre acerca do procedimento de Revalidação de Diplomas, o Ministério da Educação, pelo Conselho Nacional de Educação, concedeu o Parecer CNE/CES nº 93/2017, no qual convalida todo o procedimento realizado para ofertar os "Estudos Complementares", sendo certo que no referido parecer menciona a Universidade Brasil, deixando claro que as Instituições de Educação Superior, públicas ou privadas, que gozem de autonomia universitária, podem ofertar "Estudos e Atividades Complementares" para efeito de revalidação de diplomas de graduação de Medicina.

Pontos fundamentais foram esclarecidos, dando publicidade e jurisprudência administrativa, a favor da metodologia de EQUIVALENCIA CURRICULAR, vejamos a transcrição de alguns trechos:

Conclusão

A equivalência curricular, o melhor procedimento para adequação do seu ensino a realidade do sistema único de saúde brasileiro como já ocorre em algumas universidades brasileiras, o então aluno, já profissional da medicina adquire a teoria consubstanciada pela prática do dia a dia da medicina.

E o mais interessante, para a realização desse cumprimento de grade curricular, além da participação dos docentes envolvidos no processo, as aulas práticas se dão "in loco", ou seja, junto aos municípios, hospitais regionais, regionais de saúde, policlínicas, UPAs ou congêneres.

A bem da verdade, esses profissionais não podem realizar atendimentos sozinhos, toda vida serão regidos pela lei de preceptorial, que é uma lei que regula alunos/médicos por médico preceptor, trazendo assim segurança e organização a todo processo de ensino. Ainda, como mais uma benesse desse sistema de atualização e extensão médica, temos que os municípios carentes de profissional de medicina já ganham com o acréscimo destes médicos em estágio, os quais somam e otimizam o atendimento, e o mais importante, após a formação já estão ali preparados para eventualmente permanecerem e residirem nestas regiões já que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

acabam criando vínculos uma vez que o curso nunca será inferior a 09 meses.

O INEP deixou de realizar a prova do REVALIDA, portanto, como já era autorizado, mas agora de forma mais incisiva, as Universidades Públicas nos termos do artigo 48, § 2º, da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), são competentes e possuem autonomia para firmar Editais e criar sistema próprio de Revalidação de Diplomas de Médicos formados no exterior.

Referências

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei número 9394, 20 de dezembro de 1996

PORTARIA NORMATIVA MEC Nº 22 (13/12/2016): Dispõe sobre normas e procedimentos gerais de tramitação de processos de solicitação de revalidação de diplomas de graduação estrangeiros e ao reconhecimento de diplomas de pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado), expedidos por estabelecimentos estrangeiros de ensino superior

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm

http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=44661-rces003-16 pdf&category_slug=junho-2016-pdf&Itemid=30192

http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-07/pais-tem-17-mil-medicos-formados-no-exterior-sem-revalidar-diploma-diz

http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/212-educacao-superior-1690610854/43071-novas-regras-vao-facilitar-a-validacao-de-diplomas-emitidos-por-instituicoes-do-exterior

NOTAS:

[1] Médico, mestrando em engenharia biomédica pela Universidade Brasil, especialista em medicina do trabalho pela Faculdade de São José do Rio Preto. E-mail: frankronaldomed@hotmail.com

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FILIPE DOS SANTOS SILVA: Professor. Advogado. Mestrando na PUC-SP. Especialista em Direitos Fundamentais e Humanos na Universidade Católica do Porto/Portugal. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Constitucional Aplicado na Faculdade Damásio. Graduado na USJT.

Resumo: O presente artigo científico versa sobre o Benefício Assistencial de Prestação Continuada (LOAS) em seus aspectos constitucionais e tem por finalidade analisar o tão polêmico "requisito objetivo" segundo a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Este artigo divide-se em três partes. Primeiramente serão analisados os aspectos constitucionais do referido benefício. Na segunda parte será analisado o posicionamento hodierno do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Por fim, na terceira parte teremos a conclusão da pesquisa jurisprudencial e a apresentação do resultado obtido. Assim sendo, esta pesquisa sanará as dúvidas sobre o critério objetivo benefício assistencial de Prestação Continuada, buscando propiciar um caminho seguro aos magistrados, advogados, estudantes de direito e cidadãos na seara protetiva da assistência social assegurada pela Constituição Federal de 1988.

Palavra-chave: Direito Constitucional. Direito Previdenciário. Benefício Assistencial de Prestação continuada (LOAS). jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The present scientific article deals with the Benefit of Continuing Care (LOAS) in its constitutional aspects and its purpose is to analyze the controversial "objective requirement" according to the current jurisprudence of the Federal Supreme Court. This article is divided into three parts. Firstly, the constitutional aspects of this benefit will be analyzed. In the second part will be analyzed the current position of the Federal Supreme Court on the subject. Finally, in the third part we will have the conclusion of the jurisprudential research and the presentation of the

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

obtained result. Therefore, this research will resolve the doubts about the objective criterion of continuity benefits, seeking to provide a safe route for magistrates, lawyers, students of law and citizens in the protective field of social assistance guaranteed by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Constitutional right. Social Security Law. Continuing Care Benefit (LOAS). jurisprudence of the Federal Supreme Court.

Sumário: *Introdução. 1. Aspectos constitucionais do Benefício Assistencial de Prestação Continuada. 2. Atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o critério objetivo do Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Conclusão. Referências.*

Introdução:

O Benefício Assistencial de Prestação Continuada, popularmente conhecido como LOAS, decorre de previsão constitucional do art. 203, inciso V e caracteriza-se como a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Nestes termos, o dispositivo constitucional reporta à legislação infraconstitucional a regulamentação da matéria. Assim, coube à Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS (lei nº 8.743/93) a fixação dos requisitos para concessão do Beneficio Assistencial de Prestação Continuada.

A LOAS em seu artigo 20 regulou a matéria estabelecendo dois requisitos indispensáveis para o recebimento do referido benefício: um requisito subjetivo (critério etário ou deficiência) e um requisito objetivo (hipossuficiência/ miserabilidade).

O primeiro requisito não gera muitas divergências, sendo aplicado de forma quase que unânime. O idoso é aquele que tem sessenta e cinco anos de idade ou mais e o deficiente é aquele ao qual o laudo pericial atestou algum tipo de incapacidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Já o requisito da hipossuficiência, também denominado de critério da miserabilidade, é alvo de muitas divergências, sendo que essas dissensões surgiram desde seu nascimento e permanecem até os dias atuais.

Em 2013 a Suprema Corte Brasileira apreciou a questão em âmbito de repercussão geral no RE nº 580.963/PR[1]. Desse Julgamento é de suma importância colacionar alguns trechos do Voto Vencedor, proferido pelo Ilmo Ministro Gilmar Mendes (escolhido para redigir o acórdão).

> (...) É fácil perceber que a economia brasileira mudou completamente nos últimos 20 anos. Desde a promulgação da constituição foram realizadas significativas Reformas constitucionais e administrativas, com repercussão no âmbito controlada, o que tem permitido uma significativa melhoria da distribuição de renda. Os gastos públicos estão hoje disciplinados por Lei de Responsabilidade Fiscal, que prenuncia certo equilíbrio e transparência nas contas públicas federais, estaduais e municipais. Esse processo de reforma prosseguiu com a aprovação de uma reforma mais ampla do sistema de previdência social (Emenda 41, de 2003) e uma parcial reforma do sistema tributário nacional (Emenda 42, de 2003).
>
> Nesse contexto de significativas mudanças econômicosociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para ½ do salário mínimo o valor padrão da renda familiar per capita.
>
> (...) Portanto, os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de ½ salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios. Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de ¼ do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.
>
> Portanto, além do já constatado estado de omissão inconstitucional, estado este que é originário em relação à edição da LOAS em 1993 (uma inconstitucionalidade originária, portanto), hoje se pode verificar também a inconstitucionalidade (superveniente) do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).
>
> (...) Ante o exposto, voto no sentido de (1) julgar improcedente a reclamação e (2) declarar a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS, sem pronúncia da nulidade, (3) mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014.

Nesse caminho, no final dessa reclamação o Tribunal, por maioria dos votos, negou provimento ao recurso e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade por omissão do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Considerou-se que houve "processo de inconstitucionalização decorrente

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)"[2].

Em que pese o Supremo tenha determinado ao Congresso Nacional a necessidade de nova reforma legislativa no critério objetivo, até a presente publicação desse artigo não há uma lei federal que trata do tema.

Assim, dada a ausência de uma manifestação definitiva sobre o critério objetivo surge a motivação desse artigo científico, que objetiva analisar os aspectos constitucionais do referido benéfico e o posicionamento hodierno do Supremo Tribunal Federal.

1. Aspectos constitucionais do Benefício Assistencial de Prestação Continuada

Destaca-se que a República Federativa do Brasil se funda no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incisos I, III, e IV).

Assim, sob a ótica desse complexo de Direitos fundamentais surgiu o Benefício de Amparo Assistencial. Nesse sentido evidencia-se a observação do Ministro Gilmar Mendes nos autos da Reclamação 4374 no trecho a seguir transcrito:

> "(...) li com atenção as atas das sessões constituintes realizadas no Congresso Nacional em abril de 1987 (Câmara dos Deputados, Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 21 de maio de 1987). Não posso reproduzir aqui todos os trechos interessantes. Posso confirmar, não obstante, que neles se torna visível o sentimento de esperança que pairou no conjunto das sessões constituintes nas quais se discutiu a respeito da garantia do benefício de um salário mínimo aos portadores de deficiência. Uma vez positivadas no texto constitucional, essas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

esperanças deixaram de ser meramente promessas e se converterem em um verdadeiro projeto de ação.

Não se pode olvidar, nessa perspectiva, o papel positivo cumprido por este constitucionalismo por alguns denominado de "simbólico" (Neves, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994), ao impor ao Estado uma incessante busca pela efetiva implementação de anseios sociais básicos. A Constituição de 1988 proclama a assistência social como um programa de ação positiva do Estado brasileiro. Não há mais espaço para considerações de tipo político e econômico sobre a conveniência da concessão do benefício assistencial ou sobre o valor desse benefício (um salário mínimo). O benefício e seu correspondente valor estão consagrados na Constituição e assim ficam protegidos contra qualquer tentativa de reforma.

Assim, ao contrário de outras ordens jurídicas, que preferiram não estampar no texto constitucional promessas sociais mais ambiciosas, a ordem constitucional brasileira protege a assistência social e, especificamente o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado. Esse direito ao benefício assistencial de um salário mínimo possui uma dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar dimensão objetiva. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao Legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do art. 203 da Constituição.

Com efeito, a Carta Cidadã[3] preceitua, em seu artigo 203, inciso V, a garantia de um salário mínimo aos portadores de deficiência, e idosos, que comprovarem não possuir meios de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, visando garantir uma sobrevivência digna, confira-se:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> (...) Omissis
>
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Do texto legal, percebe-se que essa norma constitucional é de eficácia limitada (Classificação José Afonso da Silva) tendo em vista que o constituinte condicionou a concessão desse benéfico às exigências previstas na Lei.

Assim sendo, a efetivação desse preceito foi estruturada na lei de Organização da Assistência Social, mais conhecida como LOAS (Lei nº 8.742/93) e no artigo 20 regulou a disposição constitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Estabelecidos os aspectos constitucionais do Beneficio Assistencial de Prestação Continuada, passaremos a analise da jurisprudência do Supremo sobre dos requisitos estabelecidos pela Lei 8.742/93, especialmente duvidoso "critério objetivo".

2. Atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o critério objetivo do Benefício Assistencial de Prestação Continuada.

Inicialmente cabe salientar que essa pesquisa acadêmica terá ênfase na análise jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal devido às atribuições conferidas pelo constituinte originário, em especial, a de Guardião da Constituição.

Assim, como o STF tem a função precípua de zelar pela aplicação da Lei Maior, impedindo qualquer afronta ao texto constitucional, faz-se necessário observar seu posicionamento, pois este confere norte para todas as demais decisões sobre o assunto.

Foram analisadas seis decisões, conforme lista a seguir:

1- Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 2436/SC. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 maio 2017.

2- Agravo em Recurso Extraordinário nº 934.132/SP. Relator Cármen Lúcia. Brasília, DF, 28 janeiro 2016.

3- Agravo regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 834.476/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 3 Abril 2015.

4- Recurso Extraordinário com Agravo nº 885166/SP. Dec. Monocrática. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 Maio 2015.

5- Recurso Extraordinário com Agravo nº 893508/SP. Dec. Monocrática. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 8 Jun 2015.

6- Recurso Extraordinário nº 567.985/MT. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 Abril 2013.

A luz das recentes decisões jurisprudências proferidas pelo Excelso Pretório é possível verificar que o entendimento atual deriva do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 567.985/MT, o qual declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parâmetro legal para concessão do BPC e testificou que o §3º do art. 20 é mero indicativo objetivo da hipossuficiência econômica do postulante, estando permitida, ao magistrado, a análise do caso concreto para averiguação da miserabilidade. No mais, o STF deixou claro que o requisito legal não pode ser usado como óbice para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Deste modo, o atual entendimento da Suprema Corte brasileira é no sentido da relativização do parâmetro expresso no §3º do art. 20, sendo considerado apenas como indicativo objetivo o qual não exclui a possibilidade de verificação, no caso concreto, da hipossuficiência do postulante.

Ademais, a partir dessa nova compreensão do requisito objetivo, existe a possibilidade de utilização de outros meios, outros critérios e outras formas de prova com o intuito de assegurar o preceito constitucional.

Conclusão:

In conclusus, o Benefício Assistencial de Prestação Continuada é instituto da assistência Social, encontra-se alicerçado na Lei Maior, é acobertado pelos princípios maiores da Dignidade da pessoa Humana e justiça social, constitui instrumento dos objetivos da República Federativa do Brasil, tendo o encargo de combater a pobreza, marginalização e desigualdade sociais a fim de propiciar a todos os idosos e deficientes uma existência digna.

O Supremo Tribunal Federal entende que o critério objetivo expresso no §3º do art. 20 da Lei nº. 8.742/1993 está defasado devido às evoluções econômicas e sócias da atualidade, o considerando como mero indicativo objetivo da hipossuficiência econômica, o qual norteia, de maneira simplória, a atuação do magistrado no caso concreto, pois atesta a presunção absoluta de miserabilidade quando a situação financeira familiar for igual ou inferior a ¼, mas não exclui a possibilidade de utilização de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

outros meios de prova para se aferir a necessidade econômica do postulante.

Em outras palavras, atualmente o Supremo Tribunal Federal entende que o requisito econômico exigido pela legislação traduz um mero indicativo objetivo que não exclui a possibilidade de verificação da hipossuficiência econômica do caso concreto, sendo possível analisar outros meios de prova para conceder o benefício Assistencial de Prestação Continuada ao postulante à vista dos princípios maiores da Constituição Cidadã.

Deste modo, a par dessas decisões analisadas nesse artigo científico, observamos que a Suprema Corte Brasileira considera que limites abstratos e objetivos não perfazem um caminho acertado quando estamos diante de benefícios assistências, pois se estaria indo ao encontro do principio legal que veda o exagerado apego ao formalismo jurídico, haja vista que a miserabilidade pode estar presente ainda que a renda per capta ultrapasse o parâmetro legal.

Referências

BONAVIDES, Paulo. Curso De Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AR 2436 AgR. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: . Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 934132. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=934132&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M >. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 834476 AgR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8163859>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 893508. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=893508&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M >. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 567985. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567985&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M >. Acesso em: 28 mai. 2018.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. Canon Neoconstitucional, Madrid: Trotta, 2016.
DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado – 26 ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado – 20 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Flavio. Curso de direito constitucional – 1 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional – 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015.

SARLET, INGO WOLFGANG. A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana - Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2º ed. Rio de Janeiro: 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo – 39 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Jurisdição - Diálogos Com Lenio Strck. São Paulo: Livraria Do Advogado, 2017.

NOTAS:

[1] RE nº 580.963/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 18/04/2013, DJe de 14/11/2013.

[2] RE nº 580.963/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 18/04/2013, DJe de 14/11/2013.

[3] Denominação dada por Ulysses Guimarães.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

DIREITO PENAL E CAPITALISMO: CONTRIBUIÇÃO À CRÍTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PENA

ANTONIO AUGUSTO VILELA: Bacharel em Administração e Direito, Pôs Graduado em Direito de Famílias e Sucessões, bem como em Direito Previdenciário Especialista pela Instituição Damásio de Jesus.

RESUMO: O presente trabalho consiste em um estudo bibliográfico sobre Direitos e Garantias Fundamentais, Criminologia e Filosofia do Direito. A principal finalidade desse trabalho foi apreciar os aspectos histórico filosófico da proporcionalidade dos delitos e das penas, com destaque para a desigualdade das penas em virtude da classe social dominante em relação a classe dominada. Aborda-se os fatores que contribuem para o cometimento dos crimes observando-se a não garantia do bem comum, tendo em vista que, todos os homens deveriam ter seus Direitos e Garantias Fundamentais respeitados, já que o Estado é quem promove a satisfação desses Direitos e Garantias. Elevam-se esses fatores, ao qual quis-se os importantes para a formação da justiça universal, que certamente almeja a sobrevivência em um cenário amplo repleto de particularidades a serem observadas constantemente. Julgando a partir dessa finalidade, ou seja, desse objetivo, destaca-se a relevância dos limites dos Direitos Fundamentais, que por meio de algumas transformações, como por exemplo, a Dignidade da Pessoa Humana, que permitiu uma garantia abstrata de melhor qualidade de vida para os indivíduos. Assim, é essencial destacar que todos os indivíduos são iguais perante a lei, e que essa garantia abstrata é que dá certa esperança aos homens. Além disso, expressa, em sua maior parte, o contentamento a certo grau de satisfação de grande parte dos cidadãos. Esses resultados, sem dúvida alguma, demonstram que a sistematização do Estado, possui um paradigma muito grande, que deve ser observado e modificado constantemente, atendendo os anseios sociais.

Palavras-chave: Critica. Direitos. Homens. Filosofia.

ABSTRACT: This paper is a bibliographical study on Fundamental Rights and Guarantees, Criminology and Philosophy of Law. The main purpose of

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

this study was to assess the historical philosophical aspects of proportionality of criminal offenses and penalties, especially the inequality of punishments due to the domination of higher social class over the less fortunate ones. It hereby discusses the factors that contribute to the commission of crimes by observing the fact that common good has no guarantee, considering that all men should have their Fundamental Rights and Guarantees respected, since the State is the one that promotes the satisfaction of these aforementioned Rights and Guarantees. These factors, which are important for the formation of universal justice, certainly aims at survival in a scenario filled with peculiarities to be constantly observed. Judging from this very purpose, that is, this goal, we highlight the relevance of the limits of Fundamental Rights that, through some changes, such as the Dignity of Man, have allowed an abstract guarantee of a better life quality for individuals. Therefore, it is essential to note that all individuals are equal before law, and that this abstract guarantee is what gives men some hope. Besides, it expresses, for the most part, the contentment in a certain degree of satisfaction by most citizens. These results undoubtedly show that the systematization of the State has a very huge paradigm, which must be constantly observed and modified, meeting social expectations.

KEYWORDS: Criticism; Rights; Men; Philosophy.

INTRODUÇÃO

O homem é um animal social por sua própria natureza, a vida em sociedade é imprescindível á existência humana, porém para que na vida em sociedade os conflitos de interesses não faça brotar no seio da mesma uma guerra generalizada entre todos os cidadãos, é necessário que haja um estado que sirva de mediador e conciliador destes conflitos, e se necessário for em ultima *ratio* o estado tem a legitimidade de punir o indivíduo que romper com o pacto social, ficando ele assim a mercê do direito punitivo que é conferido ao estado.

Os direitos e as garantias fundamentais, que por sua vez não são mais uma declaração por estarem positivadas o ordenamento jurídico, atua como um escudo de proteção do indivíduo em face da implacável atuação do estado, dá ao homem enquanto ser social uma certa segurança, já que os direitos e as garantias fundamentais são atributos invioláveis inerentes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ao ser humano, e o estado não pode exceder a sua esfera de atuação além deste escudo protetor do individuo.

> A analise do sujeito de direito revela, portanto, que os homens não receberam a personalidade jurídica abstrata para que pudessem se relacionar como iguais, mas para que pudessem voluntariamente se colocar à disposição da exploração. Tal analise explica, por isso mesmo, não apenas a troca equivalente, que, na superfície do capitalismo, parece imperar, mas também o âmago da exploração, no "mundo inferior" das r elações de produção.
>
> (FERREIRA, 2009, p. 69)

Porém, se observarmos com uma visão crítica a realidade social perceberemos que: o governo nada mais é do que um comitê que administra os negócios comuns de toda a classe burguesa, pois o estado é um estado burguês, e as leis que regem o estado são leis que privilegiam os interesses burgueses, a legitimidade de o burguês punir, segundo suas concepções.

Sendo assim será que os direitos e as garantias fundamentais são realmente um escudo intransponível?

1. CONCEPÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA, FILOSOFIA DO DIREITO

O desenvolvimento dos Direitos humanos e garantias fundamentais estão, de acordo com a história, colocados no argumento de ação ao absolutismo e à sociedade feudal. Entre os direitos humanos, os titulados direitos civilizadas ou livres arbítrios expressa e estabelecem o caminhar inicial de constituição ao discurso da cidadania contemporânea e dos direitos humanos. Tais direitos concebem a inicial aquisição de benefícios das pessoas contra o Estado e produziram seu sinal na passagem do feudalismo para o capitalismo. Os direitos civilizados satisfazem aos chamados livres arbítrios das pessoas diante do Estado, constituindo assim, um não fazer, uma supressão cogente do Estado diante à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade. Tais direitos estiveram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

materializados na chegada do período secular XVII, apresentando seu aparecimento brocardo na Revolução Francesa. (FERREIRA, 2011, p.151)

> Direitos Civis são direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se, de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular. São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos. São eles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil surgida com o desenvolvimento do capitalismo. (FERREIRA, 2011, p.152)

Em uma observação mais profunda, podemos compreender sob um olhar critico que o discurso, dos Direitos Humanos respondem a uma nova realidade material, na qual a sociedade que perecia sob julgo absolutista, neste momento já não teria condições de se sustentar politicamente; neste interim a burguesia se viu obrigada a lançar no seio social uma ideologia que pudesse fundamentar e atender seus interesses, a qual se dá os chamados Direitos Fundamentais.

Assim sendo, na mesma perspectiva observa-se a concepção de Direito Penal é que, é vista e considerada a propósito de um aspecto material, ao qual seria, o *iuspoenale*, concebido pelo ordenamento jurídico-penal, e também por um ponto de vista particular, subjetivo de cada individuo, ao qual seria, o *ius puniendi*, esclarecimento pelas condições da capacidade punitiva; as amplas polêmicas prontamente se constituíram em expressão do caráter do *ius puniendi*, em se aborda de uma forma seleta o direito individual a favor do Estado. Contudo, bem como o princípio moderno promove a parábola do *ius puniendi* e seu temperamento, ambiciona na veracidade procurar uma fundamentação persuasiva a seus abordes, restringindo a interferência estatal a um limite apropriado à excitabilidade contemporânea e a ensaio histórico. (ZEIDAN, 2002, p.52)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> Tendo em conta esta duplicidade, e sem pretensões de dar uma definição e uma simples noção previa, podemos dizer provisoriamente que o direito penal (legislação penal), é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama delito, e aspira que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão ou de interpretação da legislação penal. (PIERANGELI E ZAFFARONI, 2008, p.79-80)

Neste contexto o Direito de Punir, "*ius puniendi*", se fundamenta no contrato social, em que o cidadão cede ao Estado uma parcela de sua liberdade, tendo como resposta o bem comum, porem não se trata simplesmente de uma troca de favores, mas sim de uma sujeição do individuo à um sistema vigente, no qual os fatores reais de poder determinam as politicas a serem adotadas na sociedade.

Na perspectiva provisória de criminologia, compete a uma perspectiva de criminologia atualizada, que surgiu a partir dos anos 30 até os dias atuais, ao qual se diferencia pela convergência a sobrepujar as suposições patológicas da criminalidade, assim sendo, essas presunções fundamentadas a propósito de especialidades biológicas e psicológicas a qual caracterizariam os indivíduos delinquentes dos sujeitos habituais, e a respeito do indeferimento do patente arbítrio mediante um rigoroso determinismo. Esses ensinamentos significavam próprios da criminologia imposta pelo o Estado que, infundida na filosofia e na psicologia do direito posto ao naturalista, prevaleceu dentre o final do centenário advindo e inícios deste. (BARATTA, 2002, p.29)

> A maior parte dos autores define a criminologia como uma ciência. Ainda que tal premissa não seja absoluta na doutrina, não há como negar que, em sua grande maioria esta vê um método próprio, um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> objeto e uma função atribuíveis à criminologia. Mesmo entendendo a ciência como uma forma de procurar o conhecimento, diversa daquela que pode existir a partir do senso comum, não ha duvidas em afirmar que a criminologia é uma ciência. Também não se ignora a discursão segundo a qual as ciências humanas ou sociais não são realmente ciências, porque não trazem teorias de validade universal, nem dispõem de métodos unitários ou específicos. Em nosso entender, no entanto, crê-se que a criminologia reúne uma informação valida e confiável sobre o problema criminal, que se baseia em um método empírico de analise e observação da realidade. É claro que tal informação não traz, necessariamente uma forma absoluta, concludente e definitiva de ver toda realidade fenomênica. Como ciência do "ser", não é uma ciência "exata", que traduz pretensões de segurança e certeza inabaláveis. Não é considerada uma ciência "dura", como são aquelas que possuem conclusões que as aproximam das universais. Como qualquer ciência "humana" apresenta um conhecimento parcial, fragmentado, provisório, fluido, adaptável a realidade e compatível com evoluções históricas e sociais. De sorte que o saber empírico, subjacente ao conhecimento da criminologia, não deixa de apresentar certa dose de inexatidão em oposição às férreas leis universais das ciências "exatas". (SHECAIRA, 2011, p.48)

A filosofia critica desmascara a hipocrisia que assola a sociedade e manipula seus indivíduos, trazendo à luz da razão de preconceitos sociais, sendo assim a filosofia Marxista vêm em auxilio para desmistificar estas ideologias hibridas e divergentes que separa a sociedade em classes antagônicas, os interesses burgueses prevalecem porem a própria sociedade ditará seu fim.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Dentre o tema apontado, observa-se que a filosofia é conhecida, com o decorrer dos tempos como uma reminiscência materializada de axiomas, receies, conceitos, artifícios, perquisições e terminações. Mais a frente disso, é uma matéria universitária formada e explicitada em afinidade as demais divisões da informação. A filosofia é identificada a afastar-se de uma série explícita de inteligências a reverência do adequado pretexto. (MASCARO, 2010, p. 02)

> No mundo ocidental moderno, tal conjunto de abordagens racionais que constituem a filosofia forma uma espécie cânone alberga a reflexão que se relaciona. Hegel é tido pela a tradição como uma filosofo e a suas abordagens ou a visão de um pensador a partir de Hegel são consideradas filosóficas. A noção sobre o que é filosofia e quem são os filósofos é bastante problemática e sem critérios claros, assentada fundamentalmente na tradição. Kant e Marx estão no rol de filósofos, mas muitos resistiriam a considerar o Marques de Sade, na França do século XVIII, por exemplo, como um filosofo. Um pesquisador do pensamento de Sade, muitas vezes, passa por estudioso da literatura e não da filosofia. Mas, ao contrario, não se diz o que um pesquisador de Marx estuda sua literatura, e sim sua filosofia. (MASCARO, 2010, p. 02)

Sendo a burguesia a força dominante do Estado Moderno, o sistema capitalista se equilibra sobre seus alicerces contraditórios, sua funesta e hipócrita filosofia, na qual a desigualdade e a violação indiscriminada dos direitos dos cidadãos corroem o bem comum, o poder estatal e as leis asseguram este vexame que denominamos Estado Moderno.

Traçando um paralelo entre as ideias abordadas no decorrer desse breve capitulo, em voga observa-se um elo intrínseco entre estas concepções, o desenvolvimento da sociedade, sobretudo do capitalismo, nos traz a tona uma evolução do pensamento critico em face da sociedade como um todo, desde o discurso dos Direitos Fundamentais, até o método histórico-dialético.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Enfim a concepção critica da realidade social em face das Garantias Fundamentais, Direito Penal, Criminologia e Filosofia do Direito, nos revela uma falha na estrutura social, em todos os aspectos.

2. DIREITO PENAL E CAPITALISMO

Se abrirmos o livro da História e lançarmos um olhar no final do século XVIII, sobretudo na filosofia contratualista, que culmina na Revolução Francesa em 1789,observa-se que substancialmente o cerne da organização social não fora modificada com afirmação do Estado burguês, simplesmente o poder não se encontra concentrado nas mãos do monarca e sim de toda uma classe detentora das riquezas, classe esta que passa monopolizar as decisões políticas, econômicas e culturais, moldando o estado de modo que possam ter os maiores privilégios e tirarem o maior proveito possível do contrato social.

Neste período entra em cena o estado burguês, o rei é destronado, a burguesia ascende ao poder seus espectros de igualdade, floresce o capitalismo e o povo continua na miséria. Vitimados não mais agora por um representante de Deus na terra, mas sim de todo um sistema desigual, covarde e protecionista.

> As diferenças de classes estudadas por meio de um método histórico-dialético chegam ao cerne do modo de produção capitalista e de uma forma mais aguda chegasse ao a utilização da violência estatal pelo Direito Penal. A politica criminal capitalista do poder punitivo canaliza seu âmbito de incidência em fase dos interesses da concepção individualista ressaltando as linhas divisórias dessas diferenças descortinada utopia interpretação teleológica de proteção ao bem jurídico veremos a adoção de uma politica criminal protetora dos mais fortes, de forma tal desigual e desumana que a balança da justiça se apresenta inócua para estabelecer o equilíbrio em face dos desiguais. (ZEIDAN, 2011, p.01)

A pretensa organização da sociedade no modo de produção capitalista, não só permitiu, mas impôs a servidão e a desigualdade em face de inúmeras leis que privilegiam uma classe dominante em detrimento da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

grande maioria instaurando a desigualdade em todos os seguimentos da sociedade.

> As vantagens da sociedade devem ser igualmente repartidas entre todos os seus membros. No entanto, entre homens reunidos, nota-se a tendência continua de acumular no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria miséria e fraqueza. (BECCARIA, 2002, p.04)

Sem o mínimo de pudor ou remorso, a justiça punitiva não escapa à regra imposta pelo capitalismo, tendo em vista a monstruosa diferença na aplicação das penas entre as classes antagônicas, o direito de punir não é se não o direito do mais forte, escondida sob um véu chamado contrato social, solo fértil para os ideais capitalistas, é baseado nesta filosofia elitista que se fundamenta o capitalismo.

> No regime capitalista, em que a força de trabalho é mercadoria sujeita à leis do mercado haverá sempre pobreza e miséria. Assim a marginalização não deve ser compreendia apenas no seu aspecto criminal, quando assume variadas formas de violência. Nessa concepção, o Direito Penal é apenas mais um instrumento na superestrutura social de desigualdade sociais. (CAMPOS, 1988, p.56)

Em suma o Direito Penal se apresenta como uma ferramenta de controle social e protecionista aos interesses burgueses no modo de produção capitalista, tendo em vista que as desigualdades se operam em todos seguimentos da sociedade, e o direito de punir do Estado é açoite pelo qual o miserável é sub julgado.

3. CONTRIBUIÇÃO À CRÍTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PENA

Os direitos fundamentais surgem no seio da sociedade como um limite imposto frente ao estado para que o mesmo não atue de forma despótica no trato dos cidadãos, no que diz respeito às penas, que atuam *"ultima ratio"*, eles têm uma importância primordial para que o indivíduo excluso da vida em sociedade não perca a dignidade que todo ser enquanto homem tem direito, a legitimidade de punir do Estado teoricamente não deve ultrapassar este limite o que caracteriza como uma atuação imoral e desumana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> O sentido e a intensidade da atuação do Estado variam de acordo com o contexto social e histórico que se dão a conjuntura, a situação da luta de classes, as necessidades especificas de cada momento, tudo importa. O Estado poderá utilizar-se de níveis maiores ou menores de violência aberta e poderá parecer assumir, em maior ou menor grau, os interesses da classe dominada tanto o quanto o da classe dominante, dependendo do nível dos antagonismos e da pressão social em cada época. (FERREIRA, 2011, p.111)

Porém o que se pode observar numa perspectiva realista e crítica é que esses direitos são frequentemente e vergonhosamente transgredidos, a pessoa retirada do convívio social é vitimada por um sistema cruel e destruidor, o capitalismo fundado na perspectiva burguesa através de suas contradições que se segue em todos os aspectos da sociedade continua punindo com a mesma ineficiência e crueldade com que se puniam nas masmorras medievais, uma multidão de desgraçados e infelizes. Na sua grande maioria pobres vítimas das desigualdades sociais, não somente de sua liberdade, mas também de sua humanidade.

O nosso sistema penal é ineficiente, grotesco e degradante, prova disso é o enorme contingente de reincidentes no crime, o indivíduo não se recupera ele sedimenta em seu espírito, a verdade que o sistema capitalista nos revela, degradação e desigualdade, estes sórdidos adjetivos nos mostra do que a sociedade é feita, melhor, do que o burguês é feito.

Todo homem nasce livre e igual é o que diz o discurso, porém a sociedade é despótica e desigual, o sistema cria o delinquente para depois puni-lo. O sistema mantém as desigualdades e sub-julga os mais fracos, os burgueses fazem as leis, porém não as seguem, e assim se contradizendo sempre, o burguês segue sua imunda trajetória, prendendo, torturando, e libertando para logo em seguida prender, torturar e libertar novamente, e assim soa novamente em nossos ouvidos o discurso, todo homem nasce livre e igual!

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Enfim onde há desigualdades impera a iniquidade, e a sociedade cansada de tanto sofrer sob o julgo do burguês, necessita de liberdade e igualdade, não meramente formais ou mero discurso interesseiro de uma classe dominante, mas de fato uma realidade social mais viril e madura, onde os homens são tratados como homens e o bem comum impera, se o papel do Estado enquanto a vontade do povo deixa desamparado o povo o que se esperar de semelhante nação, se os direitos fundamentais nada mais são do que o fundamento da desigualdade e um discurso carente de sentido e de razão prática, é melhor que o Estado não exista é melhor retornarmos ao estado natural, assim sem leis nem Estados, sem sistemas nem discursos o homem possa de fato ser igual e livre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluirmos este trabalho, foi proposta uma analise critica, na qual, propôs desvendar a amplitude da atuação do Estado, o valor capital e o quanto o mesmo, pode influenciar na pena a ser aplicada; tal pesquisa, foi embasada em concepções criticas e estritamente anticapitalista, na qual, verificou-se o quanto esse sistema vil e sórdido é nocivo para o homem.

Percebe-se que os direitos fundamentais, são apenas uma declaração positivada, apresentada apenas como um escudo contra a atuação do Estado, e as garantias fundamentais, são apenas, atributos invioláveis inerentes aos indivíduos, no entanto isso seria, a não atuação do Estado alem do que lhe é subordinado. Entretanto, o que se percebe na realidade do sistema capitalista é que, a classe dominante, usa-se dessa abstração para conduzir e alienar os indivíduos, fazendo com que, grande parte das vezes, haja certa falta de efetivação de tais direitos e garantias fundamentais, na qual, faz com que, determinados cidadãos venham a sofrer as consequências da não efetivação total de tais discursos.

Diante de tudo, observa-se através de uma visão clinica social que, o valor capital ainda é o principal influenciador para que, os indivíduos, tenham uma vida deacordo com os direitos expressamente positivados. Podemos perceber uma grande falta de motivação e de ineficiência do Estado, grande parte dos aspectos, e nesse contexto, dando maior ênfase as penas, pois o número de reincidências em crimes é significamente relevante, se o indivíduo comete um delito e após ser punido volta a cometê-lo podemos concluir que o sistema penal é falho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Políticas de conscientização quanto à proteção não efetivação de tais direitos deveriam ser colocadas em primeiro plano, observando de tal maneira que, grande parte dos direitos e garantias fundamentais são muitas vezes deixados no papel ao invés de serem colocados em prática; também observa-se pela plenitude da temática, que a influencia do capital, pode interferir de forma intrínseca para o cumprimento desses direitos; tal fato observa-se em que, a garantia abstrata constitucionalmente imposta, não deixa de ser apenas, um discurso de interesses.

Enfim, é de extrema importância a crítica do direito fundamental à pena, visto que, em observação de perspectivas históricas, os indivíduos, sempre tiverem seus direitos não efetivados por parte do Estado, entretanto, conclui-se que mesmo assim, e os indivíduos são alienados, por um direito que um direito abstrato, garantidor de capital e de interesses.

REFERÊNCIA:

BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Critica do Direito: introdução à sociologia do direito penal.** 3ª. ed. Rio de Janeiro : Revan, 2002

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Ridendo Moraes. 2002. CAMPOS, Benedito. **Uma análise marxista.** São Paulo : Alfa Omega. 1990.

FERREIRA, EDER. **Cadernos de pesquisa do direito**. Vol.01. São Paulo : Expressão Popular Ltda, 2011.

FERREIRA, EDER. **Critica da igualdade jurídica.** São Paulo : Quartier Latin, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** São Paulo : Atlas, 2010

PIERANGELI, Jose Henrique. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 7ª ed. São Paulo – SP : Revista dos Tribunais Ltda, 2008

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **A origem das desigualdades entre os homens**. São Paulo : Escala. 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 3ª. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ZEIDAN, Rogerio. **Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais.** Aspectos de legitimidade e Limites da potestade punitiva. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002

ZEIDAN, Rogerio. **Revista Jurídica Direito e Realidade.** Monte Carmelo : Vol. 01. N. 01. Janeiro/junho 2011

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

www.conteudojuridico.com.br

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A FRAGMENTAÇÃO DE ECOSSISTEMAS: OBSERVAÇÕES PONTUAIS A PARTIR DAS PAISAGENS DOS DISTRITOS DO PARQUE DURVAL DE BARROS E SEDE MUNICIPAL, IBIRITÉ - MG *1*

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE2

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a fragmentação de ecossistemas no âmbito da legislação brasileira vigente, tendo como enfoque principal a legislação que libera sobre ZEE – Zoneamento econômico e ecológico a partir de observações das paisagens urbanas, rurais e naturais dos Distritos do Parque Durval de Barros e Sede Municipal, ambos componentes da cidade mineira de Ibirité, uma das trinta e quatro componentes da Grande BH e importante recorte de biologia e biodiversidade, com paisagens preservadas associadas à proteção de água para fins de abastecimento público metropolitano. Nos últimos vinte anos, a cidade ampliou seu tecido urbano fragmentando e isolando áreas ecológicas significativas com destaque para os Bairros Palmeiras e Bela Vista e atualmente as últimas áreas agrícolas do município sofrem com a especulação imobiliária e a pressão urbana, em especial, Barreirinho, Canal de Ibirité e Pintados. Se nada for feito, nos próximos anos, a urbe perderá parcela expressiva de

1 Pesquisa integrada realizada no âmbito das disciplinas de Biologia e Biodiversidade e Legislação Ambiental, ofertadas no módulo 53/2018 e componentes curriculares obrigatórios à integralização do Curso de Tecnologia em Gestão Ambiental – EAD do Centro Universitário de Maringá/Polo Ibirité – MG. Resultados parciais foram socializados durante evento de abertura do 37º BH Itinerante - Curso de extensão em Educação Ambiental promovido pela PBH/SMMA/GEEDA na atividade "TOPONÍMIA E PERCEPÇÃO DOS LUGARES: a Serra do Rola Moça, não tinha esse nome não" na tarde do dia 06/07/2018.

2 Discente do Curso de Tecnologia em Gestão Ambiental – EAD do UNICESUMAR – Centro Universitário de Maringá. Praça 14 Bis, 130/906 Bela Vista (CEP 01312-010) São Paulo – Capital. E-mail: botafogo321@yahoo.com.br

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

suas áreas verdes sendo urgente e necessária da criação de unidades de conservação federais, estaduais e municipais para frear o crescimento urbano desordenado e permitir a conectividade entre ecossistemas. O texto problematiza, a situação atual da cidade e perspectivas tendo como referência legal a APA Sul da Região Metropolitana criada em 1994 apresentando avanços e retrocessos no contexto da municipalidade com vistas a elucidar caminhos futuros que associem os serviços ecossistêmicos prioritários com desenvolvimento econômico e justiça social, consolidando as premissas da sustentabilidade. Por último, explicita que a legislação brasileira precisa avançar muito no controle à fragmentação de ecossistemas, com uma legislação articulada entre os três entes federados consolidando conquistas a toda coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação Brasileira; Fragmentação de Ecossistemas; Ecologia de Paisagens; Ecologia Urbana; Zoneamento ecológico-econômico.

INTRODUÇÃO

Estima-se que 45% das áreas originais de florestas tropicais do planeta já foram degradadas, a maior parte no século XX (SOARES, 2012, p. 21). A autora relata que, as barreiras de corais, um rico ecossistema foi devastado e que o restante desaparecerá da Terra num período de 10 a 20 anos, se o ser humano não reverter seus meios de apropriação dos recursos naturais (SAMPAIO; SOARES; BEHREND, 2016, p. 20). Os manguezais, berçário de inúmeras espécies, foram reduzidos a 50% de sua área original. Essa exemplificação da decadência das populações chama a atenção da coletividade para a temeridade de extinção de várias espécies, que ocorre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

50 a 100 vezes mais do que a taxa normal (SOARES, 2012, p. 21). Esta ampla iminência à biodiversidade mundial associada ao uso irresponsável que a sociedade contemporânea faz do ambiente, causa a fragmentação e consecutiva destruição de habitats, além da perda iminente de ecossistemas naturais, extremamente relevantes. Sampaio, Soares e Behrend, (2016, p. 20-21) registram que:

> A fragmentação e destruição dos ecossistemas, com substituição de ambientes naturais por áreas urbanas, agrícolas ou industriais, causam a morte de um grande numero de indivíduos, restando somente populações pequenas e isoladas nas "ilhas" remanescentes. As consequências são um alto grau de endocruzamento3, a perda da variabilidade genética e a invasão de espécies exóticas. A invasão de espécies exóticas causa alterações nas relações tróficas e aumento da competição entre as espécies (por alimento ou espaço), o que leva a maior vulnerabilidade das espécies nativas. Mudanças atmosféricas globais aumentam ainda mais a

3 **Endocruzamento**: cruzamento entre plantas e animais estreitamente relacionados (SOARES, 2012, p.213).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> degradação do meio ambiente. A destruição da camada protetora de ozônio aumenta a incidência de radiação ultravioleta (UV) na superfície da Terra e o aquecimento resultante modifica as condições ambientais. Ecossistemas desequilibrados são incapazes de realizar seus processos normais, como a ciclagem de nutrientes e a autodepuração, o que compromete sua produtividade e afeta a sobrevivência das espécies em todos os níveis da cadeia trófica.

Esse quadro se reverterá apenas se modos adequados de produção forem adotados, permitindo a utilização sustentável dos recursos naturais e serviços ecossistêmicos (uso adequado dos elementos minerais, das fontes de energia e de terras cultiváveis), com a criação de leis que disciplinem e restrinjam o uso irracional de ecossistemas, com a ampliação de técnicas de restauração e reabilitação de espaços degradados ou contaminados, com tecnologias limpas de produção de bens e serviços, com a reciclagem de materiais, e com a conscientização da população quanto ao verdadeiro valor da conservação do ambiente que garantirá a qualidade de vida no futuro (SOARES, 2012, p. 22). As desigualdades sociais e tecnológicas entre os países impedem a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(SAMPAIO; SOARES; BEHREND, 2016, p. 21). Por causa dos complexos problemas socioambientais, a conservação da biodiversidade exige a união de estratégias ecológicas, econômicas, educativas, jurídicas e politicas (SOARES, 2012, p. 22). É preciso incutir o espirito da sustentabilidade na reconstrução destes cenários impressivos, no qual a vida seja entendida e valorizada. O homem faz parte da teia da vida e de acordo com o vídeo do ICMBio (s/d):

> O sentimento invade o corpo aos poucos, no celular, na televisão, ou ao vivo, contemplar a natureza é uma experiência marcante e se torna quase uma terapia. Não é à toa que isso acontece, afinal nós também somos a natureza. Pulsamos juntos: plantas, minerais, animais e os seres humanos. É um caldeirão de vida, no qual somos apenas mais um dos muitos temperos. A riqueza dessas vidas faz parte do dia a dia: no frasco de remédio, na brisa que entra pela janela e até na lâmpada da sala. Usufruímos de vários benefícios gerados pela natureza, são os chamados serviços ecossistêmicos. Ganhamos com a regulação do clima nas cidades, os solos férteis, e os insetos que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> polinizam as plantas dos cultivos e contribuem na produção de alimentos. Assim, as unidades de conservação significam sobrevivência para os centros urbanos. As áreas protegidas nos diferentes países são fundamentais para o fornecimento de água nas maiores cidades do planeta. Você pode até estar comendo, vestindo e vivendo da natureza e nem percebeu: são corantes, fibras, sementes, óleos vegetais, essências e a própria madeira. Toda essa riqueza biológica, cultural e social é estratégica para o Brasil.

Cada ação de conservação significa a salvaguarda da biodiversidade do globo (SOARES, 2012, p. 22). O termo pegada ecológica (Ecological Footprint) significa, em termos de divulgação, a quantidade de água e terra necessárias para sustentar as gerações atuais, considerando-se todos os recursos ambientais gastos por uma determinada população (SAMPAIO; SOARES; BEHREND, 2016, p. 110). A expressão foi primeiramente usada em 1992, pelo ecólogo canadense William Rees, professor da Universidade Columbia Britânica (SOARES, 2012, p. 83). A pegada ecológica é usada ao redor do planeta como um indicador de sustentabilidade, para gerenciar e medir a utilização de recursos energéticos e materiais por meio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

economia (SAMPAIO; SOARES; BEHREND, 2016, p. 110). Explora o estilo sustentável ou insustentável de cidades, indivíduos, indústrias, nações, organizações, produtos, regiões, serviços, setores e vizinhanças (SOARES, 2012, p. 83). Desta maneira, a pegada ecológica contribui demasiadamente para o declínio global da biodiversidade, da geodiversidade e da sociodiversidade (SAMPAIO; SOARES; BEHREND, 2016, p. 110). Soares (2012, p. 83) registra que existem áreas de extrema influência humana (áreas urbanas e os campos cultivados) e áreas de moderada influência humana (desertos e florestas boreais). Assim, segundo Sampaio, Soares e Behrend (2016, p. 111), não se desconsidera que o trabalho do homem se volte majoritariamente para a degradação, fragmentação e perda de habitat.

> **Degradação de habitat:** refere-se às mudanças que reduzem a qualidade do habitat para muitas, mas não para todas as espécies. Exemplo: remoção da cobertura vegetal; os Agroecossistemas (atividades do agronegócio, por exemplo, as monoculturas); empobrecimento do solo (queimada, lixiviação); erosão; poluição sonora.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Fragmentação de habitat: refere-se ao fracionamento de um habitat continuo em uma matriz complexa de manchas de habitat em meio a uma paisagem dominada pela atividade humana. Exemplo: construção de ferrovias, pontes, estradas, linhas de transmissão.

Perda de habitat: refere-se à conversão definitiva de um ecossistema para outra utilidade. Exemplo: aquecimento global (emissão de gases/efeito estufa), eutrofização (acesso de fertilizantes), acumulo de um contaminante em cada nível da cadeia trófica (por exemplo, o mercúrio). Um exemplo clássico de perda de habitat e o que ocorre na Mata Atlântica de nosso pais, e uma floresta úmida tropical que retêm muitas espécies endêmicas, devido ao isolamento da floresta amazônica por milhões de anos. Das 904 espécies de mamíferos da América do Sul, 73 são endêmicas dessa floresta e 25 estão ameaçadas de extinção. A sua localização também coincide com 70% da população humana. Em consequência, mais de 92% desse habitat tem sido desmatado para dar espaço à agricultura e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

ao desenvolvimento urbano, e o que resta tem sido fragmentado, ameaçando muitas espécies (CAIN; BOWMAN; HACKER, 20114).

BIOLOGIA, BIODIVERSIDADE E A FRAGMENTAÇÃO DE ECOSSISTEMAS

Compreender riscos e perdas no âmbito da biodiversidade é um importante passo para controlar ou reverter à degradação de habitats, o aumento das espécies invasoras como gramíneas africanas e a sobre-exploração (SOARES, 2012, p. 82). Em qualquer cenário, são múltiplos os tipos que contribuem para o declínio de uma espécie resultando em sua extinção. A morte do último Ibex-dos-Pirineus (*Capra pyrenaica pyrenaica*), uma espécie de cabra montanhesa, endêmica da Espanha e França, ocorreu no ano de 2000, devido à queda de uma árvore (SAMPAIO; SOARES; BEHREND, 2016, p. 109). Essa espécie era abundante no século XIV, mas seus números decaíram rapidamente devido à caça, competições com rebanho domesticado e animais não-nativos, doenças, mudanças climáticas (CAIN; BOWMAN; HACKER, 2011). Durante o século passado, aproximadamente 40 Ibex-dos-Pirineus foram contabilizados, e os problemas de populações pequenas contribuíram para sua extinção (SOARES, 2012, p. 82). Lamentavelmente esse caso se repete, no qual

4 CAIN, M.L; BOWMAN, W.D; HACKER, S.D. **Ecologia**. Porto Alegre: Artmed, 2011. 640p.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

múltiplos fatores de ameaças e riscos contribuem para o declínio e a extinção de um determinado táxon5. Para Sampaio, Soares e Behrend (2016, p. 109), grave tem sido a perda de habitat para o prejuízo da biodiversidade:

> A fragmentação de habitat e a principal ameaça às espécies, e refere-se ao fracionamento de um habitat continuo em uma matriz complexa de manchas de habitat em meio a uma paisagem dominada pela atividade humana. Exemplo: construção de ferrovias; pontes; estradas; linhas de transmissão. Já a degradação refere-se às mudanças que reduzem a qualidade do habitat para muitas, mas não para todas as espécies. Exemplo: remoção da cobertura vegetal; os cultivos agrícolas (por exemplo, as monoculturas); empobrecimento do solo (queimada, lixiviação); erosão; poluição. Invasão de espécies invasoras, superexploração, mudanças climáticas também contribuem com o declínio da diversidade.

5 **Taxon**: termo geral para qualquer uma das categorias taxônomicas, tais como espécie, classe, ordem, filo (SOARES, 2012, p. 216).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Essa degradação tem diversas causas e toma muitas formas, por exemplo, na Península do Sinai, no Egito, Attum et al. (20066) compararam habitats de dunas degradados por agricultura colheita de vegetação e pastejo, em pequena escala com habitat não degradado (SAMPAIO; SOARES; BEHREND, 2016, p. 112). A degradação reduziu a porcentagem da cobertura de plantas e a altura da vegetação (SOARES, 2012, p. 86). Comunidades de lagartos desse habitat declinaram em decorrência da degradação, incorrendo em menos diversidade de espécies nos habitats (SAMPAIO; SOARES; BEHREND, 2016, p. 112). A degradação de habitat (Figura 01) e ainda mais ampla que a perda do mesmo, e seus efeitos apenas começaram a ser estudados e esclarecidos pelos pesquisadores da área (SOARES, 2012, p. 86).

Figura 01 – Paisagens de áreas particulares de preservação ambiental como a Mata do Soca (Lei Municipal 1.426/1996) precisam ser ampliadas

6 ATTUM, O.; EASON, P.; COBBS, G. *et al*. Response of a desert lizard community to habitat degradation: do ideas about habitat specialists/generalist hold. **Biological Conservation** 133 (1): 52-62, 2006.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Fonte: https://mg.mgfimoveis.com.br/mg-ibirite-lotes-dois-juntos-bairro-bosque-ibirite-terrenos-s-39823963

Para reverter esta situação é preciso de gestão associada à educação ambiental. No Brasil, ainda há limitações em formação de pessoal especializado em conservação da biodiversidade, e em ecologia de paisagens sendo destaque para a Universidade Federal de Goiás que oferta a graduação em Ecologia e Análise Ambiental, bem como há iniciativas em pós-graduação com destaques para a ESCAS – Escola Superior de Conservação Ambiental e Sustentabilidade em Nazaré Paulista – SP, onde a ONG IPE – Instituto de Pesquisas Ecológicas oferta o mestrado em Conservação da Biodiversidade e Desenvolvimento Sustentável e a UNISUL, em Santa Catarina (Quadro I) que oferece curso lato sensu (390 horas). Iniciativas como esta devem ser ampliadas a todos os quantos do país para auxiliar na ampliação da preservação de ecossistemas ameaçados e na consolidação de um respaldo legal sério e efetivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Quadro I – Ementas do Curso de Conservação da Biodiversidade

Disciplinas/CH	Ementa
Análise Espacial da Paisagem 30h	Planejamento Sistemático para a Conservação; Introdução ao geoprocessamento e aos Sistemas de Informações Geográficas (SIGs); Prática com Quantum GIS (Elaboração de Mapas das Áreas de Estudo dos Projetos); Noções de Ecologia da Paisagem e Corredores Ecológicos.
Artigo Científico em Conservação da Biodiversidade 15h	1º Final de semana no início do curso: Introdução à pesquisa e às linhas de pesquisa; Metodologia Científica; Método e metodologia; Estrutura lógica do Projeto; Discussão de temas e perguntas de pesquisa. 2º Final de semana no final do curso: Diretrizes da ABNT; Apresentação e discussão dos projetos de pesquisa.
Biológica em Ecossistemas Terrestres 30h	Panorama da diversidade biológica em ecossistemas terrestres (restingas, floresta ombrófila densa e mista e campos de altitude); Espécies ameaçadas e Planos de Ação Nacionais (PANs); Técnicas de estimativa da diversidade biológica em ecossistemas terrestres;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

	Principais grupos taxonômicos presentes no território.
Conservação de Áreas Úmidas 30h	Convenção de Ramsar sobre Áreas Úmidas; Ameaças, importância e tipos de ecossistemas de Áreas Úmidas; Instrumentos para a conservação de Áreas Úmidas; Gerenciamento Costeiro Integrado; Comitê de Bacia Hidrográfica; Gestão de recursos hídricos; Planejamento Integrado de Bacias Hidrográficas e Áreas Protegidas; Áreas Marinhas Protegidas como instrumento de gestão pesqueira. Desenvolvimento Territorial Sustentável 30 A crise socioambiental contemporânea; Fundamentos teóricos da relação entre ambiente e sociedade: sistemas socioecológicos; Território: definição e implicações para o desenvolvimento; Cesta de bens e serviços territoriais; Coalizões territoriais; Governança Ambiental; A prática interdisciplinar no tratamento de problemas complexos.
Diversidade Biológica em Ecossistemas	Panorama da diversidade biológica em ecossistemas de água doce, marinho e estuarino; Ecossistemas lênticos e lóticos; Espécies ameaçadas e Planos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Aquáticos 30h	Ação Nacionais (PANs); Técnicas de estimativa da diversidade biológica em ecossistemas aquáticos; Principais grupos taxonômicos presentes na região. Ecoturismo em Áreas Protegidas 30 Turismo de aventura; Atrativos naturais, históricos e culturais; Técnicas de observação de aves (birdwatching); Turismo de observação de baleias em terra; Técnicas de condução de grupos; Capacidade de carga em trilhas.
Educação Ambiental 30h	Técnicas de Sensibilização Ambiental; Educação Ambiental para conselheiros de Unidades de Conservação; Educação Ambiental crítica; tendências e perspectivas para educação ambiental; práticas pedagógicas de Educação Ambiental. Gestão Participativa de Áreas Protegidas 30 Mediação de conflitos; Participação Social em Conselhos Gestores de Unidades de Conservação; Diálogo de saberes; Monitoramento participativo da biodiversidade; Tipos e níveis de participação na tomada de decisão.
Metodologia da	Ciência e pesquisa. Planejamento de pesquisa

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Pesquisa Científica 15h	científica. Tipos, métodos e técnicas de pesquisa científica. Coleta e análise dos dados. Projeto de pesquisa.
Planejamento de Áreas Protegidas 30h	Panorama mundial, nacional e estadual das áreas protegidas; Técnicas e softwares de apoio ao planejamento de Áreas Protegidas (ex.: Marxan, Miradi, SeaSketch); Zoneamento de Áreas Protegidas; Planos de Manejo de Áreas Protegidas. Categorias de Áreas Protegidas e exemplos brasileiros; Categorias Internacionais de Áreas Protegidas (ex.: Reserva da Biosfera).
Populações Indígenas e Tradicionais e Repartição de Benefícios da Biodiversidade 30h	Conhecimento Ecológico Tradicional e Local e gestão de recursos naturais; Usos da diversidade biológica; Agrobiodiversidade e etnoconhecimentos; Ética no acesso aos conhecimentos tradicionais e repartição de benefícios da biodiversidade; Direitos consuetudinários. Restauração Ambiental 30 Introdução à Agroecologia; Sucessão ecológica; Manejo de espécies invasoras; Agroflorestas sucessionais; Coleta de sementes florestais; Viveiros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

	florestais.
Serviços Ecossistêmicos 30h	Princípios de funcionamento dos ecossistemas; Noções de economia ecológica; Definição e tipos de serviços ecossistêmicos e ambientais; inventário de serviços ecossistêmicos; Painel Intergovernamental de Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos; Pagamento por serviços ecossistêmicos e ambientais.

Fonte: UNISUL (2017)

CARACTERIZAÇÃO HISTÓRICO-GEOGRÁFICA DO MUNÍCIPIO ESTUDADO

A história do Distrito e posterior Município de Ibirité cuja população atual é de 158.954 habitantes (IBGE, 2010) encontra-se ligado à história de Capela Nova do Betim, então povoamento empreendido pelo bandeirante José Rodrigues Betim. Seu povoamento de remonta aos séculos XVII e XVIII quando se iniciou as primeiras bandeiras7 e entradas8 nas áreas centrais da capitania das Minas Gerais com o intuito de descobrir jazidas auríferas. A

7 As bandeiras eram expedições organizadas e financiadas por particulares, principalmente paulistas. Partiam de São Paulo e São Vicente principalmente, rumo às regiões centro-oeste e sul do Brasil. Fonte: https://www.historiadobrasil.net/resumos/entradas_bandeiras.htm

8 As entradas eram expedições oficiais (organizadas pelo governo) que saiam do litoral em direção ao interior do Brasil. Fonte: https://www.historiadobrasil.net/resumos/entradas_bandeiras.htm

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

corrida do ouro fez surgir várias cidades num raio de 100 km da atual capital mineira como Caeté, Congonhas, Mariana, Nova Lima, Sabará e Vila Rica onde se empregava grande contingente de mão de obra escravizada. Consequentemente os escravizados e as pessoas que se deslocaram para estas paragens precisavam de alimentos, evidenciando a proliferação de fazendas responsáveis pelo surgimento de outros povoados agrossilvipastoris, como Ibirité (Figura 02). As terras ibiriteenses foram concedidas pelo imperador através da política das cartas de sesmaria desencadeada por D. José I e concedidas por meio de petição requerida ao governador da capitania.

Figura 02 - Localização do Munícipio de Ibirité na RMBH, Estado de Minas Gerais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Fonte: Prefeitura Municipal de Ibirité (2018)

O alferes português Antônio José de Freitas recebeu de D. Pedro I uma carta de sesmaria, abrangendo do alto da serra do Rola Moça (Figura 03) à Fazenda do Pintado e do Barreiro à cachoeira de Santa Rosa, incluindo a serra da Boa Esperança, região de Vargem do Pantana. Neste contexto, cinco famílias deram origem a Ibirité: os Campos, os Ferreira, os Freitas, os Diniz e os Pinheiro. Em 1880, foi criado o povoado da Vargem da Pantana, na freguesia de Contagem, Município de Sabará. Em 1890, passa a categoria de Vila, ainda pertencendo a Sabará. Em 02 de junho de 1890, o povoado presidido por um Conselho formado pelo alferes Antônio José de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Freitas, por José Pedro de Souza Campos e por Hilário Ferreira de Freitas foi elevado a distrito de Sabará. Estes conselheiros conseguiram fundar a primeira escola da Vila e adquiriu seis alqueires de terra para servir de logradouro público, lugar onde se podiam construir moradias com licença do respectivo Conselho.

Figura 03 - Paisagens do Parque Estadual da Serra do Rola Moça

(Decreto estadual nº 36071, DE 27/09/1994)

Fonte: http://revistasagarana.com.br/pelos-vaos-das-serras/

Em 1897, passou a pertencer ao Município de Santa Quitéria (Esmeraldas). Em 1911, passa para o Município de Contagem. Em 1923, tem sua denominação mudada para Ibiretê, palavra indígena que significa "Terra Firme" ou "Chão Duro". Em 1938, passa a figurar com o nome atual de Ibirité sendo distrito de Betim. Em 30/12/1962 emancipa-se sendo formado pelos distritos Sede e Sarzedo, mas perdendo a área da Refinaria Gabriel

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Passos. Em 01/03/1963, o Governador do Estado, Magalhães Pinto, nomeia um intendente municipal, Chaffir Ferreira. Em 30 de junho de 1963, ocorre a 1ª eleição para Prefeito. Em 13 de agosto de 1965, com o advento da criação e crescimento da Cidade Industrial Juventino Dias, nos anos 1940 e 1950, terras das fazendas do Coronel Duval de Barros e do Professor Washington Pires começam a ser parceladas dando origem à região do Durval de Barros. A Fundação Getúlio Vargas (2018, on line) registra que:

> Washington Ferreira Pires nasceu em Formiga (MG) no dia 13 de fevereiro de 1892, filho do médico e político José Carlos Ferreira Pires e de Matilde Guilhermina de Faria Pires. Seu pai foi o responsável pela introdução do raio X no Brasil e deputado federal por Minas Gerais de 1891 a 1899. Também seguiu a trajetória política seu irmão Hílton Ferreira Pires, deputado federal constituinte (1933-1935).
>
> Washington Pires formou-se em medicina, em 1915, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal. Trabalhou como assistente do célebre médico Miguel Couto, prestando serviços durante a campanha de combate à febre amarela. Retornando a seu estado, clinicou em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Formiga e, mais tarde, obteve por concurso uma cátedra na faculdade de Medicina de Minas Gerais.

Elegeu-se deputado estadual em 1923, sendo reeleito em 1927 e permanecendo na Câmara estadual mineira até 1930. Em março deste ano, foi eleito deputado federal pela legenda do Partido Republicano Mineiro (PRM). Empossado em seguida, exerceu seu mandato até a dissolução da Câmara em virtude da vitória da Revolução de 1930, em outubro. Regressou então a Belo Horizonte, voltando a clinicar e a lecionar na capital mineira. Ao mesmo tempo, ingressou na Faculdade de Direito, vindo a bacharelar-se.

Em 16 de setembro de 1932, indicado pelo presidente de Minas, Olegário Maciel, assumiu o Ministério da Educação e Saúde, em substituição a Francisco Campos, ocupando o cargo até o dia 25 de julho de 1934. Logo após ter assumido a pasta, atuou como intermediário entre Olegário Maciel e Getúlio Vargas, chefe do Governo Provisório, na discussão do problema das punições aos envolvidos na Revolução Constitucionalista de 1932.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No final deste ano, tendo em vista as eleições para a formação da Assembléia Nacional Constituinte, o governo federal resolveu criar em Minas Gerais, como nos demais estados, um partido que representasse os objetivos doutrinários da Revolução de 1930. Desse modo, sob a orientação de Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, iniciaram-se as articulações para a fundação do Partido Progressista (PP). Washington Pires participou dos entendimentos, filiando-se ao PP logo após a sua criação.

Em 1933, às vésperas da instalação da Constituinte, concedeu entrevista a um jornal mineiro, afirmando a necessidade de que a presidência da Assembléia fosse pleiteada por Minas Gerais. Com este objetivo, participou de uma série de reuniões em Belo Horizonte e, de fato, o cargo veio a ser ocupado pelo mineiro Antônio Carlos.

Em outubro de 1934, após ter deixado o ministério, elegeu-se deputado federal por seu estado pela legenda do PP, exercendo o mandato de maio de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

1935 a 10 de novembro de 1937, quando o advento do Estado Novo suspendeu o funcionamento de todas as câmaras legislativas do país.

Retornou à cena política apenas em janeiro de 1956, quando foi nomeado titular da Secretaria de Saúde e Assistência de Minas Gerais pelo governador José Francisco Bias Fortes (1956-1961). Permaneceu no cargo até o dia 1º de agosto de 1958.

Washington Pires morreu em Belo Horizonte no dia 23 de novembro de 1970.

Era casado com Lindéia Sette Ferreira Pires.

Titular da cadeira nº 86 da Academia Mineira de Medicina, teve publicados os trabalhos: A ansiedade nos irregulares sexuais (1917), Estupro e caracteres físicos da virgindade (1923), Neuro-recidivas (1926), Etiopatologia da neuro-sífilis (1926), A gênese e a psicanálise (1928), Considerações em torno da reeducação dos afásicos (1935), Estudo do líquido cefalorraquiano (1935), Sinais e falsa identidade (1956) e Psicanálise na profilaxia do crime e do delito (1956).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ainda em meados dos anos 1960 e 1970 surgiram vários loteamentos na região como José do Prado, Palmares, Sol Nascente e Washington Pires fragmentando remanescentes de vegetação nativa e descaracterizando paisagens rurais e ecossistemas naturais. Loteamentos regularizados pela Prefeitura Municipal de Ibirité encontravam-se nas divisas municipais com a capital mineira e Contagem. Os primeiros ônibus eram adaptados às condições de paisagens rurais, com destaque para as péssimas estradas vicinais. No final dos anos 1960, destacava-se a linha 727 que ligava Belo Horizonte á Lagoa Seca, passando pela Pedreira Santa Rita e Lindeia. Esta linha seria substituída pela linha 199 – Durval de Barros via Lagoa Seca (Figura 04) e posteriormente em 1982 pelas linhas 1199-A – Durval de Barros via EE Governador Israel Pinheiro e 1199-B – Durval de Barros via EE Juscelino Kubitscheck de Oliveira. Seus itinerários se diferenciavam pelas Escolas Estaduais Parque Durval de Barros I e Parque Durval de Barros II. Com crescimento do bairro vieram mais linhas de ônibus para atender á demanda crescente: 1106 – Durval de Barros/Monte Castelo e a 1161 – Durval de Barros/Cidade Industrial. A demanda por escolas públicas e por transporte coletivo reforça a ideia de grande crescimento populacional na região entre os anos 1970 e 1980. Com o tempo os remanescentes do quilombo Lagoa Seca foram urbanizados e suas características

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

socioculturais desconstruídas no tempo e no espaço. Ficava na Chácara das Mangueiras na Rua Rafael Tobias e atualmente não há registros ou comprovações de sua real existência. As ruas do Parque Durval de Barros, faziam menção aos bairros da Cidade do Rio de Janeiro como Botafogo, Catumbi, Copacabana, Cosme Velho, Gávea, Humaitá, Ipanema, Leblon, Rio Comprido, dentre outros. A Rua Rafael Tobias, por exceção homenageava um militar, nomeado presidente da província de São Paulo em 1840 e patrono da Policia daquele estado. No ano de 1976 é criado oficialmente o Distrito de Durval de Barros pela promulgação do decreto estadual nº 6.769 em 13 de maio.

Figura 04 - Paisagens (memória) da linha 727 Belo Horizonte/Lagoa Seca, via Pedreira Santa Rita e Lindeia e linha 199 – Durval de Barros via Lagoa Seca

Fonte: Autoria Desconhecida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A Lei estadual nº 8.285, de 08 de outubro de 1982, criou o Distrito de Mário Campos implantado em 1985 e em 04/01/1988 através da Lei Estadual n° 9.548, a cidade de Ibirité, passa à categoria de Comarca implantada em 1° de junho de 1990. Em 21/12/1995 dá-se a emancipação dos Distritos de Sarzedo e Mário Campos. Neste ano, o Parque Durval de Barros também tentou o processo emancipatório, porém sem sucesso. Em termos de uso e ocupação do solo, o município considerado uma das cidades-dormitório da RMBH basicamente se subdivide em 50% de paisagens urbanas, 30% de paisagens rurais (Figura 05) e apenas 20% de áreas naturais inseridas no Complexo biológico e geológico do Rola Moça.

Figura 05 - Paisagens de Área de Proteção do Manancial Bálsamo (Decretos Estadual 22.109/1982 e 22.110/1982);

Fonte: http://sarzedoecologia.blogspot.com/2012/03/serra-do-rola-moca.html

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

20% de paisagens naturais.

Embora o município caminhe para uma diversificação da economia, principalmente no setor de serviços, o turismo poderá incrementar a economia local. Vários pontos turísticos podem contribuir neste sentido, como o Parque Estadual da Serra do Rola Moça, Fundação Helena Antipoff (Figura 06), Gruta de Nossa Senhora Aparecida, a Estação Ferroviária datada de 1917. Esses atrativos fazem de Ibirité um destino alternativo que oferece grandes possibilidades de lazer e conhecimento. Um destino a ser explorado, enquanto alternativa interessante com ênfase nas unidades de conservação, e diferente dos principais atrativos que as Minas Gerais oferecem. Para o ICMBio (s/d):

> O impacto do turismo nas unidades de conservação é de mais de quatro bilhões de reais na economia brasileira, apenas em um ano. É um ótimo negócio para todos. A cada real que o governo investe nas unidades de conservação são produzidos setes reais de benefícios econômicos para a região. Desde 2007, o ICMBio gerencia as unidades de conservação federais brasileiras. De norte a sul, da Amazônia aos Pampas, são mais de 168 milhões de hectares só de unidades federais, além das áreas estaduais e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

municipais, todas reunidas no Sistema de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Ao total de mais de duas mil unidades protegem 18% do território continental e 26% do território marinho brasileiro. Proteger grandes áreas naturais é uma vocação para um país com tamanha biodiversidade e potencial de desenvolvimento. Por isso da próxima vez que você se deparar com uma bela imagem da vida selvagem, saiba que essa sensação de paz tem muito a ver com o seu lugar no planeta. Que tal visitar uma das unidades de conservação espalhadas pelo Brasil e se conectar com a vida. Unidades de conservação: onde a nossa vida pulsa.

Figura 06 - Paisagens de Área de Preservação Ambiental da Mata da Sandoval, Lei Federal 4.771/1965 e na Lei Estadual 14.309/2002

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Fonte: https://www.youtube.com/watch?v=NXYul2hpAtg

O povoamento inicial de Ibirité ocorreu ao longo do ribeirão do Pantana, num local de movimentação de pessoas e produção agrícola. O povoado se desenvolveu as margens da antiga estrada que ligava Belo Horizonte à Oliveira, sul de Minas e São Paulo, hoje a Rodovia MG-040 e da Estrada de Ferro Central do Brasil – EFCB. O funcionamento da EFCB trouxe novas famílias que trabalhavam em empreendimentos diretamente ligados a essas vias de transporte e acabavam por residir na região com seus descendentes. A produção agrícola absorveu parte da mão-de-obra, mas não contribui para gerar recursos públicos municipais, por ser uma atividade praticamente isenta de impostos. O município apresenta importantes onze áreas naturais legalmente reconhecidas como Áreas de Preservação Permanente: Área de Preservação Ambiental Mata do Rosário (Lei Municipal 1.527/1998); Área de Preservação Ambiental Matinha do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Rosário (Lei Municipal 1.527/1998); Área de Proteção do Manancial Bálsamo (Decretos Estadual 22.109/1982 e 22.110/1982); Área de Proteção do Manancial Fubá (Decretos Estaduais 22.109/1982 e 22.110/1982); Área de Proteção do Manancial Tabuões (Decretos Estaduais 22.109/1982 e 22.110/1982); Área Particular de Preservação Ambiental Mata Candeias e Grotão (Lei Municipal 1.397/1996); Área Particular de Preservação Ambiental Mata do Soca (Lei Municipal 1.426/1996); Calha natural e matas ciliares do Ribeirão Ibirité, também relevantes áreas de preservação permanente; Lagoa Ibirité (Represa da Petrobrás) uma área de preservação permanente que precisa de imediata recuperação ambiental; Mata da Sandoval, área floresta nativa verificada e legitimada como de preservação permanente com base na Lei Federal 4.771/1965 e na Lei Estadual 14.309/2002); Região do Rola Moça, área de preservação permanente cuja proteção geológica e biológica está sob responsabilidade do IEF e caracteriza-se por ser uma continuidade da Serra da Piedade e da Serra do Curral (Figura 07) sentido Itatiaiuçu e Itaúna.

Figura 07 – Paisagens do Pico Belo Horizonte, na Serra do Curral na capital mineira

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Fotografia do autor (08/04/2018)

Desde a criação da RMBH em 1973, nas últimas décadas, Ibirité passou por grande e acelerado crescimento urbano com proliferação de loteamentos, alguns clandestinos. Com a instalação do Distrito Industrial na região do Canal de Ibirité em 1996, o município caminha para uma diversificação da economia, fortalecendo principalmente o setor de serviços. A rede hidrográfica em Ibirité é formada pela bacia do ribeirão homônimo, anteriormente designado Pantana que nasce na Boca do Túnel e recebe seis tributários na margem esquerda: o córrego do Barreirinho ou Bálsamo, o córrego do Fubá ou Rola Moça, o córrego do Urubu, o córrego do Taboão (Figura 08) e o córrego do Sumidouro ou Camargos. Na margem direita recebe três contribuintes: o córrego do Retiro ou Jatobá, o córrego do Pelado ou Palmares, e o córrego dos Pintados, cujas nascentes encontram-se no Parque Estadual Fernão Dias, em Betim. Pintados refere-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

à última das áreas verdes do Parque Durval de Barros, ameaçada pela expansão urbana e pela pecuária. Entre este distrito e a Refinaria Gabriel Passos, a vegetação é constantemente descaracterizada pelo pastoreio indiscriminado de gado leiteiro, desmatamento e queimadas. Gonçalves (2016, p. 134) alega que:

> São tidos como Áreas Verdes Urbanas os espaços públicos ou privados com predomínio de vegetação preferencialmente nativa, natural ou recuperada, previstos no plano diretor, nas leis de zoneamento urbano e uso do solo do município, indisponíveis para construção de moradias, destinados aos propósitos de recreação, lazer, melhoria da qualidade ambiental urbana, proteção dos recursos hídricos, manutenção ou melhoria paisagística, proteção de bens e manifestações culturais (art. 3º, XX).

Figura 08 - Paisagens de Área de Proteção do Manancial Tabuões (Decretos Estaduais 22.109/1982 e 22.110/1982);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Fonte: http://revistasagarana.com.br/pelos-vaos-das-serras/

Após receber estes córregos, na região do canal de Ibirité, o ribeirão foi barrado formando a Lagoa Ibirité, conhecida popularmente como represa da Petrobrás. Em 1979, estudos do PLAMBEL definiram a área de entorno da lagoa para implantação de um grande parque urbano metropolitano, que não se efetivou. Parte do município de Ibirité se insere na Área de Proteção Ambiental APA Sul RMBH criada pelo decreto estadual 35.624 de 08/06/1994 que por sua vez reforça a proteção de toda a área perimetral do Parque Estadual da Serra do Rola-Moça (PEROLA MOÇA) criado pelo decreto estadual 36.071 de 27/09/1994 (Figura 09).

> Decreto nº 35.624, de 08 de junho de 1994. Declara como Área De Proteção Ambiental a região situada nos Municípios de Belo Horizonte, Brumadinho, Caeté, Ibirité, Itabirito, Nova Lima, Raposos, Rio Acima e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Santa Bárbara, e dá outras providências. (Publicação - Diário Do Executivo - "Minas Gerais" - 09/06/1994)

O Governador do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuição que lhe confere o artigo 90, inciso VII, da Constituição do Estado e tendo em vista o disposto no artigo 8º da Lei Federal nº 6.902, de 27 de abril de 1981, D E C R E T A:

Art. 1º - Sob a denominação de APA SUL RMBH Região Metropolitana de Belo Horizonte, fica declarada Área de Proteção Ambiental a região situada nos Municípios de Belo Horizonte, Brumadinho, Caeté, Ibirité, Itabirito, Nova Lima, Raposos, Rio Acima e Santa Bárbara, com a delimitação geográfica constante do Anexo deste Decreto.

Art. 2º - A declaração de que trata o artigo anterior tem por objetivo proteger e conservar os sistemas naturais essenciais à biodiversidade, especialmente os recursos hídricos necessários ao abastecimento da população da Região Metropolitana de Belo Horizonte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

e áreas adjacentes, com vista à melhoria de qualidade de vida da população local, à proteção dos ecossistemas e ao desenvolvimento sustentado.

Art. 3º - Para a implantação da APA SUL RMBH serão adotadas as seguintes providências:

I - zoneamento ecológico-econômico, com o respectivo sistema de gestão colegiado, que deverá ser elaborado dentro do prazo de dezoito meses, contados da data da publicação deste Decreto;

II - divulgação das medidas previstas neste Decreto, objetivando o esclarecimento da comunidade local sobre a APA SUL RMBH e suas finalidades.

Art. 4º - O zoneamento ecológico-econômico e o sistema de gestão da APA SUL RMBH ficarão a cargo da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, que adotará os prazos e métodos necessários à mais rápida implantação da Unidade de Conservação.

§ 1º - Na elaboração da proposta técnica do zoneamento ecológico-econômico e do sistema de gestão, deverá ser assegurada a participação efetiva e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

permanente das autoridades públicas municipais, entidades ambientalistas não governamentais (ONG's), entidades de classe, empresas, universidades, centros de pesquisa e toda comunidade envolvida com a APA SUL RMBH, mediante o respectivo Conselho Consultivo.

§ 2º - O zoneamento ecológico-econômico indicará as atividades a serem encorajadas em cada zona e as que deverão ser limitadas, restringidas ou proibidas, de acordo com a legislação aplicável.

§ 3º - O sistema de gestão da APA SUL RMBH deverá ser composto, de forma colegiada e paritária, pelas autoridades públicas estaduais e municipais, entidades ambientalistas não governamentais (ONG's), entidades de classe, empresas, universidades, centros de pesquisas e toda comunidade envolvida na APA SUL RMBH.

Art. 5º - Além das proibições, restrições de uso e demais limitações para a APA SUL RMBH, previstas na Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, o decreto que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

aprovar o zoneamento econômico-ecológico, a cargo da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, deverá estabelecer outras medidas que assegurem o manejo adequado para a área.

Art. 6º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º - Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 08 de junho de 1994. Hélio Garcia - Governador

Figura 09 - Paisagens de Área de Proteção do Manancial Fubá (Decretos Estaduais 22.109/1982 e 22.110/1982);

Fonte: http://www.geoparkquadrilatero.org/voo/images/rola/2.jpg

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ibirité é instrumento relevante no Amortecimento da área do parque e consecutiva preservação do mesmo. Com base no atual zoneamento, 70% da área municipal é zona urbana, incluindo também áreas de expansão urbana, área industrial e área de usos diversificados. Os 30% restantes se subdividem em zona rural e zona de proteção ambiental. Os vazios urbanos destinados à ampliação da cidade possuem áreas verdes significativas que serão impactadas se for considerada a perspectiva do zoneamento urbano em sua plenitude. Com isso, a calha natural e matas ciliares do Ribeirão Ibirité, a Lagoa Ibirité (Represa da Petrobrás), a Mata das Candeias, a Mata do Grotão, a Mata do Rosário, a Mata do Sandoval, a Mata do Soca, a Matinha do Rosário e a Região do Rola Moça (Barreirinho) estarão comprometidas e serão devastadas afetando a qualidade de vida local (Figura 10). O município dispõe apenas de um pequeno parque urbano localizado no Bairro Novo Horizonte, sendo necessário ampliar o número de unidades de conservação e incrementar corredores biológicos entre as mesmas.

Figura 10 - Paisagens de Área de Preservação Ambiental Matinha do Rosário (Lei Municipal 1.527/1998);

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Fonte: http://www.ogol.com.br/estadio.php?id=10541

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO (ZEE) MUNICIPAL

O ZEE Zoneamento Ecológico-Econômico (Quadro II), também denominado Zoneamento Ambiental, é um importante elemento da legislação ambiental brasileira e objetiva viabilizar o progresso sustentável a partir da compatibilização do desenvolvimento social e econômico atrelados com a conservação dos aspectos ambientais, bem como culturais. Este modelo estrutural de gestão socioambiental versa sobre a importância da demarcação de zonas ambientais de proteção dos serviços ecossistêmicos vinculado à atribuição de usos e atividades compatibilizadas segundo as particularidades, potencialidades, problemas e restrições (Figura 11) de cada uma delas. O objetivo é o uso sustentável dos ecossistemas existentes e o equilíbrio dos recursos naturais (ECO, 2018, on line).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Quadro II – legislação brasileira sobre ZEE com Leis vigentes e revogadas relacionadas ao ZEE no âmbito nacional (legislações federais):

Legislação/Data	**Elementos Promulgados**
Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 -	Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Em seu artigo 9º são relacionados os instrumentos da PNMA, dentre os quais o zoneamento ambiental, posteriormente denominado de zoneamento ecológico-econômico.
Decreto federal nº 99.540/1990 (revogado pelo Decreto de 28 de dezembro de2001.)	Institui a Comissão Coordenadora do Zoneamento Ecológico-Econômico do Território Nacional e dá outras providências.
Legislação: Decreto nº 35.624, de 08 de junho de 1994	- Declara como Área De Proteção Ambiental a região situada nos Municípios de Belo Horizonte, Brumadinho, Caeté, Ibirité, Itabirito, Nova Lima, Raposos, Rio Acima e Santa Bárbara, e dá outras providências

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Medida provisória nº 1.795/1999 (Revogada e Reeditada pela MP nº 1.799-1, de 1999)	Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.
Decreto federal s/nº de 28/12/2001	Dispõe sobre a Comissão Coordenadora do Zoneamento Ecológico-Econômico do Território Nacional e o Grupo de Trabalho Permanente para a Execução do Zoneamento Ecológico-Econômico, institui o Grupo de Trabalho Permanente para a Execução do Zoneamento Ecológico-Econômico, denominado de Consórcio ZEE-Brasil, e dá outras providências.
Decreto federal nº 4.297/2002	Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências.
Lei federal nº 10.683/2003 (Revogado pela	Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Medida Provisória nº 782, de 2017)	
Lei federal nº 13.341/2016	Altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016.

Fonte: adaptado pelo autor (2018)

Figura 11 - Paisagens de Área Particular de Preservação Ambiental Mata Candeias e Grotão (Lei Municipal 1.397/1996);

Fonte: https://www.otempo.com.br/cidades/homem-%C3%A9-executado-a-um-quarteir%C3%A3o-de-batalh%C3%A3o-da-pm-em-ibirit%C3%A9-1.1491900

A importância do ZEE para desenvolvimento sustentável do País, segundo o ministro do Meio Ambiente, Carlos Minc, destaca-se como

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

mecanismo estratégico de desenvolvimento ecológico, econômico e social de todo o Brasil, mas em especial, a Floresta Amazônica (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018, on line). Benefícios ambientais, com a preservação de espaços ecológicos de extrema relevância biológica e uso consciente dos recursos naturais, bem como vantagens econômicas, uma vez que identifica e mapeia as potencialidades de cada região, servindo como um guia para o desenvolvimento orientado e planejado e guiando a consolidação de futuros empreendimentos sustentáveis. A prioridade do ZEE – Zoneamento Ecológico-Econômico ainda não cobre toda a territorialidade do país, trazendo a ausência de projetos verdadeiramente direcionados à justiça social e à preservação ecológica. Na maioria dos casos, a ausência do ZEE ou o simples fato de seu descumprimento acarreta prejuízos significativos para a coletividade (Figura 12). De acordo com Gonçalves (2016. p. 66):

> O zoneamento ambiental foi regulamentado pelo decreto n.º 4.297/2002, que dispõe sobre o zoneamento ecológico econômico como mecanismo de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas ou privadas. Zoneamento significa uso e a ocupação territorial, incluindo a utilização dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

recursos ambientais. O zoneamento ecológico econômico estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, com a garantia do desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida das pessoas.

Deve ser feito, para isso, uma gestão integrada das politicas territoriais, ambientais e de desenvolvimento em um espaço determinado, que pode ser um município, um estado, uma região ou todo o Brasil. Conforme o decreto n.º 4.297.

Figura 11 - Paisagens de Área de Preservação Ambiental Mata do Rosário (Lei Municipal 1.527/1998);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Fonte: https://estadodeminas.lugarcerto.com.br/imovel/lote-vila-rosario-ibirite-360m2-compra-e-venda-rs255000-id-197579720

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se a partir do exposto que um mapeamento da fragmentação de ecossistemas nos bairros da cidade dever ser atualizado, com ênfase nas áreas rurais que contenham remanescentes florestais significativos com intuito de se viabilizar corredores ecológicos conectando a biodiversidade fragmentada. Sabe-se que no Barreirinho (Águia Dourada, Morada da Serra e Vista Alegre), no Canal de Ibirité (Canoas, Eldorado e São Pedro) e nos Pintados (Bela Vista, Lajinha e Palmeiras) ocorrem supressões de vegetação nativa e descaraterizações expressivas da paisagem que precisam ser emergencialmente contidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Além da fauna e flora, a população se vê destituída dos serviços ecossistêmicos essenciais à manutenção da qualidade de vida urbana, dentre os quais a regulação do clima. A criação de um centro de formação em Ecologia, Educação do campo, Gestão Ambiental e Turismo no campus Ibirité da Universidade Estadual de Minas Gerais, com a oferta de curso de Ciências Biológicas com ênfase em conservação da Biodiversidade, bem como graduações em Ecologia e Gestão Ambiental precisam ser discutidos com a comunidade local e demais interessados em novos paradigmas mais sustentáveis para esta importante urbe mineira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vagner Luciano de. Apontamentos sobre unidades de conservação na cidade de Ibirité - MG: a legislação local e os impactos ambientais recentes nas paisagens rurais remanescentes de Helena Antipoff. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/fckblank.html?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19418&revista_caderno=5>. Acesso em 10. set 2018.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS **Legislação: Decreto estadual nº 35.624, de 08 de junho de 1994.** Disponível em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=35624&comp=&ano=1994 Acesso em 10. Set 2018

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS **Legislação: Decreto estadual nº 36.071, de 27 de setembro de 1994.** Disponível em https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=36071&comp=&ano=1994 Acesso em 10. Set 2018

BIBLIOTECA DO IBGE. **Histórico de Ibirité – MG.** Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/minasgerais/ibirite.pdf> Acesso em 16. Jul. 2018

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez. **Legislação Ambiental**. Centro Universitário de Maringá. Núcleo de Educação a Distância; Maringá-PR.: UNICESUMAR, 2016. Reimpresso em 2018. 189 p.

IBGE. **Panorama de Ibirité – MG.** Disponível em https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/ibirite/panorama. Acesso em 15. Set. 2018

ICMBIO **Vídeo - ONDE A VIDA PULSA: o valor das unidades de conservação para a sociedade brasileira**. Disponível em https://www.youtube.com/user/canalicmbio?ob=0&feature=results_main Acesso em 10. Set 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Histórico do ZEE.** Disponível em http://www.mma.gov.br/informma/item/8186-historico-do-zee.html Acesso em 10. Set 2018

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Minc destaca importância do ZEE para desenvolvimento sustentável do país.** Disponível em http://www.mma.gov.br/informma/item/5067-minc-destaca-importancia-do-zee-para-desenvolvimento-sustentavel-do-pais.html Acesso em 10. Set 2018

PENSAMENTO VERDE. **A importância do zoneamento ambiental para o meio ambiente**. . Disponível em https://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/a-importancia-do-zoneamento-ambiental-para-o-meio-ambiente/ Acesso em 10. Set 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE IBIRITÉ. **Patrimônio e Bens Tombados: Estação ferroviária.** Disponível em <http://www.ibirite.mg.gov.br/secretarias/esporte-cultura-e-lazer/patrimonio/94-bens-tombados/2035-estacao-ferroviaria.html> Acesso em 16. Jul. 2018

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm Acesso em 10. Set 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto federal nº 99.540/1990 (revogado pelo Decreto de 28 de dezembro de 2001**.) Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99540.htm Acesso em 10. Set 2018

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Medida provisória nº 1.795/1999 (Revogada e Reeditada pela MP nº 1.799-1, de 1999).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1795.htm Acesso em 10. Set 2018

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto federal s/nº de 28/12/2001.** Disponível em http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/decretos1/2001 Acesso em 10. Set 2018

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto federal nº 4.297/2002.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4297.htm Acesso em 10. Set 2018

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei federal n° 10.683/2003 (Revogado pela Medida Provisória nº 782, de 2017).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.683.htm Acesso em 10. Set 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Lei federal nº 13.341/2016**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm Acesso em 10. Set 2018

REVISTA O ECO. **Dicionário ambiental: zoneamento ecológico e econômico.** Disponível em https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/27545-o-que-o-zoneamento-ecologico-economico/ Acesso em 10. Set 2018

SAMPAIO, André Cesar Furlaneto; SOARES, Lilian Capelari; BEHREND, Rômulo Diego de Lima. **Biologia e Biodiversidade (Reimpressão – 2018**). CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ. Núcleo de Educação a Distância; Maringá-PR.: UNICESUMAR, 2016. 188 p.

SISTEMA ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE – MG. **Norma Jurídica.** Disponível em http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=1383 Acesso em 10. Set 2018

SITE ESTAÇÕES FERROVIÁRIAS. **Estação ferroviária de Ibirité (MG).** Disponível em <http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb_mg_paraopeba/ibirite.htm> Acesso em 15. Jul. 2018

SOARES, Lilian Capelari. **Biologia e diversidade:** CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ. Núcleo de Educação a distância: Maringá - PR, 2012. 216 p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

UNISUL. **Ementas do Curso de Especialização lato sensu em Conservação da Biodiversidade**. Disponível em http://hoje.unisul.br/pos-graduacao-lato-sensu-em-conservacao-da-biodiversidade/ Acesso em 10. Set 2018

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Biografia de Washington Ferreira Pires.** Disponível em http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/dicionarios/verbete-biografico/washington-ferreira-pires Acesso em 10. Set 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE O RACISMO NO BRASIL E O DIREITO NO ÂMBITO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

ANTONIO AUGUSTO VILELA: Bacharel em Administração e Direito, Pôs Graduado em Direito de Famílias e Sucessões, bem como em Direito Previdenciário Especialista pela Instituição Damásio de Jesus.

RESUMO: Esse artigo propõe-se a discutir, numa perspectiva crítica, a questão do *racismo com relação à cor*, no âmbito da história brasileira ressaltando a evolução dos direitos e garantias fundamentais do cidadão a partir do advento da constituição de 88. A partir da pesquisa bibliográfica, toma-se como ponto de partida um panorama histórico da escravidão, analisando o processo de dominação social a partir de cada modo de produção e, mostrando como no Brasil, o 'mito da democracia racial', inspirado no princípio da miscigenação, blindou todo o histórico de racismo e escravidão existentes, dificultando seu reconhecimento e superação. Para melhor compreensão do tema, analisa-se como a manipulação dos conceitos, raça e racismo, serviram como instrumentos de seletividade social e como esse processo foi justificado, sempre vinculado a fatores culturais e econômicos, servindo, pois, à exploração da força de trabalho e à dominação social. Para exemplificar essa realidade e ressaltar como a situação social da escravidão do século XVI repete, em pleno século XXI, porém, com novos significados e autores, faz-se uma análise do filme "Quanto vale ou é por quilo?" de Sérgio Bianchi. Mostra-se como, incialmente, a legislação brasileira legitimou a prática de atitudes racistas e de afronta à dignidade da pessoa humana, a atuação do direito penal no contexto da escravidão; e à luz da criminologia e do direito penal, o avanço da legislação anti-racista brasileira alicerçada em princípios constitucionais, em especial os crimes de injúria racial e racismo, tipificados na legislação brasileira, como instrumentos de enfrentamento doracismo.

Palavras-chave: direito, racismo, injúria, mito, democracia, racial, modo de produção, crime, direito penal, dominação social, exploração da força de trabalho.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ABSTRACT: It´s proposed in this article to discuss, in a critical perspective, the question of racism in relation to color, and history of Brazil highlighting the evolution of fundamental rights and guarantees of citizens from the advent of the constitution of 88. From the literature research, taking as its starting point a historical panorama of slavery by analyzing the process of social domination from each production mode, and showing how in Brazil, the 'myth of racial democracy', inspired by the principle of miscegenation, armored all history of racism and slavery existing, complicating the recognition and overcoming. For better comprehension of the topic, it´s analyzed how the manipulation of concepts, race and racism served as instruments of social selectivity and how this process was justified, always linked to economic and cultural factors, serving, for the exploration of the workforce and social domination. To illustrate this reality and highlight how the social situation of slavery in the sixteenth century repeats in the XXI century, however, with new meanings and authors, it is analyzed the film "Quanto vale ou é por quilo?" by Sergio Bianchi. It is shown that, initially, the Brazilian legislation legitimized the practice of racist attitudes and affront to human dignity, the actuation of criminal law in the context of slavery, and the light of criminology and criminal law, the advance of anti Brazilian-racist based on the constitutional principles, especially the crimes of racism and racial injury, typified in Brazilian legislation, as instruments of confronting racism.

Keywords: law, racism, injury, myth, democracy, race, mode of production, crime, criminal law, social domination, exploration of the workforce.

01 - INTRODUÇÃO

Podemos encontrar na literatura referente à nossa história e à formação/constituição de nosso povo, uma série de adjetivos sobre o Brasil e os brasileiros: um povo ‘cordial’, ‘hospitaleiro’, ‘país do carnaval e do futebol’, país ‘multirracial’, fruto da miscigenação e, portanto, uma ‘democracia racial’, dentre outros. Esse último conceito, criado e alimentado no imaginário popular, sobretudo a partir das primeiras décadas do século XX, construiu de forma distorcida uma imagem de convivência harmônica entre as pessoas, sem conflitos raciais, culminando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

assim, na idéia da inexistência do racismo nas relações sociais em nossa sociedade. Esse conceito, analisado numa perspectiva histórica e dialética, foi amplamente criticado a ponto de se concluir que o mesmo não passava de um mito, portanto, 'mito da democracia racial', que servira apenas como um instrumento de camuflagem da história do Brasil. Assim, ao se negar a democracia racial, estabelecendo-a apenas como um mito, permite-se a afirmação da existência do racismo e de conflitos raciais e dessa forma, convida- nos a perceber a história do Brasil em sua totalidade. Nesse mesmo sentido, o legislador, ao positivar no texto constitucional que um dos princípios que regem a República Brasileira é o '*repúdio ao racismo*' (art. 4º, VIII) e considerar que '*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*' (art. 5º, XLII), apresenta elementos para se pensar e combater o racismo como um problema inerente à sociedade brasileira. Tomando como referência essa perspectiva, e considerando que 'racismo' refere-se a um conceito que expressa uma realidade bem ampla, orientamo-nos por tratar do *racismo referente à cor*, que constitui uma forma de discriminação e preconceito conforme implicitamente expressa a Carta Magna em seu artigo 3º, inciso IV que visa 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'.

Face ao exposto, propusemo-nos, através de pesquisa bibliográfica, encontrar elementos que suportassem o desenvolvimento do tema numa perspectiva interdisciplinar, considerando, o direito penal, a criminologia, os direitos e garantias fundamentais, a filosofia do direito e a história.

Dessa forma, primeiramente traçamos um panorama da história da escravidão, analisando o processo de exploração da força de trabalho e de dominação social nos modos de produção feudal, capitalista e em especial no escravagismo. Nessa dimensão, propõe-se analisar, numa perspectiva crítica, a existência no Brasil da escravidão, àquela época dominado por nações de orientação capitalista e liberal e como que o processo abolicionista aconteceu fundamentado por um viés de ordem econômica e bem como que a segregação social em virtude da escravidão perpetuou no Brasil pós-abolicionista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Num segundo momento, será abordado o conceito de 'democracia racial brasileira' que após críticas ficara demonstrado que não passa de um mito, utilizado como um instrumento ideológico para manipulação de consciências, negando as contradições histórico- sociais pertinentes ao período da escravidão e das atitudes racistas, mesmo que veladas e bem como suas seqüelas futuras. Para desmistificar esse mito, faz-se referência a fatos históricos e a institutos da legislação adotada pelo Brasil ao longo de sua história. Nesse sentido e para ilustrar como o processo de dominação social e exploração, força de trabalho e de atitudes eminentemente racistas, faremos referência ao filme "Quanto vale ou é por quilo?" de Sérgio Bianchi, no qual é feito um paralelo da escravidão no Brasil a partir do século XVI e como essa situação foi e continua repetindo, adquirindo novos significados em pleno século XXI.

Na sequência e com vistas a destacar a evolução dos direitos e garantias fundamentais nas últimas décadas em face da Constituição Cidadã, busca-se elaborar um panorama histórico da legislação anti-racista no Brasil, identificando no ordenamento jurídico os avanços de institutos de combate ao racismo, sua importância e impacto social e nesse âmbito, ressaltando a tipificação de dois crimes, os de 'injúria racial' e de 'racismo'.

02 - BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA ESCRAVIDÃO

Ao abordarmos o tema racismo propusemo-nos oferecer uma visão panorâmica, sem a respectiva profundidade e especificidades que o tema impõe. Pensamos inicialmente a Antiguidade, quando no *modo de produção escravagista* havia a escravidão de prisioneiros de Guerra, escravidão por dívidas, etc., e durante centenas de anos a escravidão foi aceita pela grande maioria daquela sociedade. Mesmo na Grécia chamada de 'berço da democracia' a escravidão imperou ceifando milhares de vidas e da mesma forma, o Império Romano dominou e escravizou os povos por eles vencidos durante milhares de anos. Neste contexto acima citado, a dominação ocorre não pelo direito, mas pela força, pela posse de terras e riquezas, que impunha a legitimidade desse processo de dominação social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com o fim do Império Romano, surgiu principalmente na Europa *o modo de produção feudal*, onde o trabalhador braçal, o agricultor e o pastor eram os servos. A vida dos servos não era nada fácil, pois se trabalhava duro da mesma forma que o escravo, porém com uma diferença básica; o servo era considerado 'livre', porém estava preso à terra, não recebia salário e não tinha como ascender na pirâmide social. Portanto, concluímos que tanto no Modo de Produção Escravagista, comono Feudalismo, a desigualdade so cial foi gritante, a exploração do homem pelo homem uma prática corriqueira. Exploração esta baseada no fato de alguns se considerarem em condições de superioridade.

Por fim chegamos à Modernidade, ao desenvolvimento do comércio e do *modo de produção capitalista*, situação que altera todas as relações de produção, porém garantindo sempre as condições de exploração do homem pelo homem. Nesse contexto, Portugal, nação pioneira nas navegações chega ao Brasil em 1500 com aquele olhar ganancioso: "o que posso levar daqui". E encontraram várias riquezas como o pau-brasil, a cana-de-açúcar, o ouro e os diamantes, o algodão, o cacau, o café, etc., e para explorar essas riquezas adotaram a escravidão dos primitivos (até então 'os donos da terra'), e dos negros africanos. Negros estes que eram capturados, jogados nos navios chamados tumbeiros, negociados como animais ou como mercadorias em feiras, escravizados, torturados, humilhados e até mortos. Nesse processo, os brancos europeus "cristãos", dominaram, impuseram sua cultura, idioma, religião, festas, maneira de vestir, etc., nesse processo e dinâmica de exploração da força de trabalho, observa-se como índios e negros contribuíram de forma expressiva para a cultura brasileira e nesse sentido, alguns antropólogos criaram a teoria da 'democracia racial' Brasileira, afirmando que das relações amistosas entre as três raças, branco, negro e índio surgiu a cultura brasileira, ou seja, via um processo de 'miscigenação cultural'. É preciso ressaltar que a cultura brasileira surgiu sim da mistura de vários povos, porém toda a contribuição indígena e negra foi forjada e não simplesmente resultado de relações amistosas entre ambas. Aliás, é bom que fique bem claro que não poderia mesmo a cultura brasileira ser resultado de relações amistosas entre as três raças, simplesmente porque atualmente, e considerando o ponto de vista biológico, elas não existem.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Só existe uma raça, que é a raça humana, isto ficou evidente após o *Projeto Genoma* que desvendou os genes humanos comprovando que as diferenças existentes entre os seres humanos são definidos por uma quantidade mínima de genes. Assim, não há o que se falar em raças, muito menos em raças superiores como acreditava Adolf Hitler com o seu Nazismo. Porém, há que se tomar cuidado no sentido de que não se adote tal teoria biológica de que somente existe a raça humana para se justificar a negação do racismo, que existiu e existe na história mundial e brasileira, e que o conceito de raça, mesmo quando justificado por fatores biológicos, sempre esteve associado a fatores culturais. Assim,

> raça é um conceito que não corresponde a nenhuma realidade natural. Trata-se ao contrário, de um conceito que denota tão somente uma forma de classificação social, baseada numa atitude negativa frente a certos grupos sociais, e informada por uma noção específica de natureza, como algo endodeterminado. A realidade das raças, limita-se, portanto, ao mundo social. (GUIMARÃES, 2005. p. 11)

Considerada a exposição e o conceito de raça acima apresentados, define-se o racismo

> como a suposição de que há raças e, em seguida, a caracterização biogenética de fenômenos puramente sociais e culturais. É também uma modalidade de dominação, ou antes, uma maneira de justificar a dominação de um grupo sobre o outro, inspiradas nas diferenças fenotípicas da nossa espécie. (SANTOS, 2005. p. 61)

Ressaltamos nessa perspectiva, que o racismo justifica a dominação social e a exploração da força de trabalho, legitimando-as. Assim, anota-se que sempre existiu e ainda existem pessoas que se sentem superiores à outras, simplesmente porque sua pele é mais clara, sua cultura é diferente, etc., e quem se sente superior ao outro cedo ou tarde pode praticar ato de racismo, passível de punição de acordo com a legislação vigente no Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Do início do século XVI até o fim do século XIX, a escravidão fez parte do dia a dia nas relações sociais e de trabalho, enfim, presente em todas as situações cotidianas. Naquele tempo não havia nada que impedisse tal situação, mas ao contrário, existiam institutos jurídicos que a legitimava. Internamente, Castro Alves, José do Patrocínio, Luís Gama e outros se destacaram na luta pela abolição e por condições dignas de vida para a população negra. O tráfico negreiro foi abolido em 1850, possibilitando paulatinamente a introdução do trabalho assalariado dos imigrantes. Leis abolicionistas foram criadas, como a Lei do Ventre Livre, Lei dos sexagenários, e finalmente a Lei Áurea em 1888, cujo principal interessado à época era a Inglaterra, país com o qual o Brasil mantinha relações comerciais e dependência financeira e como este era um país capitalista e industrializado, carente de mercado consumidor, exigia a libertação dos escravos de modo a torná-los trabalhadores livres, assalariados e consumidores. Observe-se que o processo abolicionista, muito mais do que buscar dar dignidade à pessoa humana e uma luta por direitos, sempre esteve motivado por fatores estritamente econômicos, relacionados ao modo de produção. Por isso mesmo, a abolição foi um processo lento para não causar forte impacto econômico na nação. Porém, uma coisa é certa, após a libertação dos negros, não houve investimentos em educação, reforma agrária ou qualquer outra medida afirmativa que pudesse contribuir para reverter a situação de expropriação e exclusão da população negra brasileira, que somente começa a acontecer a partir do século XX com as 'ações afirmativas' a exemplo da 'sistema de cotas reservadas para a população negra' quando do acesso às universidades.

03 - O MITO DA 'DEMOCRACIA RACIAL'

Historicamente observa-se que durante a escravidão, o negro era declaradamente considerado 'coisa', 'mercadoria', percepção essa justificada como algo natural, portanto, próprio da natureza humana, alguns serem considerados inferiores e outros superiores. Nesse contexto escravocrata, onde a dominação social era um direito natural, e eram considerados cidadãos apenas os homens livres, proprietários e nacionais, e as relações sociais eram de mando direto, fundamentado na força, ainda não se falava de racismo de cor, visto que o negro é considerado um ser

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

inferior, uma 'mercadoria' e não um sujeito de direitos. Naquele momento, apesar de todos os fatos sociais que envolvessem os escravos afrontarem a dignidade da pessoa humana e de atitudes, aos olhos de hoje, racistas, preconceituosas e discriminatórias, assim não era considerado pela sociedade daquela época.

No Brasil, somente com a abolição da escravidão, que faz do escravo um sujeito de direito, ou seja, portador de direitos abstratos, iguais aos demais em direitos e deveres, que somada com a pressão internacional inspirada nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos movimentos sociais é que se começa de forma pontual a tratar dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, que irá adubar o caminho para que questões sobre o racismo sejam mais tarde 'pensadas'. Assim sendo, com a abolição da escravidão a partir de 1888, se por um lado, é dada a liberdade aos negros, por outro, legitima-se o preconceito e a discriminação racial contra os mesmos, visto que, agora, na condição de trabalhadores livres, concorreriam com os imigrantes europeus, que foram preferidos em relação aos negros e mestiços.

Numa perspectiva história, verifica-se que a justificativa para práticas de racismo no Brasil se dá, primeiramente, pela força dos senhores de escravos, depois, pela inferioridade biológica e cultural e por último pelo fator pobreza. Diferentemente de outros países, tais como os Estados Unidos e a África do Sul, o racismo brasileiro

> estará presente nas práticas sociais e nos discursos — um racismo de atitudes —, mas sem ser reconhecido pelo sistema jurídico e sendo negado pelo discurso não- racialista da nacionalidade. O Estado liberal de direito que se implanta em 1822, com a Independência, garante, a um só tempo, as liberdades individuais dos senhores e das classes dominantes e a continuidade da escravidão. Depois da abolição, em 1888, tal dualidade de tratamento diante da lei estende-se ao sistema de clientelismo e ao colonato, que substituiu a escravidão. Ou seja, as liberdades e os direitos individuais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> constitucionalmente outorgados não são garantidos na prática social; as práticas de discriminação e de desigualdade de tratamento continuam sendo a regra das relações sociais. Mas, por outro lado, as elites brasileiras tiveram problemas em aceitar integralmente o racismo como doutrina e acabaram por rejeitá- lo por completo, transformando o não-racialismo e a miscigenação cultural e biológica em ideais nacionais, que procuram integrar todos os indivíduos no Estado- nação. Em vista disso, os brancos, no Brasil, foram definidos da maneira a mais inclusiva possível, de modo a abarcar todos os mestiços mais próximos das características somáticas européias, e mesmo, no extremo, a incluir todos que usufruem dos privilégios dacidadania.
>
> Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1724.pdf>

Diferente e contraditória essa realidade que temos na história do Brasil em relação aos demais países: têm-se a convivência, lado a lado, de uma ideologia liberal inspirada nos ideais iluministas de se garantir as liberdades e os direitos individuais, com a escravidão. Tal situação realça a idéia que as normas e leis são instituídas com fins de se garantir a exploração da força de trabalho, a dominação social e de se sustentar o modo de produção, a exemplo do modo de produção capitalista, cuja dominação é intermediada pelo direito positivado que neutraliza as relações de dominação social. Vale ressaltar que se por um lado identifica-se uma incoerência entre a convivência lado a lado da escravidão com um estado brasileiro de inspiração liberal, por outro, a doutrina liberal serviu também para justificar que os pobres eram pobres porque eram seres inferiores, legitimando assim, a exclusão social e política dos negros e mestiços. Sobretudo, a doutrina liberal do século XIX servira de inspiração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

para a positivação do direito brasileiro, sobretudo, na questão das liberdades, dos direitos e garantias fundamentais e nesse sentido,

> por forte influência das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), configurando a idéia do constitucionalismo liberal, a constituição de 1824, continha importante rol de direitos civis e políticos. Sem dúvida influenciou as declarações de direitos e garantias das constituições que se seguiram. Não podemos, contudo, deixar de execrar a triste manutenção da escravidão, por força do regime que se baseava na 'monocultura latifundiária e escravocrata' como mancha do regime até 13 de maio de 1888, data de sua abolição, quando da assinatura da Lei Áurea pela Princesa Isabel. (LENZA, 2011. p. 99)

A Constituição de 1824 aboliu 'os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e de todas as penas mais cruéis' (Art. 179, XIX), estabelecendo que as prisões fossem 'limpas e arejadas' (Art. 179, XXI), com o que se preservaria a dignidade dos presos. De igual forma o Código Criminal de 1830 supostamente procurava amenizar as penas impostas aos escravos, mas apesar dessa aparente evolução normativa, tal realidade não se manifesta tal e qual no cotidiano das pessoas.

Nesse contexto, a visão negativa e estereotipada da sociedade em relação aos negros e mestiços pode ser percebida, por exemplo, que com a Abolição e a Proclamação da República, o Código Penal de 1890 criou as instituições delituosas da 'vadiagem' e da 'capoeiragem'. Para exemplificar, quem fosse surpreendido na rua e não conseguisse comprovar sua atividade produtiva e ter domicílio certo, teria o prazo de quinze dias para fazê-lo, sob pena de prisão. Da mesma forma, a prática da capoeira que era uma atividade comum entre os negros, era tipificada como um ilícito penal.

CAPITULO XIII

DOS VADIOS E CAPOEIRAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes:

Pena – de prisão cellular por quinze a trinta dias.

§ 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.

§ 2º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos.

Art. 400. Si o termo for quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes.

Paragrapho unico. Si o infractor for estrangeiro será deportado.

Art. 401. A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta, si o condemnado provar superveniente acquisição de renda bastante para sua subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue.

Paragrapho unico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena – de prisão cellular por dous a seis mezes.

Paragrapho unico. E' considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.

Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.

Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.

(CÓDIGO PENAL DE 1890 – Decreto nº 847. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>.

O que queremos demonstrar é que, nesse código penal, promulgado apenas dois anos após a Abolição da Escravatura, ficava claro a quem esses dispositivos repressores destinavam-se, ou seja, aos pobres em geral e aos negros em particular. Nesse sentido,

> pode-se discernir duas imagens bem distintas que caracterizam o período pós- escravista: de um lado o imigrante, significante de riqueza, de trabalho livre, de vida; de outro, o liberto, aquele que não tem nenhuma renda e que pode significar vagabundagem e, portanto, necessidade de trabalho sob coação. Em suma, o imigrante significa a ordem, o progresso e o negro poderia vir a ser a desordem, o retrocesso. (AZEVEDO, 2004. p. 131)

Ainda há que se observar a contradição inerente ao próprio processo abolicionista visto que o escravo é posto em liberdade e a ele não é disponibilizada nenhuma estrutura, quer seja de moradia ou trabalho. Seria essa, a grosso modo, uma forma de proteger a propriedade privada e preservar a ordem social; acriação de institutos jurídicos que le gitimem a ação do Estado e por outro lado, tipifiquem na legislação, novos crimes, desses novos cidadãos. Nesse sentido, Mascaro nos alerta que

> é preciso encaminhar a compreensão do direito, então, não mais para construir teorias que legitimem a ordem, mas para verificar, na realidade histórica, como é que o direito domina e contribui para a exploração social. Portanto, querer entender o direito é perguntar, ao contrário de por que o direito é legítimo, sobre por que o direito é imposto, para que se presta, e buscando quais fins. (MASCARO, 2007. p. 54)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Na sociedade brasileira o debate das questões acerca do racismo tem uma tônica acentuada, apenas, a partir do século XX e nesse contexto surgiram novos elementos e teorias.

> Com a substituição da ordem escravocrata por outra ordem hierárquica, a 'cor' passou a ser uma marca de origem, um código cifrado para a 'raça'. O racismo colonial fundado sobre a ideia da pureza de sangue dos colonizadores portugueses, cedeu lugar, depois da independência do país, à idéia de uma nação mestiça, cuja cidadania dependia do lugar de nascimento. (GUIMARÃES, 1999. p. 48)

Contraditoriamente, a história da nação brasileira, de início, fundamentada na exploração da força de trabalho do negro, através da escravidão, é marcada mais tarde, dentre outras, pela teoria da 'democracia racial', expressão atribuída ao sociólogo pernambucano, Gilberto Freyre, que sugere que diferentemente de outros países, tais como dos Estados Unidos e da África do Sul, no Brasil, não há conflito racial e imagina-se que no Brasil a mobilidade com ascensão social do negro, após a abolição da escravatura, nunca esteve bloqueada por princípios legais, tal como o *Apartheid*.

Face ao exposto e sobre este conceito, manifestam-se vários pensadores, criticando-o sob o argumento de que o mesmo não passa de um mito, portanto, 'mito da democracia racial', que foi eficaz para esconder as contradições históricas e assim negar a existência de conflitos entre negros e brancos, impedindo que pessoas comprometidas com essa causa, partissem para a ação política transformadora. Conforme os críticos dessa teoria, atualmente no Brasil, o conflito racial existe de forma sutil, velado, não declarado, não sendo, portanto, explícito, declarado. Isso não quer dizer que se no Brasil o conflito fosse declarado, a situação dos negros seria diferente ou seria resolvida. No entanto, é justamente essa ausência de conflito racial aberto que diferencia a relação entre negros e brancos no Brasil e as relações interétnicas na África do Sul e nos Estados Unidos. No entanto, a sutileza das manifestações de preconceito e de discriminação raciais, no Brasil, torna quase invisível a violência que se exerce sobre a população negra. Assim sendo, o mito afasta a sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

de encarar a verdadeira realidade. Em suma, sendo o mito uma 'fala', uma 'ideologia', um 'discurso', ele busca amenizar atensão entre o real e o imaginário e dessa forma, o ' mito da democracia racial' tem como fins, esconder os conflitos raciais e bem como toda a estrutura de dominação existentes, passando uma imagem melhor para a sociedade. Dessa forma, o mito dificulta ações organizadas contra o racismo.

> Tanto a Abolição quanto a Proclamação da República foram condições indispensáveis para o estabelecimento do referido mito, sem esses dois acontecimentos não se poderia falar em igualdade entre brancos e negros no Brasil: tal mito não possuiria sentido na sociedade escravocrata e senhorial [...]. Que igualdade poderia haver entre o 'senhor', o 'escravo' e o 'liberto'? (BERNARDINO, 2002. p. 251)

A ideologia da 'democracia racial' adotada pela elite brasileira apoiava-se e ainda apóia na generalização de casos de ascensão social do mulato e na idéia de miscigenação, e fortaleceu a discriminação racial tendo conseqüências:

a) O desenvolvimento da crença de que no Brasil não existem raças e que seria uma nação decorrente do processo de miscigenação;
b) Ao não de falar em raças, sugere-se que exista no Brasil uma classificação baseada na cor e que essa, não tem implicações político-econômico-sociais;
c) Mascara a estrutura social e bem como suas formas de dominação e exploração da força de trabalho.

Deve-se salientar que, como exposto anteriormente, a abolição da escravatura ocorre no Brasil não com o fim específico de dar dignidade à pessoa do escravo, mas por se tratar de uma situação insustentável sob a ótica do modo de produção capitalista que requer que cada indivíduo seja igual perante a lei – igualdade abstrata – e transforme-se em sujeito de direito, sendo livre para poder contratar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> "No capitalismo, o trabalhador não é levado ao trabalho como no feudalismo ou no escravagismo, pela força ou pela tradição. Não é a força física que o obriga, mas o contrato de trabalho. [...] O direito, portanto, é essencial tanto ao comércio quanto à exploração do trabalho, os dois alicerces fundamentais do capitalismo." (MASCARO, 2007. p. 39)

Se o passado escravocrata influenciou nas relações atuais entre brancos e negros, sua influência também concorreu para a discriminação que os mulatos sofrem. Afinal, no período colonial, os mulatos eram considerados tão inferiores quanto os negros. Face ao exposto, comungamos da afirmação de Azevedo ao considerar que

> é muito mais sofisticada, muito eficiente, a maneira com que o racismo se reproduz no Brasil. Há toda uma lógica interna em que a vítima é completamente presa nessa rede de que os lugares sociais estão demarcados. **Tudo é classe**. (grifo nosso) O problema é de pobreza, não é racial. É extremamente exaustivo desmontar esse discurso e recolocá-lo o tempo interior porque é lógico. A pobreza não é causa, é resultado. A pobreza pode ser causa de uma série de coisas, mas é fundamentalmente produto, resultado. Ninguém é pobre por natureza. As pessoas são pobres porque foram induzidas à pobreza. E o racismo existe exatamente para expropriar os grupos discriminados do acesso a todo e qualquer recurso. Um grupo que domina o poder em uma sociedade como o Brasil se apoderou de todos os recursos sociais: terra, capital, educação, serviço público, do sentido do que é o belo. (AZEVEDO, 2004, p.41)

04 - "QUANTO VALE OU É POR QUILO?"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Oportuno para o desenvolvimento desse tema foi que em uma das aulas de 'direitos e garantias fundamentais' assistimos ao filme 'Quanto vale ou é por quilo?' de Sérgio Bianchi que dirige o mesmo através de um diálogo com a história brasileira, apontando os obstáculos e contradições da formação sócio-econômico-cultural, marcada pelo escravismo e pela exclusão social. Mostra como a escravidão, como instituição social, organizou a vida sócio- econômica brasileira desde o século XVI.

Analisando as entrelinhas do roteiro e do filme, percebemos que Sérgio Bianchi faz alusão ao positivismo que inspirado na teoria do darwinismo social, introduziu na história brasileira a questão racial que permitiu a naturalização de diferenças políticas, culturais e sociais e como conseqüência destruiu o debate pela cidadania ao tornar indesejável a parcela negra da população. Conclui-se que a escravidão no Brasil esteve a serviço das elites dominantes, que através da exploração da força de trabalho criou toda uma sistemática de violência onde

> levou consigo ofícios e aparelhos, como terá sucedido a outras instituições sociais. Não cito alguns aparelhos senão por se ligarem a certo ofício. Um deles era o ferro ao pescoço, o outro o ferro ao pé; havia também a máscara de folha-de-flandres. A máscara fazia perder o vício da embriaguez aos escravos, por lhes tapar a boca. Tinha só três buracos, dois para ver, um para respirar, e era fechada atrás da cabeça por um cadeado. Com o vício de beber, perdiam a tentação de furtar, porque geralmente era dos vinténs do senhor que eles tiravam com o que matar a sede, e aí ficavam dois pecados extintos, e a sobriedade e a honestidade certas. (BIANCHI, 2008, p. 215)

Como se observa, as justificativas apresentadas para a comercialização e a utilização desses aparelhos que submetiam a população negra à condições sub-humanas, mostra como era naturalizada pela sociedade da época as formas de tortura, distorcendo uma lógica de exploração fria e desumanizante. Assim, por exemplo, a 'máscara de folha de flandres' tinha como fins não apenas silenciar os escravos, mas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

aniquilar sua individualidade, emudecer suas vozes e apagar suas faces. A máscara mais que um disfarce social, era uma marca, um estigma, um rótulo atribuído prioritariamente a, negros e pobres numa sociedade excludente. Bianchi utiliza-se de recursos múltiplos de linguagem, discursos, tempos e locais,atualizando dilemas e fazendo uma mediação, mostrando o quanto dos séculos de escravidão ainda persiste e dão significado na história brasileira do século XXI. A partir desta contextualização

> o racismo foi o modo como vários segmentos da força de trabalho foram obrigados a se relacionar uns com os outros no interior de uma mesma estrutura econômica. O racismo é a justificativa ideológica da hierarquização da força de trabalho e da distribuição, altamente desigual, da recompensa. O racismo é o conjunto de afirmações ideológicas combinado com o conjunto de práticas duradouras que resultaram em manter, ao longo do tempo, uma alta correlação entre etnicidade e localização da força de trabalho. (WALLERSTEIN, 2001. p. 68)

Apresenta assim a escravidão enquanto instituição social que envolveu toda uma estrutura que mesmo extinta por decreto, seus códigos e valores continuaram a existir no cotidiano brasileiro pós-abolicionista, assumindo novas formas. Bianchi ao apresentar os mesmos autores encenando épocas diferentes quer deixar evidente a 'lógica de dominação social'.

Por fim, quando no filme, o presidiário representado por Lázaro Ramos afirma que a sela da prisão é o navio negreiro, estabelece um paralelo entre o sistema carcerário e o sistema escravocrata brasileiro.

05 - BREVE PANORAMA DOS INSTRUMENTOS ANTI-RACISTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Na história brasileira, considerada desde o período colonial, a sociedade incorreu-se em práticas de racismo referente a preconceito pela cor, hoje assim consideradas, no entanto, à luz senso comum e do direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

da época, tais atitudes, além de ainda não serem tipificadas como crimes, eram tidas como normais, naturais, sendo até mesmo legitimadas pelo direito vigente à época, como por exemplo, no artigo 62, do livro V das Ordenações Filipinas que incriminava com pena de furto o indivíduo que se deparasse com escravo fugitivo e não comunicasse em até 15 dias ao seu proprietário ou a uma autoridade competente e bem como a contradição em que conforme o artigo 179, inciso XIX da Constituição de 1824 eram abolidas as penas cruéis tais como açoites, torturas e marcas de ferro, porém confirmadas e aplicáveis ao escravo, conforme artigo 60 do Código Criminal da época.

A história da legislação anti-racista brasileira sempre esteve atrelada à pressão de organismos internacionais e bem como internamente, ao movimento negro e de organizações e impressa a ele associados. De um modo geral, o marco legislativo anti-racista dá-se com a lei nº 1390/51, também conhecida como "Lei Afonso Arinos" que 'inclui entre as contravenções penais as práticas de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor' e assim, tipificando como contravenção penal condutas humanas que recusem ou neguem o atendimento ou acesso de pessoas em estabelecimentos públicos ou privados, motivados por preconceito de raça ou cor. Também, em 1968 o Brasil ratifica a 'Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial', consistindo num sistema especial de proteção aos direitos humanos, por tratar não mais apenas um sujeito de direito geral e abstrato, mas um sujeito concreto, historicamente situado, com suas especificidades de raça, etnia, gênero,... já adotada pela ONU desde 1965.

A promulgação da Constituição de 1988 foi outro fato legislativo, decisivo e marcante, no combate ao racismo e à promoção da igualdade racial, uma, vez que criminaliza a prática do racismo em seu artigo 5º, inciso XLII, considerando que 'a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei'. Dessa forma, o constituinte ao inserir questões referentes à igualdade racial no rol dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, reconhece a prática do racismo, como um problema nacional. Dentre outros institutos, e fazendo uma hermenêutica sistêmica da Carta Magna Brasileira deparamos com todo um sistema de proteção anti-racista.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, no artigo 3º, incisos I, III e IV, temos como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Artigo 3º, I, III e IV, CF/88)

Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal determina em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático

> destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias... (Preâmbulo, CF/88)

e bem como estabelece como fundamento da constituição de um Estado Democrático de Direito, dentre outros, a 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III) e que em suas relações internacionais serão regidas dentre outros princípios, pelo 'repúdio ao terrorismo e ao racismo' (art. 4º, VII) e no título II, 'dos direitos e garantias fundamentais', o caput do artigo 5º, estabelece que 'todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade', especificando ainda que 'ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante' (art. 5º, III), e que são 'invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...' (art. 5º,

X) estabelecendo ainda que 'a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais' (art. 5º, XLI) e bem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

como instituindo que 'a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão' (art. 5º XLII). Por último, mas certos de não estarmos esgotando toda a contribuição que o texto constitucional trouxe no sentido de se combater o racismo, citamos ainda que o Brasil rege-se além de suas normas constitucionais e infra-constitucionais pelos tratados de que faça parte.

> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
>
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais
>
> (Artigo 5º, LXXVIII, §§ 2º e 3º, CF/88)

Após a promulgação da Constituição Federal de 88, o legislador ocupou-se em regulamentar o racismo como crime, estabelecendo novos tipos penais e fixando penas mais elevadas. Nesse sentido merece destaque a alteração da lei nº 7716/89, pela lei nº 8081/90, que tipifica a 'prática, incitação ou indução de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional pelos meios de comunicação ou por publicação'. Posteriormente, a lei 9459/97 alterou os artigos 1º e 20 da lei 7716/89 definindo como crimes as ações humanas resultantes de preconceito de raça ou de cor e acrescentou também o § 3º ao artigo 140 do Código Penal, que trata da injúria racial.

Considerando essa evolução histórica na legislação brasileira em face dos direitos e garantias fundamentais bem nos ensina o professor Dr. Rogério Zeidan que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> as declarações de um Estado democrático de direito positivam [...] os valores sociais, ampliando-os em função das novas conquistas históricas que vão se realizando e se revelando como novos valores sociais. Enquanto valores sociais, são inalienáveis, inembargáveis, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e indisponíveis. (ZEIDAN, 2002, p. 22-23)

Assim, com os novos valores sociais positivados, tendo como marco referencial a nossa Carta Magna e tomando como referência a tipificação dos crimes de 'injúria racial' e 'racismo' passamos a pensar então no *Ius Puniendi,* ou seja, no legítimo direito subjetivo de punir a favor do Estado, enquanto ente que tem em si o monopólio legítimo da força, e em seus limites de atuação, formais e materiais. Notadamente o *limite formal* do *Ius Puniendi* será realizado pelo princípioda legalidade preceituada através d e sua fórmula máxima '*nullum crimen, nulla poena sine lege'* que se desdobra em quatro outros princípios, quer seja, não admitindo o direito consuetudinário, não se aplicando a analogia, admitindo-se o crime apenas se há lei certa e determinada e fundamentada ainda no princípio da anterioridade da lei. No tocante ao *limite material* do *Ius Puniendi* referencia-se à 'dignidade da pessoa humana' que impõe como princípios norteadores do *Ius Puniendi*, o da exclusiva proteção do bem jurídico, o princípio do fato, o princípio da culpabilidade, derivando-se deste, o princípio do devido processo legal que somente se realiza com o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório, e por último o princípio da proporcionalidade que tem dois destinatários, quer sejam, o legislador – proporcionalidade abstrata – e o juiz, no momento de sua atuação, constituindo-se na proporcionalidade concreta. Em suma e nessa perspectiva, preceitua o professor DR. Rogério Zeidan que, os valores constitucionais condicionam e estabelecem diretrizes ao *Ius Puniendi*, visto que

> a Constituição da República Federativa do Brasil preceitua suportes constantes em face dos direitos e garantias fundamentais, controlando todas as atividades de exercício do poder punitivo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> começando desde as atividades preventivas da criminalidade até o caso extremado de execução das sanções criminais. Cabe dizer que todo sistema é norteado pelo princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecido no art. 1.º, inciso III, da Carta Constitucional. (ZEIDAN, 2002, p. 46).

06 - RACISMO OU INJÚRIA RACIAL.

Uma das questões intensamente debatidas no meio jurídico é a distinção entre injúria racial e racismo. Afinal, onde uma começa e termina a outra? A esse respeito, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manifestou que

> o crime de preconceito racial não se confunde com o crime de injúria, na medida em que este protege a honra subjetiva da pessoa, que é o sentimento próprio sobre os atributos físicos, morais e intelectuais de cada pessoa, e aquele é manifestação de um sentimento em relação a uma raça. (TJMG – Apelação Criminal nº 133.955/5, 2ª Vara Criminal)

Assim sendo, há a injúria racial quando as ofensas de conteúdo discriminatório são direcionadas a pessoa ou pessoas determinadas. Ex.: negro fedorento, baiano vagabundo, etc. De outra forma, o crime de Racismo constante do artigo 20 da Lei nº 7.716/89 somente será aplicado quando as ofensas não tenham uma pessoa ou pessoas determinadas, e sim venham a menosprezar determinada raça, cor, etnia, religião ou origem, agredindo um número indeterminado de pessoas. Ex.: negar emprego a negros numa determinada empresa.

Tal paralelo acerca dos crimes tipificados como racismo e injúria racial podem ser melhor dimensionado no quadro seguinte:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

ASPECTOS	RACISMO	INJÚRIA QUALIFICADA
Dispositivo Legal	**Art. 20 da Lei nº 7.716/89**	**Art. 140, § 3º, do CPB**
Bem Jurídico	Dignidade da pessoa humana, igualdade substancial, proibição de comportamento degradante, não- segregação.	Honra subjetiva e a imagem da pessoa.
Tipo Objetivo	Praticar (levar a efeito, realizar), induzir (persuadir, convencer) e incitar (estimular, incentivar, instigar) a discriminação ou o preconceito.	Injuriar, ofender a dignidade ou o decoro, utilizando elementos referentes à raça, cor, religião, origem, ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.
Tipo Subjetivo	Dolo (vontade direcionada a um fim) de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou opreconceito.	Dolo específico de macular a honra subjetiva de alguém.
Consumação e tentativa	Por ser de mera conduta, o crime se consuma com a prática das elementares do tipo, não se exige, nem se prevê resultado naturalístico e não se	Consuma-se quando a ofensa chega ao conhecimento da vítima, sem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

	admite a forma tentada.	necessidade do resultado naturalístico (crime formal). Admite tentativa se o crime for plurissubsistente.
Ação Penal	Pública incondicionada.	Privada.
Prescritibilidade e afiançabilidade	Imprescritível e inafiançável - art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988.	Prescritível e afiançável.

Disponível em: <http://www.chicoleite.com.br/leitura.php?id_materia=39>. Acesso em: 30/09/2011

6.1 - INJÚRIA RACIAL.

O crime de Injúria Racial – preconceito de cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência – sendo estas duas últimas situações, acrescidas pelo art. 110 da Lei 10741/2003, está alocado no artigo 140, §3º, no Título I, capítulo V, da Parte Especial do Código Penal Brasileiro – "Dos Crimes Contra a Honra", e o art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Também, a legislação infra- constitucional nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, define que serão punidos os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

6.1.1 - TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA (ART. 140. §3º, CP).

Primeiramente, podemos *conceituá-lo* como sendo um crime que refere-se à atribuição de qualidade negativa à determinada vítima que seja ofensiva à honra subjetiva e que esteja constituída de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem. Ex.: negro fedorento, judeu safado, baiano vagabundo, japa, etc. Também pode ser *denominado* como injúria racial, discriminatória ou por preconceito. Sobre o crime de injúria, passaremos agora a analisar alguns elementos que o compõe[1]:

Bem tutelado: a honra subjetiva da vítima, ou seja, a própria dignidade que tenha sido atingida por ofensas de cunho racial.

a) Tipo Objetivo: a injúria racial pode ser praticada por qualquer meio, sendo em tese comissiva e havendo a necessidade de chegar ao conhecimento da vítima, mesmo que através de terceiros.

b) Sujeito ativo: pode ser qualquer pessoa.

c) Sujeito Passivo: qualquer pessoa que tenha capacidade para discernir a qualidade negativa que lhe foi imputada, pois há a exigência de capacidade, ainda que parcial, para compreender o teor da ofensa.

d) Consumação: há a consumação quando a vítima toma conhecimento da ofensa, sendo indiferente se a ofensa foi realizada na frente da vítima ou se chegou ao conhecimento através de terceiros, e ainda se a qualidade negativa imputada é verdadeira ou não.

e) Tipo subjetivo: o aspecto cognitivo é o conhecimento dos elementos descritivos e normativos e a previsão da causalidade e do resultado. O aspecto conativo é o dolo de dano, seja ele direto ou eventual, e a seriedade da ofensa, não sendo punível a simples intenção de brincar. A tipicidade da conduta depende da vontade do sujeito.

f) Classificação do crime: a partir de uma interpretação dos inúmeros diplomas legais e bem como da leitura da doutrina do direito penal observamos algumas classificações com relação ao crime de injúria, sendo respectivamente: *formal*, visto que não é necessário o efetivo dano à honra subjetiva da vítima, satisfazendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

o simples ato de ofender; *de impressão* quando se observa que o autor tem a intenção de imprimir à vítima ato vexatório; *instantâneo*, considerando que o crime é consumado no momento em que é proferida a ofensa; *comum*, porque pode ser praticado por qualquer pessoa; *comissivo*, visto que não há como imputar o fato tido como crime se não houver por parte do autor, ação de ofensa oral ou escrita; *unissubsistente*, quando ocorre através da via verbal; *plurissubsistente*, quando ocorre através da via escrita.

g) Tentativa: a tentativa somente é admitida quando for feita por escrito. No caso da ofensa ser proferida oralmente não é admitida a tentativa, pois se for proferida a ofensa o fato está consumado, se não foi dita o crime não existe.

h) Exceção da verdade: o crime de injúria racial não admite exceção daverdade.

i) Pena: Reclusão de um a três anos e multa.

j) Aumento da pena (art. 141, CP): a pena cominada aumenta de um terço, se o crime é cometido:

> I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; II - contra funcionário público, em razão de suas funções;
>
> III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.
>
> IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)
>
> Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.
>
> Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

k) Perdão judicial (art. 140, §1º): o juiz pode deixar de aplicar a pena 'quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria e no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.' Ainda que o Código Penal tenha empregado a expressão "o juiz pode", temos que exaltar que o perdão judicial é um direito subjetivo do réu e não uma mera faculdade do juiz, assim se há os requisitos presentes para um perdão judicial, deverá então o juiz deixar de aplicar a pena.

l) Tipo de Ação: só se procede mediante ação penal privada conforme inteligência do artigo art. 145, caput, do Código Penal.

> Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.
>
> Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.033. de 2009)
>
> Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>

m) Da Competência: devido ao crime de Injúria Racial possuir pena privativa de liberdade máxima de três anos, sendo assim superior a dois anos, o juízo competente é da justiça criminal comum. O juizado especial criminal não possui competência para julgar tal crime, mesmo com a ampliação da abrangência feita pela Lei nº 10.259/01.

6.2 - TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE RACISMO (ART. 20 DA LEI 7716/89).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Conforme o art. 2º, item 2, da Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, aprovada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO – em 27 de novembro de 1978,

> o racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas nos preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a falsa idéia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos anti-sociais; cria obstáculos ao desenvolvimento de suas vítimas, perverte a quem o põe em prática, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais ao direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais.
>
> Disponível em:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Educa%C3%A7%C3%A3o-Ci%C3%AAncia-e-Cultura/declaracao-sobre-a-raca-e-os-preconceitos-raciais.html>.

Dessa forma, o racismo além de englobar as ideologias racistas e as atitudes fundadas em preconceitos raciais, cria obstáculos para o desenvolvimento de suas vítimas, perverte aqueles que o praticam e divide as nações em seu próprio seio. Como consequência o racismo cria abismos sociais, define os espaços a serem socialmente ocupados pelos

indivíduos, despersonaliza e cria esteriótipos, maculando um dos princípios básicos da Carga Magna de 88 que é a dignidade da pessoa humana.

Sobre o crime de racismo, elencamos alguns de seus elementos constitutivos[2]:

a) **Bem Jurídico Tutelado:** o bem jurídico tutelado por tal lei é a igualdade e a dignidade da pessoa humana, bem como a proibição de não segregação e de comportamento desumano e degradante. No intuito de facilitar o estudo do caso em tela, é importante ressaltar que, em 13 de maio de 1997, a Lei nº 9.459 acrescentou o art. 20 à Lei nº 7.716/89, tipificando como crime de racismo, a 'prática, a indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional' e bem como o parágrafo 3º ao art. 140 do Código Penal brasileiro que tipifica a injúria qualificada por discriminação ou preconceito 'se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência', estabelecendo pena de reclusão de um a três anos e multa.

b) **Sujeito Ativo**: qualquer pessoa.

c) **Sujeito Passivo:** o sujeito o passivo será a pessoa ou grupo determinado de pessoas que tiverem o seu direito violado, num sentido coletivo.

d) **Tipo Subjetivo:** o elemento subjetivo é o dolo, isto é, a vontade consciente e livre de praticar as condutas incriminadoras no texto. Cabe salientar que o dolo é exigível em todas as figuras tipificas elencadas em questões de racismo, portanto, não existe a modalidade culposa nesse delito.

e) **Tipo Objetivo:** o tipo objetivo consubstancia-se em praticar (levar a efeito, realizar), induzir (persuadir, convencer) ou incitar (estimular, incentivar, instigar) a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, tal como positivado no artigo 20 da lei nº 7.716/89.

f) **Classificação do crime:** o crime de racismo tem natureza formal, ou seja, significa que o resultado que a lei considera relevante para a determinação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

da figuradelituosa se completa com a própria conduta. Cabe, portanto, salientar que todos os regimes de pena previstos na Lei

n. 7.716/89, são de reclusão, ou seja, o criminoso pode cumprir pena no regime fechado, semi-aberto e aberto, porém no caso em tela, o mais comum é que o criminoso cumpra as penas no regime semi-aberto e aberto, porque a pena máxima em abstrato, para o crime de racismo, é de 05 (cinco) anos.

g) **Consumação/Tentativa:** por ser de mera conduta – o tipo penal não exige, nem prevê resultado naturalístico – o crime se consuma com a simples prática das elementares do tipo e, por isso, não admite a forma tentada.

h) **Pena:** reclusão de um a três anos e multa.

i) **Tipo de Ação:** a ação penal será pública incondicionada à representação ou à requisição. Apesar de ser crime imprescritível e inafiançável admite-se liberdade provisória, conforme a redação do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal brasileiro, dada pela Lei nº 6.416 de 24 de maio de1977.

j) **Da Competência**: devido ao crime de Racismo possuir pena privativa de liberdade máxima de três anos, sendo assim superior a dois anos, o juízo competente é da justiça criminal comum. O juizado especial criminal não possui competência para julgar tal crime, mesmo com a ampliação da abrangência feita pela Lei nº 10.259/01.

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O tema racismo, pesquisado e anotado nesse artigo, apesar de sua ampla significação e alcance, foi abordado pelo grupo, de forma específica, visto que, ressaltou-se o *racismo referente à cor* e analisado no âmbito da história da sociedade brasileira.

Ao abordarmos inicialmente os modos de produção escravagista e o tratamento atribuído ao escravo e compará-lo com outros modos de produção, tais como o feudal e o capitalista, concluímos que independentemente de qual modo de produção se observa, a sua essência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

sistemática gira em torno da dimensão econômica e da produção de riqueza, segregando socialmente as pessoas, tornando alguns proprietários e outros, em sua maioria, não proprietários. Em todos, estão presentes, mecanismos de dominação social, só que, enquanto que no modo de produção escravista e feudal essa dominação é direta, fundamentados na força e na tradição, no modo de produção capitalista ela é menos visível ao senso comum na medida em que é legitimada e mediada pelo direito. Nesse contexto, observamos como que os interesses econômicos do capitalismo foram decisivos no processo abolicionista do Brasil ao fazer dos escravos, até então mercadorias, sujeitos de direito, potenciais trabalhadores livres, que pudessem auferir renda – salário – com fins específicos de consumo. Ainda, nessa mesma linha e contextualização, observa-se no Brasil pós- abolicionista, uma cultura de segregação, racismo e exclusão social na medida, o Estado brasileiro não oferece aos escravos, historicamente expropriados em todas as suas dimensões, condições para que os mesmos sejam inseridos e incluídos socialmente. Ao contrário, continuam ainda sendo tratados como seres inferiores, preteridos pelos imigrantes nos postos de trabalhos. Nessa perspectiva, o Estado, sob a justificativa de se garantir a ordem social, a segurança e a propriedade privada utiliza-se do direito criando institutos, tipificando crimes tais como o de 'vadiagem' e o de 'capoeiragem' como forma de controle social eliminando assim, os 'indesejáveis' socialmente. Nesse contexto, é salutar mencionar uma das contradições sociais juridicamente legitimadas quanto ao tratamento dado ao escravo: enquanto que o escravo era considerado objeto em quase todos os ramos do direito, podendo, por exemplo, incidir sobre ele impostos, ser objeto de comercialização e outros mais, o mesmo era considerado pessoa frente ao direito penal.

Essa realidade histórico-social é negada pela cultura brasileira quando da afirmação do 'mito da democracia racial', que aliena as pessoas e lança o olhar para uma realidade de convivência harmônica entre as raças. Nessa dimensão, a ação consciente, política e transformadora é neutralizada na medida em que se faz crer numa realidade sem conflitos e igual. Nessa dimensão, analisamos os conceitos 'raça' e 'racismo' e concluímos que mesmo quando justificados e fundamentados em informações de cunho científico somadas à simples percepção sensorial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

baseadas em diferenças físicas, tais como a cor da pele, sempre estiverem vinculados a elementos de criação cultural, de conotação econômica, para justificar a dominação e exploração da força de trabalho. Assim sendo, e para desmistificar esse mito, recorremos a fatos historicamente situados e bem como à própria história da legislação brasileira, que em grande parte, além de legitimar atitudes racistas, preconceituosas, discriminatórias e, portanto, de atentado à 'dignidade da pessoa humana', somente mais tarde e contemporaneamente tratou o racismo como crime, tipificando condutas indesejáveis. Para essa transformação concorre uma infinidade de meios, tais como, tratados internacionais e a pressão do movimento negro em âmbito nacional. Porém, não se pode esquecer, que todos esses acontecimentos analisados numa perspectiva crítica, caminham 'par e passo' com a própria consolidação do capitalismo e da filosofia política liberal fundamentada no discurso dos direitos e liberdades individuais. Nesse âmbito,verificamos que a Constituição Brasileira ao inserir no rol dos direitos e garantias fundamentais a prática do racismo como crime, externa o racismo como um problema nacional e lança luz sobre uma nova concepção de ação sob uma perspectiva pluralista étnica, racial e cultural.

Em suma, com a Carta Magna de 88 e de leis infra-constitucionais, a esfera legislativa oferece importante contribuição no processo brasileiro de combate ao racismo e à promoção da igualdade racial. Nesse quadro de evolução legislativa no tratamento do racismo pudemos analisar a tipificação dos crimes de 'injúria racial' e de 'racismo', aquele visando tutelar o bem jurídico da honra subjetiva e a imagem da pessoa e este, tutelando a dignidade da pessoa humana, a igualdade substancial, proibindo comportamento degradante e de não-segregação; aquele, com ação penal privada, este, com ação pública incondicionada e por fim, aquele prescritível e afiançável e este, imprescritível e inafiançável.

8 - REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. **Onda negra, medo branco:** o negro no imaginário das elites do século XIX. 2ª ed. São Paulo: Annblume, 2004.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BERNARDINO, Joaze. **Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/eaa/v24n2/a02v24n2.pdf>. Acesso em: 03/10/2011.

BIANCHI, Sérgio. **Quanto vale ou é por quilo?** São Paulo: Imprensa Oficial, 2008. Coleção Aplauso Cinema Brasil.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL e CÓDIGO PENAL. VADE MECUM. Obra Coletiva. Col.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo, WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos e CÉSPEDES, Lívia. 9ª. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil.** São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. Rev. atual. & ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 95-123; 914-922.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 09-54.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Christiano Jorge. **Racismo ou injúria qualificada?** Disponível em:

<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/a35c5x.pdf>. Acesso em: 30/09/2011.

TJMG – Apelação Criminal nº 133.955/5, 2ª Vara Criminal, rel. Des. Herculano Rodrigues,

Jurisprudência Mineira, v. 146, p. 382-389.

VASCONCELOS, Gilbran Queiroz de. **Injúria racial.** Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4187/Injuria-racial>. Acesso em: 01/10/2011. WALLERSTEIN, Immanuel. **Capitalismo**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

histórico e civilização capitalista. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

ZEIDAN, Rogério. ***Ius Puniendi,* Estado e direitos fundamentais:** aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

NOTAS:

[1] A conceituação e argumentação dos elementos analisados referente ao crime de 'injúria racial' estão ancorados no artigo de Gilbran Queiroz de Vasconcelos em seu artigo "Injúria Racial', disponibilizado no site mencionado nas referências

[2] A conceituação e argumentação dos elementos analisados referente ao crime de 'racismo' estão ancorados no artigo de Gilbran Queiroz de Vasconcelos em seu artigo "Injúria Racial', disponibilizado no site mencionado nas referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA GARANTIA À SEGURANÇA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A SEGURANÇA, ENTABULADA NO ARTIGO QUINTO DA CARTA CIDADÃ, EM OPOSIÇÃO À FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA "MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA" PARA A PRISÃO PREVENTIVA, PREVISTA NO NO CAPUT DO ART. 312 DO CÓDIGO PROCESSO PENAL

ELIAS DOENHA: Bacharel do curso de Direito pela Faculdade FARO.

STÊNIO CASTIEL[1]

(Orientador)

RESUMO: Estudo acerca dos binômios: ordem pública e ordem jurídica; segurança pública e segurança jurídica. O presente artigo verificará se a ordem pública é um vetor constitucional aplicado ao Direito Processual Penal; ou se esta é um bem jurídico penalmente tutelado. Noutro giro, há a necessidade de se estabelecer o debate acerca da função do processo penal a partir de um viés acusatório, onde apenas as garantias individuais e o interesse dos procedimentos e processos criminais devem servir de guisa às decisões cautelares do órgão jurisdicional, uma vez que isso representa a prevalência da garantia da liberdade e inocência da pessoa imputada face ao poder de investigar e acusar do Estado. O presente estudo contemplará a análise da segurança sob a Teoria dos Direitos Fundamentais e sua correta abordagem no processo penal. Nesse sentido, é fundamental analisar, no processo penal, se o direito social à segurança pública está em posição de igualdade constitucional à garantia fundamental da Liberdade do imputado. Em rápida síntese, há a necessidade de abertura do sistema jurídico penal a partir da prevalência da ordem jurídica no processo. Como se verá, é a ordem jurídica que deve delimitar a atuação jurisdicional penal.

Palavras-Chaves: Penal. Ordem. Segurança. Jurisdição.

ABSTRACT: Study of the binomials: public order and legal order; public security and legal certainty. This article will verify if public order is a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

constitutional vector applied to Criminal Procedural Law; or if this is a criminal legal right protected. In another vein, there is a need to establish a debate on the role of criminal proceedings based on an accusatory bias, where only individual guarantees and the interest of criminal procedures and proceedings should serve as a guideline for the judicial decisions of the court, once that this represents the prevalence of the guarantee of the freedom and innocence of the accused in the face of the power to investigate and accuse the State. This study will consider security analysis under the Fundamental Rights Theory and its correct approach in criminal proceedings. In this sense, it is fundamental to analyze, in the criminal process, whether the social right to public security is in a position of constitutional equality to the fundamental guarantee of the defendant's Freedom. In brief synthesis, we will discuss the necessary opening of the criminal legal system based on the prevalence of the legal system in the process. As will be seen, it is the legal order that delimits criminal jurisdictional action.

Keywords: Criminal. Order. Safety. Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica foi desenvolvida com o objetivo de analisar, sob a ótica constitucional, no processo penal, a garantia fundamental à segurança, entabulada no artigo quinto da Carta cidadã, em oposição à fundamentação genérica "manutenção da ordem pública" da prisão preventiva, caput do art. 312 do Código Processo Penal.

O trabalho é baseado na Carta política e na boa doutrina constitucional, uma vez que aquela é a fonte suprema dos direitos fundamentais, que guardam relação com as normas de valores negativos - limitação do Estado – e a dignidade da pessoa humana, ideia nuclear do Estado Democrático de Direito.

A matéria processual penal encerra o conflito entre o poder-dever do Estado, que existe para salvaguardar a paz e a segurança pública, e as

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

garantias fundamentais da pessoa imputada, que se vale das condições de defesa previstas na ordem jurídica.

Não obstante à superioridade da Carta política de 1988, o códex processual ainda é a principal fonte de regramentos aplicados aos procedimentos de investigações criminais e nos processos penais. Isso se deve à recalcitrância do legislador e à grande parte dos órgãos julgadores que insistem em se irmanarem ao órgão de acusação.

Há graves incoerências entre os princípios e às decisões judiciais que atropelam tudo o que é mais sagrado: as garantias fundamentais do imputado face o monopólio de punir do Estado.

Em reposta a essa situação, há a necessidade de abertura do ordenamento jurídico penal aos princípios constitucionais aplicados ao processo.

A doutrina se divide ao analisar a garantia fundamental da segurança: parte dela afirma que ali está inserido o direito fundamental à segurança pública que tem como destinatário a sociedade. Neste sentido, caberia ao juízo penal agir prudentemente para salvaguardá-lo.

Noutra banda, há aqueles que apontam a presunção da inocência e da necessidade do contraditório penal, como vetores constitucionais hábeis a rechaçarem quaisquer ranços da inquisição no sistema acusatório.

Entre essas posições, o estudo mostrará que o estado-juiz somente deve perquirir o controle social preventivo, que evita os crimes e demais coisas deletérias ao seio social, com o sacrifício cautelar da liberdade do imputado, quando há fundado interesse processual.

A presente obra, sem o escopo de encerrar a discussão acadêmica, discorrerá sobre a dicotomia: segurança e liberdade, agora com uma proposta conciliadora e constitucionalmente equânime. Neste sentido será imprescindível o estudo dos direitos fundamentais, como um conjunto de direitos e deveres dinâmicos ao avançar da democracia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

O ponto de partida é a analise da natureza jurídico-constitucional da ordem pública, seu retrospecto e influência para a construção do atual sistema jurídico; por fim, sua interação e relevo para o direito processual penal, como uma ciência jurídica autônoma.

Em segundo momento, buscar-se-á a definição constitucional da "manutenção da ordem pública" como sendo a finalidade da segurança pública – direito do homem consumidor e seu caráter genérico que impede a formação do contraditório penal.

Por derradeiro, e não menos importante, será apresentada a reserva de jurisdição penal e a fundamentação genérica "manutenção da ordem pública", para que se possa estabelecer um juízo de valor acerca da constitucionalidade das respectivas decisões judiciais.

Apesar de sua importância para a investigação e para o processo, a prisão preventiva fundamentada exclusivamente na manutenção da ordem pública é genérica, que permite a introdução de qualquer arguição dita pelo juízo penal.

Assim, essa decisão ficaria imune de questionamentos futuros, uma vez que não há a menor possibilidade de se estabelecer o contraditório – princípio de defesa – de algo cunhado pelo subjetivismo do órgão jurisdicional.

Em uma visão exterior ao Direito, o cidadão, enquanto sociedade que fiscaliza o Estado político (graças ao exercício do direito à informação que dá publicidade aos atos estatais e o avanço de novas tecnologias de comunicação) apresenta novas exigências: a preservação das garantias individuais e a efetiva distribuição da justiça penal.

Com efeito, para que se tenha a construção do processo penal democrático e o fortalecimento do sistema acusatório, será necessária a abertura do ordenamento jurídico penal aos princípios constitucionais aplicados ao processo.

2. A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E A PRISÃO PREVENTIVA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A formação estruturada do complexo sistema jurídico impõe a todos a assunção de algum papel relevante, seja de caráter legislativo e inovador, seja de aplicador e intérprete das normas entabuladas por ela; qualquer que seja a atividade jurídica há a análise retrospectiva do tema de fundo.

Não obstante farta produção doutrinária acerca desse tema, entende-se ser de grande relevância acadêmica as luzes do conhecimento hermenêutico constitucional que há muito tempo discorre sobre conceitos como a ordem pública e manutenção da segurança pública, agora com uma função específica voltada para as indagações do processo penal.

2.1 DO PRÉ-ILUMINISMO À "ORDEM PÚBLICA" NO CÓDIGO PROCESSO PENAL.

Historicamente a ordem pública estatal causou mais o mau do que o bem à sociedade – basta analisar os governos autoritários dos países ocidentais do século XX, ou ainda a política de controle criminal conhecida como "tolerância zero" nos Estados Unidos. A utilização da ordem foi de acordo com a vontade da força político-econômica dominante.

Há muito tempo a ordem pública vem sendo utilizada pelas pessoas que detém o poder de uma nação. Ela se torna um instrumento político-jurídico a fim de imporem seu modo de organização social, que não atende as minorias da sociedade e nem aos valores do Estado social – garantia da distribuição equânime das riquezas à sua população.

Como um ponto histórico de partida para a definição da ordem pública, tem-se o momento vivido pelo continente europeu, segundo as impressões sociológicas, precisamente na França pré-iluminista. Para tanto, convém apresentar a posição de ROCHA, 2016, Sociólogo, que diz:

> No Brasil nos habituamos historicamente a considerar a força policial do Estado como garantidora de segurança jurídica. Isto acontece porque confundimos segurança pública com segurança jurídica. São coisas completamente diferentes – eu diria até opostas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Para o sociólogo, a segurança pública sempre esteve a serviço da força política dominante que, a exemplo dos governos absolutistas e tirânicos dos tempos anteriores ao movimento iluminista na França controlava as massas populares e protegia o vigente modelo político monárquico absolutista:

> No ideário revolucionário das revoltas populares ainda nos anos seguintes à revolução, o povo procurou fortalecer suas próprias milícias como forma de se defender das perseguições e extermínios que as forças repressivas do Estado, agora a serviço da classe burguesa, perpetravam contra o povo. Portanto, o que se aprendeu rapidamente é que a democracia que destronara o velho regime monárquico e oligárquico se convertera em um novo regime de repressão brutal. Por isso o povo francês percebeu atuação do Estado, agora governado pela maioria, que não assegurava os direitos fundamentais da pessoa enquanto indivíduo, os estudiosos da época verificaram a necessidade de, a partir de regramentos normativos, limitar a atuação do Estado face às garantias fundamentais do indivíduo.

Como se observa, a atividade de segurança pública nada mais foi do que a prevalência da ordem pública sob a ótica de quem dominou e se apossou do poder estatal. E, nos dias de hoje, o processo penal vem cumprindo esse papel.

Em decorrência disso, os pensadores franceses teceram diversas teses e teorias que possuem como pano de fundo a limitação do Estado face à pessoa do indivíduo nacional.

Com isso foram construídos os pilares do Estado republicano cujos principais aspectos político-jurídicos são: a sujeição do Estado a uma constituição legitimada pela população, a separação do poder, a temporalidade dos mandatos políticos e a garantia das liberdades públicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Nos dias de hoje, de acordo com os princípios constitucionais aplicados ao processo, é notório que o modelo acusatório foi adotado pelo ordenamento jurídico nacional, uma vez que ele revela os princípios: do devido processo legal e do juízo natural.

Enquanto que aquele princípio informa ser o processo um instrumento garantidor de defesa do imputado face ao peso da acusação estatal, este, por seu turno, impõe ao órgão julgador o compromisso moral e ético de julgar com imparcialidade.

Para a ciência processual penal, a ordem jurídica é que possui amplo relevo. A partir da carta política de 1988, o processo penal deixou de ser um instrumento legal para a política criminal, e passa a existir no sentido de meio de defesa do imputado.

Somente pelo devido processo é que o Estado político alcançará a legitimidade para aplicar a sanção penal condenatória.

Verifica-se, pois, a incoerência entre a ordem pública estatal como a fundamentação de decisão cautelar para a prisão preventiva e o sistema penal acusatório.

2.2 MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA COMO FINALIDADE DA SEGURANÇA PÚBLICA E SEU CARÁTER GENÉRICO.

Nos traços iniciais dos direitos fundamentais previstos pelo constituinte nacional de 1988, há a prevalência da dignidade da pessoa humana e a imposição ao Estado das ordens constitucionais negativas, que são verdadeiras limitações à sua atuação.

Essa razão de ser possui inegável relevância na matéria processual penal, já que o Estado continua a tutelar a ordem pública com a utilização dos meios conducentes ao sacrifício das garantias processuais que à conta do sangue de milhares de pessoas foram escritas ao longo da história de lutas.

O legislador constituinte indicou expressamente, no artigo 144 da Carta cidadã, a manutenção da ordem como a finalidade das instituições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

responsáveis pela segurança pública, preventiva ou repressiva, a qual compete exclusivamente à administração executiva.

MAZZA (2017, p. 1067) informa que os serviços de segurança pública constituem atividade tocada diretamente pelo Estado. É serviço público, essencial e indivisível, concedido ao homem consumidor.

Ainda que a norma processual penal vigente tenha sido recepcionada formalmente pela constituição de 1988, possui ranço do período inquisitorial, a saber: manutenção da ordem pública - conceito genérico, subjetivo e incompatível com os valores democráticos, legalmente hábeis a limitar a garantia individual.

Como a legislação processual não deixou normatizadas as hipóteses concretas em que haveria a necessidade da manutenção da ordem pública, a ordem pública se constitui em um sentido aberto – o que impede a constituição do contraditório; e, conseqüentemente, torna eventual decisão judicial ilegítima.

2.3 A NATUREZA JURÍDICA DA MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E SEU RELEVO AO PROCESSO PENAL

Se a manutenção da ordem é a finalidade de um serviço público essencial, por dedução lógica, em nenhum sentido o constituinte a erigiu como um princípio; por seu turno, tanto o constituinte como o legislador infraconstitucional não a elencou no rol taxativo do conjunto dos bens jurídicos importantes para o direito penal.

Não obstante a isso, tanto a jurisprudência quanto parte da doutrina processual penal afirmam que o Estado-juiz deve agasalhar a ordem pública para acautelar o meio social.

Nesta linha de pensamento, NUCCI (2011, p.73) assegura que a ordem pública deve ser tutelada pelo juiz, ao limitar cautelarmente a liberdade do imputado, quando houver pelo menos um dos seguintes casos: a gravidade concreta do crime, a repercussão social, a maneira destacada de execução e as condições pessoais negativas do autor.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, o estado-juiz estaria autorizado a tutelar a ordem pública, sob o poder-dever de atuar concretamente para o acautelamento do meio social. Em posição ligeiramente semelhante, há aqueles que defendem o cerceamento cautelar da liberdade para dar credibilidade à Justiça ou ainda o atendimento dos clamores popular.

Isso, em tese, afastaria a sensação de impunidade penal que permeia os serviços prestados pelo Poder Judiciário.

Esse posicionamento, embora socialmente coerente, é juridicamente questionável: não explica o princípio da reserva legal, como elemento legitimador da atuação jurisdicional no caso concreto. Ora, em matéria processual penal a legalidade é estrita, significando que somente haverá a tutela daquilo que o legislador previu.

Desse modo, a ideia de que a manutenção da ordem pública seja compatível com o processo penal somente serviria a uma labuta jurisdicional utilitarista e imediatista – o que desborda da finalidade do processo penal como a busca da legitimidade do atuar estatal.

O constituinte originário, influenciado pelo direito anglo-saxônico, garantiu, no inciso LIV do art. 5º, que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Realizando uma interpretação axiológica (estudo do valor) desse comando constitucional como os requisitos da prisão cautelar, é correto afirmar que somente haverá a restrição da liberdade para o estrito interesse processual – assunto amplamente debatido e se desborda da temática proposta neste documento.

Assim, a ideia de acautelar o meio social no processo penal, além contradizer o devido processo legal e da legalidade estrita, pode ser interpretada como o nítido emparelhamento do órgão jurisdicional ao órgão ministerial de acusação.

Isso representa a negação da existência do sistema acusatório e do processo penal democrático, uma vez que o processo deixa de ser um meio de garantias de defesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

As pessoas que defendem o acautelamento do meio social em matéria processual com o sacrifício da liberdade têm grande chance de nunca terem experimento o flagelo do cárcere ou o sabor amargo da injustiça penal.

3 . O ANTAGONISMO: A GARANTIA FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E O DIREITO SOCIAL À SEGURANÇA PÚBLICA.

Em respeito ao pluralismo acadêmico, há a lição do notável doutrinador NUCCI (2011, p.13) ao comentar acerca dos direitos elencados no caput do artigo quinto da CRFB/1988, a seguir exposto:

> "(...) observa-se então, o natural confronto entre a liberdade e a segurança, quando se trata de aplicar, na prática, as normas penais e processuais penais. Porém, não havendo direito absoluto, flexibilizando-se cada um deles, na medida exata da necessidade de aplicação dos demais (...) a liberdade individual cede espaço à segurança pública, que também é individualizada, sob o ângulo de cada cidadão beneficiado, abrindo caminho para a prisão cautelar".

A maior parte do pensamento do eminente doutrinador pode ser admitida, principalmente no que se refere à existência de confronto entre a liberdade do imputado e a segurança pública. Entretanto, é inconcebível a ideia de que a garantia fundamental da liberdade deve ceder à finalidade da segurança pública.

A garantia individual da liberdade não deve ser tratada no mesmo plano constitucional do direito social à segurança pública. Somente ao devido processo legal é que a liberdade individual se curva.

Na lição do constitucionalista José Afonso da Silva, dentre os direitos fundamentais há aqueles que são verdadeiras garantias individuais, que guardam relação com a limitação estatal e a dignidade da pessoa humana.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SILVA (2014, p.289) informa que direitos fundamentais podem ser classificados ainda como: direitos do homem produtor (liberdade sindical e outros) e do homem consumidor, que são aqueles que obrigam o Estado a uma prestação positiva, como os serviços essenciais de segurança pública.

O que interessa ao presente estudo é estabelecer a comparação entre a garantia individual da segurança e o direito social à segurança pública, a fim de saber qual delas poderá estar contida na matéria processual penal.

3.1 A SEGURANÇA SEGUNDO A TEORIA DIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DINÂMICIDADE E INTERDICIPLINARIEDADE

MARMELSTEIS (2014, p.53) ao elaborar um posicionamento crítico à Teoria das Gerações dos Direito Fundamentais, afirma que esses direitos devem ser vistos e compreendidos em múltiplas dimensões, em razão de serem indivisíveis e interdependentes. O autor apresenta a ideia de que os direitos fundamentais são dinâmicos. Assim, pode-se classificar o direito à segurança de acordo com cada dimensão.

Na primeira dimensão, a segurança deve ser vista como uma garantia individual – segurança jurídica. Na segunda dimensão, deve ser vista como um direito fundamental do homem consumidor – serviço essencial de segurança pública. Já na terceira dimensão, é entendida pela fraternidade e universalização do direito à segurança do meio ambiente sadio e equilibrado, por exemplo.

Como se verifica, a segurança ganha nuance jurídica diferente de acordo com o sistema jurídico em que é estudada. Isso decorre da dinamicidade dos direitos fundamentais, que, a depender do plano fático-jurídico, a segurança corresponderá a alguma dessas dimensões.

Se no atual ordenamento jurídico penal o sistema acusatório for evidenciado - onde há forte incidência dos valores éticos que apontam para uma atuação jurisdicional imparcial e totalmente desprendida do órgão ministerial de acusação, deve-se concluir que a segurança tratada, sem dúvida, é a de primeira dimensão – garantia da segurança jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Isso, por exclusão, afasta da matéria processual penal a segurança contida nas demais dimensões da teoria dos direitos fundamentais.

SILVA (2014, p.440) ao discorrer sobre a garantia da segurança entabulada no caput do art. 5º, informa que se trata de segurança jurídica. Segundo o mestre, no processo penal, isso se desdobra na: garantias jurisdicionais penais; garantia do juiz competente; garantias criminais preventivas; garantia do devido processo legal, dentre outras.

3.2 A GARANTIA FUNDAMENTAL À SEGURANÇA: DESTINATÁRIO E FINALIDADE.

SILVA (2014, p.289) assegura que as garantias entabuladas no caput do artigo quinto foram destinadas ao indivíduo. Elas possuem como pressupostos a limitação do poder estatal e a dignidade da pessoa humana.

Segundo o autor, a garantia da segurança foi destinada ao indivíduo e esta possui duas funções distintas: uma de ordem negativa, onde o Estado deve respeito; outra de ordem positiva, onde o Estado deve atuar para que isso seja respeitado por todos.

A garantia da segurança está no mesmo plano constitucional das demais garantias, a saber: a vida, a liberdade e a propriedade. Frisa-se que isso não se reveste de caráter absoluto. Em algum momento haverá a necessidade de ponderações.

Erige-se outra garantia: o devido processo legal. Tanto o particular quanto o Estado, para adentrar na seara das garantias individuais e seus respectivos direitos, necessariamente, deverão perquirir o sistema jurídico processual competente.

A partir do devido processo legal, a garantia da liberdade somente poderá ser limitada se for observada a garantia da reserva de Jurisdição penal e todo o sistema jurídico de defesa processual – a saber, o contraditório.

3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA: DESTINATÁRIO E FINALIDADE;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SILVA (2014, p.289) classifica o direito social à segurança pública como se fosse destinado ao homem consumidor. Neste sentido, há verdadeiro preceito mandamental para que o Estado preste os serviços essenciais à sociedade, como os de segurança pública.

O homem consumidor deve ser identificado qualitativamente como um ser social, coletivo. Desse modo, os serviços de segurança pública não são destinados ao homem individual, que no Direito administrativo é tratado como particular.

A finalidade da segurança pública, sob nenhum argumento deveria permear a atividade cognitiva do órgão jurisdicional para restringir a garantia da liberdade, uma vez que constitui verdadeira tese de acusação, que não passa pelo crivo do contraditório.

4. O ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL: NECESSÁRIA ABERTURA A PARTIR DA DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA NO PROCESSO.

SOARES (2013 p.111) ao discorrer acerca da teoria do ordenamento jurídico informa que:

> A concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno (...) Com o advento da dominação legal-burocrática, forma de dominação baseada na legalidade, consolidam-se tanto a organização racional de competências com base na lei quanto a sistematização centralizada das normas de exercício de poder e gestão.

Na prática, assim como em tempos atrás o caudilho se valia da força policial e das leis vigentes para realizar seus desígnios particulares, proporcionalmente, nos dias de hoje, os estamentos políticos, se valendo da democracia, aviltaram o sufrágio popular, apossaram do poder político para promover seus desígnios privados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A ordem pública no processo penal é um exemplo que evidencia o "sequestro" do ordenamento jurídico penal que agora serve a uma parte da sociedade.

Graças ao avançar do processo democrático e o esclarecimento das pessoas acerca de seu papel enquanto cidadãos que devem vigiar o Estado, há um movimento de amadurecimento das discussões em torno do processo penal enquanto instrumento das garantias de defesa e da distribuição da justiça penal.

Os fenômenos sociais atuais exigem do Estado o combate efetivo contra a corrupção, por exemplo, mas não admitem o cerceamento cautelar da liberdade de um inocente. Esses assuntos põem à prova o ordenamento jurídico penal vigente.

Neste momento, a temática "ordem pública no processo penal" ganha contornos mais elevados, uma vez que disso dependerá a afirmação do sistema acusatório.

Muitos avanços já ocorreram neste sentido; entretanto, ainda há o emprego do ordenamento jurídico de modo seletivo ou para atender determinada clientela. Isso desborda de sua finalidade como um instrumento de distribuição da justiça penal.

O Estado brasileiro ainda não correspondeu à altura constitucional quando o assunto é o combate à corrupção generalizada contra a administração pública e o interesse público. Ele parece ser forte apenas para cercear o acautelamento social nos crimes hediondos.

A discussão versa sobre até que ponto é possível confiar no Estado que insiste em se valer da prisão cautelar para o efetivo combate ao crime.

A sensação de insegurança e de impunidade no meio social é mais eloquente quanto se está em cheque seu próprio ordenamento jurídico penal, uma vez que este representa a realização precípua das funções do Estado segundo o poder conferido a ele pelo cidadão.

5. O PROCESSO PENAL COMO CIÊNCIA AUTÔNOMA.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Acredita-se que a colocação inapropriada da manutenção da ordem pública como fundamento processual decorre dos tempos em que não se estudava o processo como uma ciência autônoma ao direito material.

Enquanto que este é verdadeira ferramenta de política criminal – eleição das condutas antiéticas, com alto grau de reprovação social e que ofende bens jurídicos sensíveis; aquele, por seu turno, compreende o conjunto dos meios constitucionais de defesa do imputado, o qual o órgão jurisdicional é obrigado a velar.

Realmente, no direito penal, a finalidade da segurança pública se vê contemplada, uma vez que este possui como objeto o controle social preventivo. Já em matéria processual, isso somente deve existir quando houve sentença penal condenatória.

O processo deve ser estudado desgarrado da matéria substantiva, uma vez que possui princípios singulares como: a presunção da inocência, o do favor-rei (benefício ao réu) e do contraditório, dentre outros. Por assim dizer, a sua inauguração é a própria Carta constitucional de 1988.

6. A CONSTRUÇÃO DO CONTROLE SOCIAL PREVENTIVO E REPRESSIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

SOARES (2012, p.96), sociólogo, apresenta a definição do controle social preventivo: conjunto de mecanismos que a sociedade oferece para evitar a ocorrência de infrações éticas, a fim de introduzir a adequação do comportamento aos cânones socialmente aceitos. Para tanto, pode se valer da coercibilidade.

Neste sentido, a matéria penal substantiva encerra as condutas típicas eleitas como ilícitos penais – ultrapassam a última barreira da ética social e que se constituem em alto grau de reprovação moral coletiva, inclusive pelo direito natural.

O ordenamento jurídico penal do Estado brasileiro adequou, proporcionalmente, o regramento processual e a respectiva sanção penal, de acordo com o grau de reprovação social da conduta e periculosidade do agente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Assim, a título de exemplificação, os autores dos crimes hediondos e equiparados, de um modo geral, recebem as maiores reprimendas, ainda durante a investigação criminal – portanto presentes o *fumus commissi delicti* e o *pericullum libertatis*.

Neste cenário, a jurisprudência se arvora contra a garantia da liberdade do imputado, uma vez que se trata de condutas odiosas e altamente reprováveis. Não haveria, pois, quem se importasse com um "mero" detalhe processual.

O ordenamento penal é produto dos fenômenos sociais. Estes, nos dias atuais, com o advento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, a saber: o direito à informação e a inserção das novas tecnologias de comunicação, estão em constante evolução.

Essas transformações sociais obrigam o Estado político a um proceder com transparência e probidade perante a sociedade.

A partir da publicidade dos atos das personalidades públicas e o enfrentamento global contra a corrupção, pouco passa despercebido perante a opinião pública.

A questão é saber se o ordenamento jurídico penal dará condições efetivas a esses fenômenos sociais que exigem a necessária reprimenda penal para os atos de corrupção, especialmente aqueles praticados contra a administração pública e o interesse público.

Se for estabelecida uma comparação entre os crimes hediondos com os de corrupção, poderia ser feita a seguinte distinção: como a sociedade e a justiça brasileira enxergam o agente criminoso, ao analisar a necessidade do cerceamento cautelar da liberdade.

Enquanto que a sociedade e a justiça vêem como um criminoso aquele que cometeu a conduta hedionda, as personalidades estatais poderiam até se tornarem "amigas" daquela cuja ameaça não se personificou na imagem do indivíduo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A partir dessa contemplação, a ordem pública como um fundamento judicial ao cerceamento da liberdade, ganha aparência de conveniência processual. Se o Estado-juiz, sem embargos, acautela a ordem social nos crimes hediondos, poderia proceder de igual modo nos crimes de corrupção contra a administração pública?

Sem rodeios, em obediência às convicções acadêmicas aqui apresentadas, de nenhum modo pode-se concordar com a fundamentação genérica manutenção da ordem pública no processo penal, ainda que seja para "um bem maior".

No processo penal, a ordem pública deve ceder todo o espaço à ordem jurídica. É nela que se encerram os limites da atuação jurisdicional. A ordem jurídica, por seu turno, deve se abrir aos anseios dos princípios constitucionais, não apenas parte deles.

Tanto nos crimes hediondos, quanto nos de corrupção, somente haveria o cerceamento cautelar da liberdade para o interesse exclusivo das investigações criminais ou do processo penal – devido processo legal.

As pessoas estão propensas a sopesar o direito processual penal e a necessária reprimenda nas condutas flagrantemente contrárias aos bens jurídicos de ordem pessoal; já quanto às condutas de corrupção, nem sempre possuem semelhante repulsa.

Ocorre que, ao cientista do Direito, esse pensamento é vedado sob pena de agir contrariamente ao interesse da sociedade – é dela que parte todo poder e legitimação do Estado político, incluindo seu ordenamento jurídico.

Desse modo, sem adentrar ao tema, é importante o estudo dos crimes contra os bens jurídicos coletivos, como é o caso da corrupção contra a administração pública e o interesse público. Com isso restará evidenciada toda uma cadeia de condutas criminosas sistematicamente reproduzidas para o interesse comum do grupo organizado.

De certo modo, quando a autoridade judicial acautela o meio social, ela assim o faz com base na periculosidade do agente e a possibilidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

este vir a delinquir. Assim, como uma prevenção, principalmente nos crimes hediondos, isso acontece na maioria das vezes.

Os agentes que praticam o crime de corrupção contra a administração pública e o interesse público não possuem os mesmos estereótipos, grau de instrução e de arquitetura social como aqueles apresentados pelos agentes hediondos.

A finalidade da ordem pública, além de inconstitucional, se mostra como um perigoso artifício processual que poderá proteger determinados agentes se for levado em consideração o fato de que muitos exercem mandatos políticos, possuem elevado poder econômico e dispõem de uma afinada rede social de sustentação política, além de estarem em constante planejamento para burlar o sistema jurídico penal.

Neste caso, a fundamentação da ordem pública no processo, em tese, poderá ser utilizada convenientemente pelo órgão julgador que se deixa influenciar pela rede social engendrada para a corrupção e para o clientelismo.

Prosseguindo na lição de SOARES (2012, p.96), verifica-se que a definição do controle social repressivo: conjunto de mecanismos que a sociedade oferece para repreender as infrações éticas já consumadas, por meio da imposição coativa de sanções-castigo, as quais podem constranger a pessoa infratora.

Para o estudioso, a sanção penal é sempre negativa, ou sanções-castigo, que tem como causa o cometimento de alguma conduta antiética, que fora tipificada como crime.

O momento processual para que haja o controle social repressivo é quando o juízo natural prolata a Sentença condenatória que poderá ter sua execução de forma imediata.

7. A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA "MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA" COMO FUNDAMENTO PARA O CERCEAMENTO CAUTELAR DA GARANTIA DA LIBERDADE.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Além do já apresentados, há outros motivos para a verificação da inconveniência da finalidade pública como fundamento da decisão cautelar de prisão: a reserva de jurisdição penal e a possibilidade de invasão de competência do juízo penal em assunto típico da administração pública.

7.1 A RESERVA DE JURISDIÇÃO PENAL

O inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/1988 preceitua o princípio da inafastabilidade da jurisdição: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Esse mandamento estabelece a atividade típica da justiça. Em consonância a isso, há o estabelecimento do juízo natural.

Ambas as garantias dão limites à compreensão da reserva de jurisdição penal: nas investigações criminais, a atividade judicial será no sentido de conter o poder-dever de investigação do Estado face à garantia individual da liberdade, por exemplo; já no processo penal, ela deverá vigiar o cumprimento do devido processo legal e todo o sistema jurídico de defesa constitucionalmente previsto ao imputado.

Em homenagem ao pluralismo acadêmico apresenta-se o seguinte: BRITO, 2012, em sede de Habeas Corpus, esposou seu entendimento ligeiramente contrário ao acima exposto.

Segundo o jurista, a ordem pública é um bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Para ele, o fato de o constituinte ter previsto as ações da segurança pública para prevenir e preservar a incolumidade das pessoas e do patrimônio em separado da preservação da manutenção da ordem pública, deixou evidenciado de que se trata de bem jurídico distinto.

Seguindo esse raciocínio, BRITO, 2012, assegura que apesar do acautelamento social da ordem pública não ter sido objetivamente descrita na norma penal, é possível, no caso concreto, justificar tal medida, de acordo com a gravidade do delito e os aspectos subjetivos que depõem em desfavor do agente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Em que pese o nível de autoridade científica do eminente jurista, pode-se questionar a real intenção do constituinte originária ao tratar da finalidade da segurança pública: este se referia às atividades materiais, preventivas ou repressiva, de segurança pública, ou devera criou nova modalidade de bem jurídico penal de propriedade difusa?

Realizando uma interpretação teleológica (sentido de finalidade), entendemos que o constituinte estabeleceu a segurança pública como um serviço essencial de prevenção geral, ou seja, quaisquer eventos (natural ou humano) que possua potencial lesivo à sociedade devem ser objeto do atuar das instituições de segurança.

Isso, necessariamente, não atrai a competência do juízo penal.

Em última análise, até poderíamos admitir a ordem pública como um bem jurídico salvaguardado pelo direito, mas em ramos como o administrativo (poder de polícia administrativa) ou a seara civil.

Ao analisar o princípio da legalidade estrita em matéria processual penal, corroborado com o entendimento constitucional e a moderna visão do positivismo crítico (pós- positivismo), o julgador deve afastar a aplicabilidade de regramento colidente com os valores da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, a doutrina processual penal afirma que é defeso ao julgador se utilizar da integração analógica para criar novo tipo penal em abstrato, seja para imputar nova conduta, seja para estabelecer as hipóteses qualificadoras ou causas de aumento da pena.

Assim, toda conduta tipificada como penalmente ilícita é, no bom sentido, ofensa direta à ordem jurídica – preceitos éticos normatizados – e não à pública.

Fazer prevalecer a ordem pública no ordenamento jurídico penal constitui gravame semelhante aos perpetrados pelos Estados autoritário do período absolutista.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

7.2 DA POSSIBILIDADE DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO PENAL NA PRÁTICA DE ATO TÍPICO DA ADMINISTRAÇÃO EXECUTIVA.

A doutrina constitucional, ao prever o fundamento da divisão das funções do poder do Estado, aponta para a existência das atividades típicas do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, respectivamente: administrar, legislar e aplicar a norma ao caso concreto.

SILVA (2014, p.113), nesse sentido informa que essa divisão tem o condão de prevenir a concentração do poder e eventual abuso. Além disso, o constituinte elencou as funções atípicas para todos eles.

As funções atípicas são: ao legislativo, da administração interna e julgamento das autoridades políticas, nos casos previstos em lei; ao executivo, o de legislar por meio de Medida provisória ou Decreto Lei e de julgar administrativamente seus próprios atos, seus órgão e pessoas; e ao Judiciário, administração interna e a produção das resoluções e regulamentos, a fim de dar cumprimento à lei.

Verifica-se, em ligeira análise, que não foi conferido ao Poder Judiciário a administração da finalidade da segurança pública. Daí advém as críticas às decisões judiciais que se servem exclusivamente de uma prestação de serviço público para cercear a liberdade. Isso desborda do ideal de sujeição do magistrado ao cumprimento das normas vigentes – incluem-se os princípios e as regras.

A atuação jurisdicional penal deve se pautar sob o ordenamento jurídico penal, que é a reunião dos sistemas penais e processuais.

Existe o foro competente para tutelar o direito do homem consumidor que demanda contra o Estado para a garantia do serviço de segurança pública, a saber o juízo civil. É na Ação Civil que se deve perquirir o dever de prestação com eficiência, probidade e o aparelhamento tecnológico das instituições de segurança pública.

Trata-se, pois, de finalidade estranha à reserva de jurisdição penal.

8 A CORRETA COLOCAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL FACE AO ESTADO POLÍTICO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Um Estado sem controle e fiscalização por parte dos seus cidadãos é a principal ameaça à própria existência de seus fundamentos e valores que o legitimam.

Contextualizando, infelizmente, no Brasil, por razões de sua origem colonial, foi instalado um Estado policialesco, onde a principal instituição que mantém a ordem pública é a polícia, corroborada com o judiciário. Ao contrário disso, há lugares em que essa bandeira é erigida pelas instituições de ensino e a sociedade civil organizada.

Há muito tempo se fala na ordem pública e sempre sob o ponto de vista de quem domina: o Estado político e determinado grupo social. Assim se deu a inserção dessa ideia na construção do ordenamento jurídico penal. Isso tem sido recorrente na maioria dos países.

A ordem pública, convenientemente, foi inserida no ordenamento jurídico penal para dar "ares" de legitimidade da atuação estatal (inclusive na produção de leis) em sacrifício das garantias individuais.

Ao Estado político é dado o poder-dever de assegurar a ordem pública com medidas preventivas, observando, em todos os casos as garantias fundamentais, que, para isso ocorrer, é defeso a ele se utilizar do ordenamento jurídico penal.

Sempre que a ordem jurídica penal se curvar aos interesses da ordem pública estatal estaremos diante de um governo antidemocrático, onde o juízo penal deixará sua missão de resguardar as garantias individuais.

Aquilo que foi tomando à força pelo Estado político poderá voltar para as mãos do cidadão, enquanto sociedade que vigia o Estado, se a ordem pública sair do processo penal.

Se há necessidade de se ter ordem pública na sociedade brasileira, que esta seja promovida diretamente pelos cidadãos como um instrumento democrático de limitação do próprio Estado político. Assim, não haveria a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

atuação preventiva do Estado-juiz para tutelá-la preventivamente face aos direitos fundamentais do indivíduo imputado.

A ordem pública, sem dúvida, é necessária à construção de uma comunidade ordeira, pautada no valor ético-moral e o dever de obediência às autoridades e às leis.

Essa ideia pressupõe a organização e harmonia de uma sociedade dirigida pelo Estado politicamente constituído para desenvolver o bem-estar social, a pacificação e a correção das desigualdades sociais, além de prevenir e combater as atividades deletérias aos bens jurídicos penalmente tutelados.

A ordem pública se legitima a partir da iniciativa da própria sociedade à medida que há o exercício da liberdade e da autonomia privada para a consecução da cidadania e da democracia, sem a interveniência preventiva do estado-juiz.

Deve-se, pois, infirmar que ao estado-juiz é dada a prerrogativa de tomar posse desse conceito abstrato quando utiliza a medida cautelar de prisão processual, sob o argumento de possuir legitimidade para salvaguardá-lo.

A ordem pública não se coaduna com ordenamento jurídico processual penal.

SOARES (2013, p.17), Sociólogo, ao discorrer acerca das normas éticas, apresentou a moral como norma ética de aspecto mais relevante para o convívio grupal e que assegura o equilíbrio e a coesão da sociedade.

Aproveitando o ensinamento do sociólogo e as atuais exigências da sociedade que busca um Estado efetivo no combate a todas as formas de criminalidade, a ordem pública deve ser entendida como uma ideia de valor moral para o interesse público – qual seja a finalidade dos serviços essenciais de segurança pública.

Neste sentido, baseado no entendimento doutrinário, pode-se afirmar que a ordem pública nada mais é do que um bem metajurídico, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

seja, não é possível sua definição e emprego pela ciência jurídica (ainda mais pela matéria processual penal). Ela se aproxima do interesse de outras áreas do conhecimento como a Sociologia.

9 . CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente artigo se encerra em duas linhas: a necessária retirada da fundamentação genérica da manutenção da ordem pública pela atividade legislativa e a abertura do sistema jurídico penal para a prevalência dos princípios constitucionais.

Uma sociedade livre, justa e cidadã é construída a partir de um estado penal legítima. Neste sentido, para o presente e para os tempos vindouros, a ciência processual penal brasileira tem uma importante pauta, a saber: a afirmação do sistema penal acusatório pela atividade legislativa infraconstitucional e a abertura do sistema jurídico penal para a prevalência dos princípios constitucionais.

Em relação à parte inicial da pauta, registramos os avanços que ocorreram à prisão preventiva: se antes poderia ser decretada de ofício e era um ato judicial obrigatório, hoje há a contemplação objetiva dos pressupostos: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria – ambas devem ser analisadas pelo julgador.

Como foi demonstrado, há quem pregue a mensagem: o Estado somente poderá efetivamente prestar os serviços de segurança pública se o órgão jurisdicional promover o necessário acautelamento social no processo penal.

Se isso fosse erigido pelo órgão ministerial de acusação, não haveria questionamentos a esse respeito, já que, notadamente, trata-se de uma fundamentação apelativa e pautada pelo comprometimento do *parquet* com o papel de quem promove a acusação penal.

Causa profunda preocupação quando determinados estudiosos da ciência processual penal encampa esse discurso. Eles possuem o poder e a autoridade para mover paradigmas e promover mudanças de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

comportamentos, inclusive pela jurisprudência, seja para o avanço, seja para o retrocesso do direito processual penal.

A partir da alteração legislativa proposta, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, dar-se-á um importante passo para que o sistema acusatório seja uma realidade unânime, pois há quem diga que ele é misto: uma parte inquisitorial e outra acusatória.

Adentrando à segunda parte da pauta, esta possui um dilema: a construção de um sistema jurídico penal efetivo para o combate a quaisquer condutas ilícitas, com o emprego das medidas cautelares coercitivas, sem o sacrifício das garantias individuais, mas com a promoção de investigações criminais e persecução penal modo efetivo.

O encarceramento do indivíduo possui um elevado efeito de convencimento e enfraquecimento de suas relações interpessoais. Isso é um fato notório. Daí a razão para ser utilizado prioritariamente no processo penal convencional.

Antes, a tortura e a prisão eram o meio para a obtenção das provas e confissões. Ainda hoje, a prisão persiste como o melhor meio para obter o acautelamento social e, por consequência, as vantagens para as investigações. Essas condutas não devem ser admitidas.

A prisão representa o modo primitivo de resolver as coisas a partir da concepção de quem encarcera. Isso não é aceito pela moderna concepção do direito como uma ciência jurídica, que deve, efetivamente, corresponder ao interesse público.

Para tanto, o Estado deve investir mais em infra-estrutura e pessoal para as investigações criminais e ciência forense, com a adoção de todos os meios tecnológicos hábeis a produzirem provas em tempo razoável. Assim, ele não precisará violar a garantia da liberdade para fazer o seu trabalho de investigação.

Com isso, o juízo penal não incorrerá na odiosa prática de ter que supor determinada coisa que não se constituiu objetivamente pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

conjunto de provas apresentadas pela acusação. Isso inviabilizaria o estabelecimento do contraditório.

Os cidadãos, enquanto sociedades vigilantes do Estado exigem maior eficiência nas investigações criminais, a regular apresentação da denúncia e, se for o caso, a imposição da sanção penal, com isonomia.

Eles sabem que o sistema jurídico penal brasileiro, que cerceia preventivamente o agente hediondo é o mesmo que protela a sanção estatal ao agente corrupto.

Em resposta a isso, o sistema jurídico penal deve deixar de ser um instrumento de afirmação do poder e dos interesses dominantes para efetivamente ser a ponte de passagem rumo à construção da sociedade idealizada pelo constituinte: livre, justa e solidária.

É preciso, pois, à medida que os estudos do direito processual penal avançam, como uma ciência autônoma, promover a abertura do sistema jurídico penal ao fenômeno social que exige do Estado o respeito às garantias individuais e o efetivo combate a todas as formas de crimes, especialmente a corrupção contra a administração pública.

10. MEDOLOGIA

A pesquisa se desenvolveu pelo método bibliográfico. Inicialmente, foi acessado um artigo no sítio da editora Gen jurídico, de autoria do Doutor em Educação e filosofia José Manuel Sacaruda Rocha. Neste trabalho, o autor apresentou a oposição entre a segurança pública e a jurídica.

Em seguida, foi pesquisada a doutrina processual penal, como a de Aury Lopes Júnior e Guilherme de Souza Nucci, acerca das medidas cautelares. Após isso, houve um profundo apanhado bibliográfico na doutrina constitucional de José Afonso da Silva e de George Marmelsteis, com ênfase no estudo do direito fundamental à segurança. Como referência e ponto nevrálgico para a discussão acadêmica, foi consultada a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

jurisprudência acerca do acautelamento social e sua importância para o Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado, 1ª Edição, 2012, Editora JH Mizuno.

BONFIN, Edilson Mogenot – Curso de Processo Penal, 9ª edição, 2014, Saraiva.

BRASIL, **Constituição**: Senado Federal, 1988.

MARMELSTEIN, Curso de Direitos Fundamentais, 5ª Edição, 2014, Editora Atlas.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo, 7ª Edição, Editora Saraivajur, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza, Prisão e Liberdade, 2011, Editora Revista dos Tribunais.

PENAL, **Código de Processo,** Decreto Lei nº 3689/1941.

ROCHA, José Manuel de Sacaruda, Segurança pública ou Segurança jurídica? Sentença ou cultura de paz. Disponível em:

SILVA José Afonso da – Curso de Direito Constitucional positivo, 38º edição, Editora Malheios, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Sociologia do Direito, Saberes do Direito, Editora Saraiva, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Elementos da Teoria Geral do Direito, 2013, Editora Saraiva.

STF. HABEAS CORPUS 111244, Relator: Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

NOTAS:

[1] Docente da Disciplina de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Católica de Rondônia. Orientador do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

MUITO ALÉM DO RUBICÃO: DISCURSO DE PARANINFO EM DIREITO

WAGNER ROCHA D'ANGELIS: Formado em Direito e em História, mestre e doutor em Direito pela USP/UFPR. Professor Decano do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP), possuindo várias obras jurídicas publicadas. Presidente da Associação de Juristas pela Integração da América Latina (AJIAL) e Presidente do Centro Heleno Fragoso pelos Direitos Humanos (CHF). Membro Titular da Comissão Brasileira Justiça e Paz (vinculada à CNBB), do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná (IHGPR), do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP) e da Comissão de Estudos sobre Violência de Gênero da OAB - Seccional do Paraná (CEVIGE). Advogado e Consultor jurídico.

RESUMO: Se a cada profissão cabe a devida recompensa, acredito ser a do magistério uma das que mais traz satisfação à alma pelo imediato e sincero reconhecimento tributado pelos discentes. E dentre tantas formas de demonstração de carinho e retribuição, a escolha do docente para paraninfar a turma que concluiu a graduação penso ser das mais significativas e emocionantes. Imbuído de tais sentimentos assomei a tribuna na noite de 14/09/2018, no Teatro Fernanda Montenegro, em Curitiba, para proferir o discurso de paraninfo na cerimônia de colação de grau dos formandos da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, quando incitei-os a encarar com naturalidade – conquanto com ética, honestidade e responsabilidade - os novos desafios que terão diante de si, uma vez que já experimentados nas dificuldades, posto já terem, junto comigo, cruzado o Rubicão do curso jurídico recém encetado. Neste texto, agrego o inteiro teor do discurso pronunciado naquele glorioso evento.

INTRODUÇÃO

Na inesquecível e excelsa noite de 14 de setembro de 2018, diante de um abarrotado Teatro Fernanda Montenegro, em Curitiba, vi-me submetido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

a um teste definitivo para o meu coração quando, na qualidade de paraninfo, coube-me fazer o discurso de paraninfo na cerimônia de colação de grau dos formandos da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

Se a cada profissão cabe a devida recompensa, acredito ser a do magistério uma das que mais traz satisfação à alma pelo imediato e sincero reconhecimento tributado pelos discentes. E dentre tantas formas de demonstração de carinho e retribuição, a escolha do docente para paraninfar a turma que concluiu a graduação penso ser das mais significativas e emocionantes. Imbuído de tais sentimentos assomei a tribuna naquela data histórica, para eternizar o meu agradecimento a todos os acadêmicos (as) que me honraram com a mencionada e quiçá excessiva homenagem. Abaixo, segue por inteiro teor o discurso a eles dedicado na ocasião.

CRUZANDO O RUBICÃO

Senhoras e Senhores convidados

Minhas queridas formandas e meus queridos formandos

Honrado com a escolha dessa valorosa turma para **paraninfo**, permitiu Deus fazer-me presente neste maravilhoso evento e partilhar com vocês, queridos afilhados e afilhadas, um pouco da minha experiência de 43 anos como operador do Direito e 32 anos no exercício de cátedra universitária – posto que dela me afastei por 10 anos -, sempre na disciplina de Direito Internacional (Público e Privado), sendo desse período quase 23 anos integralmente dedicados a esta renomada Casa de Saber, pela qual vocês hoje obtêm o augusto diploma de bacharel em Direito. Honra ainda maior por receber esta homenagem no ano em que a faculdade de ciências jurídicas desta universidade completa 25 anos de funcionamento.

E neste momento sublime, por dádiva divina e por generosa concessão de todos vocês, aqui nos encontramos, neste belo teatro, como que selando um vínculo entre a carreira dos que a estão iniciando e a minha que se encaminha para o término. A esta altura da minha caminhada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

profissional, fazendo as contas, só posso dizer que Deus me deu mais do que mereci; e de coração, desejo que obtenham no mínimo o dobro da felicidade que me foi proporcionada!

Senhoras e Senhores convidados, o **Paraninfo** é o padrinho, o responsável pela proteção dos afilhados, é o que leciona a última aula. Por isto, peço-lhes licença para com eles manter este colóquio, para a eles abrir o que me vai na alma.

Afilhados e Afilhadas, vocês fazem parte de uma turma vitoriosa, um grupo seleto de pessoas predestinadas, que forjaram comigo uma aliança espiritual para a travessia do Rubicão do Curso de Direito. Mais do que isto, quando me defrontei com dificuldades de saúde em parte do 1° semestre deste ano de vocês não me faltaram gestos e palavras de preocupação e estímulo. Em inequívoca demonstração de carinho, com coleguismo e amizade, vocês estiveram solidários comigo ao longo da minha recuperação, e ao me escolherem para paraninfo foram muito além, pois com este "beau geste" acresceram-me forças e alento para retornar ainda mais célere, à diuturnidade agradabilíssima da cátedra universitária.

Por isso mesmo, superados os problemas de saúde, da minha parte, da mesma forma que vencidas as eventuais procelas que estiveram a dificultar a travessia do Rubicão, por parte de vocês, este 14 de setembro se afigura uma data mais para falarmos ao coração, do que para grandes lances de erudição. Por isto, permitam a este padrinho, a este professor decano, a este abençoador, adentrado nos anos e simples mestre nas lições do tempo, apenas um asteroide diante de tantos sóis do conhecimento jurídico, que feche por um instante o livro da ciência, para folhear, junto com vocês, o livro da experiência.

Para mim, tanto quanto a vários dos doutos professores aqui presentes, torna-se quase impossível citar todos os ex-alunos que hoje são professores universitários, desembargadores, juízes, promotores, procuradores de justiça, delegados de polícia, servidores públicos, ou, a maioria, advogados atuantes nas mais diversas áreas do conhecimento jurídico. Assim como, difícil dizer o número dos que, mesmo não sendo operadores do direito, se valem da valiosa cultura universal e/ou específica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que a ciência jurídica proporciona como base auxiliar para as outras profissões que exercem no dia-a-dia e dão sustentação às suas necessidades econômico-financeiras e/ou satisfação às suas vidas pessoais ou familiares. Enfim, de uma forma ou de outra, do mundo do Direito jorra um manancial de conhecimento - tanto extraordinário quanto indispensável - que inclusive a todos aproveita, mesmo àqueles que, por um momento, por um descompasso ou um compasso de espera, ou mesmo por uma opção definitiva, não tomarão dele como profissão permanente.

Mas estamos aqui, queridos afilhados e queridas afilhadas, para falar do horizonte mágico que se descortina diante de vocês agora que, oficialmente, encontram-se na outra margem do Rubicão. Ainda no primeiro dia de aula da cadeira de Direito Internacional Público, no 9° Período, incitei a vocês, em tom humorado, para que fizessem comigo a passagem simbólica do Rubicão Jurídico, tal qual fizera Júlio Cesar a travessia do Rubicão fluvial em tempos idos. Pois bem, meus caros, rogo-lhes a devida licença, porque assim julgo pertinente, para rever essa história e suas ilações nesta ocasião e neste ato pomposo, partilhando tais fatos com seus entes queridos aqui presentes.

Avisado da destituição de seus poderes no governo da Gália, após tê-la dominado por oito anos, em 11 de janeiro de 49 a.C., à frente da sua leal e experimentada XIII Legião Gêmea, o general e estadista romano **Caio Júlio César**tomou uma decisão crucial: a de atravessar com suas forças militares o rio **Rubicão**(rio *Rubicone* em italiano), um curso d´água que se lança no mar Adriático, a noroeste de Roma, e que naquela época se impunha como fronteira oficial entre a civilização romana e a Gália Cisalpina, sendo considerada uma região bárbara aquém dos Alpes. O ato de cruzar o rio equivalia a transgredir uma antiga lei do Senado, que determinava o licenciamento e dispersão das tropas toda vez que um comandante voltasse à Roma após campanhas militares além do norte da Itália, que era exatamente a situação de César.

Ao transpor o rio, em decisão ponderada, Cesar dava início à guerra civil contra o general Pompeu Magno, que detinha o poder sobre Roma. Por ciente de que a travessia da fronteira fluvial era uma decisão sem volta, Júlio Cesar pronunciaria a frase "alea jacta est" ('o dado está lançado', no

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

sentido de 'a sorte está lançada'), atravessando o rio com seu exército em direção à capital romana. A partir daí, como é de ciência geral, seu oponente político e os membros do Senado fugiram de Roma e, perseguidos, foram derrotados; Cesar foi nomeado ditador romano, e Pompeu, mais tarde, veio a ser morto no Egito. Mas isto já foge do tema deste encontro!

O que importa é mostrar que a decisão de Júlio César mudou o eixo da história. Antes que ele atravessasse o Rubicão, a tomada de Roma era apenas uma ideia, um desejo que ele poderia ou não concretizar. A partir do sucesso de sua opção destemida, atravessar o Rubicão passou a significar "pensar com ousadia", "ultrapassar os próprios limites", superar adversidades", "enfrentar com coragem ou destemor o desconhecido". César estava ciente das dificuldades que teria pela frente, sabia que a empreitada militar poderia inclusive leva-lo à morte em batalha ou à pena de morte por desobediência política, mas apesar disso, dispôs-se a atravessar o Rubicão – vale dizer, assumiu enfrentar o perigo em vez de sujeitar-se às imposições senatoriais que lhe seriam desastrosas.

"Cruzar o Rubicão" ou "atravessar o Rubicão" são expressões pelas quais, desde então, convencionou-se utilizar para qualquer pessoa que tenha tomado uma decisão arriscada de maneira irrevogável e obtido êxito. Exprime a tomada de uma decisão que sói se verificar ante um projeto arrojado, defrontando-se com um caminho dúbio e potencialmente inseguro. Vale dizer, também, que é preciso por vezes abandonar a nossa zona de conforto, investir no novo, ir além da ilusória segurança de dados e registros que se perpetuam sem inovações, confiando-se em um poder além das nossas fragilidades humanas.

Há muito tempo que a segurança imobilizante tem sido o lema dos que não prosperam, mas nunca foi o mote dos vencedores. O vencedor é aquele que sabe escolher o lado certo nas adversidades, que procura escrever a sua própria história, que não se omite de correr o risco, a culpa e o peso da tempestade, se quiser ter ou criar oportunidades.

Pois bem, meus jovens afilhados, vocês atingiram o outro lado do rio das Ciências Jurídicas, após cinco longos e exaustivos anos. Com relação ao exercício do Direito, tal qual Júlio Cesar, cabe aqui a exclamação: "Alea jacta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

est" ('A sorte está lançada'). Com vistas ao futuro profissional, quem sabe a ousadia seja a chave do sucesso. Obviamente que não apenas ela, mas pouco se avançará sem ela. O mundo é um livro do qual os que não assumem riscos leem apenas uma página. Vocês lograram atravessar o Rubicão do Direito; outros *Rubicões* mais poderão surgir diante de vocês pela vida afora. Aliás, melhor não se iludirem, eles na verdade irão aparecer. Todavia, fortalecidos por esta etapa que acabaram de concluir, atirem-se sem medo às novas travessias!

Do lado de cá do Rubicão recém transpassado - para o que não faltaram fé, garra, estudo e empenho -, o feito de vocês é causa de orgulho a todos neste recinto, tanto aos professores que compõe esta Mesa Solene, quanto aos convidados que vieram aplaudir a meritória conquista.

Pois bem, estimadas e estimados Bacharelandos, ao deixarem para trás os bancos da graduação com o selo da satisfação na alma, entendo por oportuno trazer-lhes à lembrança que por escolha e/ou vocação vocês decidiram se consagrar às leis. Reflitam comigo, vocês passarão a se dedicar às leis em um país com excessividade legislativa, em um país com grande complexidade e imprecisão normativa, em um país com inúmeras leis distantes do interesse da maioria, em um país no qual muitas regras são injustas, em um país onde em várias instâncias acontecem interpretações judiciais equivocadas de tantas leis.

Convive-se no Brasil com uma dantesca proliferação normativa. Leis e mais leis, aos borbotões, são urdidas diariamente em gabinetes políticos e ajustadas nos diferentes plenários legislativos, positivando-se igualmente o joio e o trigo. Desse mal do fetichismo legal já conheciam os romanos, a ponto de tornar-se um aforismo a frase de Cícero, estampada na obra "De Oficiis", em 44 a.C.: "Summum ius, summa injuria" – ou seja, o excesso de direito redunda em máxima injustiça.

O nosso país, como de resto a América Latina, debate-se na areia movediça da retórica, do formalismo, do cartorialismo de estado, do corporativismo, do clientelismo, do procedimentalismo e burocratismo, dentre outros males. E muito embora o princípio da igualdade formal estampado em nossa Carta Constitucional (a 'Constituição Cidadã', que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

completa 30 anos neste 05 de outubro), a ninguém passa despercebido que, em várias regiões brasileiras, muitos há que se pretendam na prática serem mais iguais que os outros, agindo mesmo com prepotência e discriminação, e para cuja defesa ou manutenção de suas pretensões ou privilégios, inclusive, se valem de leis condescendentes, brechas ou omissões legais.

Diletos diplomandos e diplomandas, vocês já estão cientes de tais dificuldades, com as quais se depararão no quotidiano de suas atividades de operadores do Direito; para alguns, aliás, isto não é novidade, porquanto já estão imersos na prática profissional, fazendo estágios em escritórios ou empresas, ou mesmo convivendo com a área jurídica por meio de funções públicas.

A garantia da democracia, o aperfeiçoamento das suas instituições, a consolidação dos direitos humanos e a perpetuação do Estado de Direito dependem profundamente das profissões implícitas ao Curso de Direito, que hoje oficial e gloriosamente vocês encerram na UTP.

Minhas Amigas e meus Amigos, é para colaborar com o Direito e com a Justiça que hoje vocês saem daqui habilitados. Magistrados, promotores, procuradores, delegados de polícia, advogados, docentes, eis o que vocês serão em grande parte. São carreiras prodigiosas, inseparáveis uma das outras, e, tanto uma como as outras, imensas nas suas utilidades, interações, dificuldades e responsabilidades.

Diante disso, poderia alguém me perguntar por alguma recomendação pontual neste momento de despedida institucional. Ora, prometi que lhes falaria pela experiência, no que vi e que observei em 43 anos de advocacia e 32 anos de docência superior. Me perdoem, pois, se para tanto me permito avançar um pouco mais no tempo! De qualquer forma, vocês me fizeram padrinho, e o padrinho é um pai espiritual. Se de todo bom pai pode-se esperar um bom conselho, por natural, ao padrinho é reservada alguma recomendação profissional.

Pois então, acadêmicos recém-formados e novos bacharéis, incito-os a estudar, e estudar. A trabalhar, e trabalhar. Alguns dirão que anuncio o óbvio e corriqueiro. Mas relembro-lhes que me dispus aqui a discorrer com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

base na experiência, e por isto destaco o que mais tenho feito ao longo da carreira. Fui estudante, continuo sendo um estudante até hoje. O pouco que sei devo às minhas leituras e pesquisas constantes. Logo, oriento-os de pronto a continuarem estudando. Mas atenção! Não se atenham apenas em ler. É imprescindível absorver a leitura e transformá-la em ideia própria. Se quiserem se destacar da maioria, leiam muito e convertam o conhecimento contraído em sabedoria pessoal.

Além de ler, trabalhar! Trabalhar muito! E se a ninguém passa despercebido o valor e necessidade do trabalho, nos tempos presentes cabe-me apenas fazer apelos complementares. Trabalhem sem medo de novos desafios, trabalhem com o coração, trabalhem com responsabilidade, e sobretudo, trabalhem com ética. O Brasil está carente de ética, honestidade e vergonha na cara! Vocês deixam nossa premiada Instituição de Ensino Superior, que em avaliação recente recebeu a bela nota 4,0 perante o MEC, com a nossa confiança de que farão a diferença no exercício profissional, de que ajudarão a mudar a presunção de que a corrupção e a impunidade não podem ser extirpados da nossa cultura pátria, de que o Direito está à mercê dos interesses da elite econômica e política. Enfim, não tergiversem sobre as responsabilidades que lhes cabem na hora presente e, como grafou magistralmente o jurista uruguaio Eduardo Juan Couture, autor de "Os Mandamentos do Advogado", se um dia - aliás, a qualquer momento, na triste realidade jurídica e política brasileiras -, vocês, porventura, encontrarem o Direito em conflito com a Justiça, lutem pela Justiça!

Quanto às carreiras jurídicas, conheço todas, e todas valem a pena, se a alma não for pequena – parafraseando o poeta lusitano Fernando Pessoa. Magistrado, membro do Ministério Público, diplomata, advogado, professor universitário – as carreiras se ombreiam! Se me pedirem como devem se portar na profissão, digo-lhes direta e objetivamente o seguinte: mirem-se nos exemplos magníficos desses renomados mestres que, por escolha acertada desta turma, encontram-se aqui e agora assentados nesta mesa protocolar. Vocês os elegeram pela nobreza de caráter e elevadas virtudes e habilidades profissionais, dentre tantos docentes de destaque, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

símbolos deste Curso de Direito que nesta noite outorga-lhes o grau de bacharel. Inspirem-se neles, sigam seus passos, este é o meu parecer!

CONCLUSÃO

Minhas amigas e meus amigos, já lhes aconselhei sobre a forma de exercerem a profissão, mas vale referendar ainda, quanto àquela em que me vejo investido já se vão mais de 42 anos, as lições do nosso jurista mor, o nobre baiano Rui Barbosa.

Escolhido paraninfo pela Turma de Direito da USP de 1920, ano do jubileu de ouro da sua formatura, Rui teve o seu discurso lido pelo Prof. Reinaldo Porchat, na cerimônia verificada em março de 1921, porquanto, adoentado, não pode comparecer. Em seu magnífico trabalho literário, que se publicou com o título de "Oração aos Moços", o notável "patrono da advocacia brasileira", após proclamar a justiça militante como o objeto da missão do advogado e a liberdade como a sua principal vocação, recomenda enfaticamente:

> **(...) Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. Não servir sem independência à justiça, nem quebrar da verdade ante o poder. Não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniquidade ou imoralidade. Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas, quando justas. Onde for apurável um grão, que seja, de verdadeiro direito, não regatear ao atribulado o consolo do amparo judicial. Não proceder, nas consultas, senão com imparcialidade real do juiz nas sentenças. Não fazer da banca balcão, da ciência mercadoria. Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

caridade. Amar a pátria, estremecer o próximo, guardar fé em Deus, na verdade e no bem.

Aos novos bacharéis, meus afilhados e minhas afilhadas, invocando as energias cósmicas mais positivas sobre vocês, renovo os meus votos de sucesso no exercício das carreiras incomensuráveis do Direito e desejo-lhes felicidade ao longo de suas vidas, com o pedido e a expectativa, de todos nós, de que não meçam esforços na construção de um Brasil onde reine efetivamente a Solidariedade, a Paz e a Justiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NOS CRIMES DE DROGAS

RENATA VISCO COSTA DE ALMEIDA: Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2012). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp/Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (2013).

RESUMO: O presente trabalho visa expor a manifestação do fenômeno da seletividade penal no âmbito da criminalidade relacionada às drogas, notadamente no que diz respeito a questão da distinção entre as figuras do usuário e do traficante no contexto da Lei nº 11.343/2006.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas; Seletividade do sistema penal; Usuário; Traficante.

1. SELETIVIDADE PENAL: CONCEITO E ANÁLISE

A rigor, a norma penal é dirigida a todas as pessoas, não importando muito a classe social a que pertença. Por outro lado, na prática, a norma penal atinge de maneira heterogênea as diversas classes sociais.

A ideia de que a pena é imposta na defesa da sociedade parece arraigada na maior parte dos grandes doutrinadores do ramo criminal. Bem assim, grosso modo, afirma-se que a pena defende a sociedade na medida em que o crime infringe bens e interesses relevantes (morais, éticos, dentre outros).

Foucault enfatiza que:

[...] o prejuízo que um crime traz ao corpo social é a desordem que introduz nele: o escândalo que suscita, o exemplo que dá a incitação a recomeçar se não é punido, a possibilidade de generalização que traz consigo. Para ser útil, o castigo deve ter como objetivo as conseqüências do crime, entendidas como uma série de desordens que este é capaz de abrir.[1]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Pode-se citar, ainda, Zaffaroni e Pierangeli quando lecionam:

[...] o direito penal deve cumprir um objetivo de segurança jurídica que não se diferencia, substancialmente, da defesa social bem entendida. [...] não se pode caber nenhuma dúvida acerca de que todo o direito deve ter uma aspiração ética, posto que todo o direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações. Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.[2]

Vê-se que é bastante límpida a referência a interesses, valores, bens, todos considerados relevantes socialmente e merecedores, por essa importância, da proteção da legislação penal.

Dessa forma, tem-se uma valoração anterior à estipulação do crime e das penas, mensuração essa que deveria espelhar o que a sociedade prioriza para uma convivência harmônica.

A qualidade e, precipuamente, a quantidade da pena cominada têm direta vinculação com a relevância do bem ou interesse jurídico protegido, já que as desordens provocadas pela infração criminal no seio social têm também estreita comunicação com a violação destes bens. O clamor e a reação social mantêm relação direta com o bem ou interesse que se violou, na medida da relevância social desses bens.

Francisco Conde já aponta uma incongruência entre a função motivadora da norma penal e da norma social, afirmando que:

[...] determinadas classes ou grupos sociais desenvolvem estratégias de contenção ou neutralização das normas penais, quando estas podem afetar seus interesses de classes. Podemos citar o caso dos delitos econômicos, em que slogans como "economia de mercado", "liberdade de imprensa" etc., às vezes são utilizados como pretexto, justificação ou escusa dos mais graves atentados aos interesses econômicos coletivos.[3]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Pois bem, a função motivadora da norma penal deveria ter íntima vinculação com a função motivadora da norma social. Entretanto, muitas vezes há um desencontro entre as motivações apontadas e essas incongruências não são inocentes.

Como ilustração da tese acima narrada tem-se a violação do patrimônio privado, que revela uma punição bem mais eficaz e exacerbada que a violação ao patrimônio público. Com o intuito de apresentar justificativa plausível, alguns doutrinadores indicam que a violação ao patrimônio público é apenada de forma mais branda porque o próprio povo não sente tal crime de forma gravosa. Em outras palavras, se é seu celular ou seu automóvel que é subtraído, o cidadão sofre bem mais com esse fato em cotejo com o seu pesar quando sabe pela imprensa que foram desviados milhões de reais dos cofres públicos ou que tal empresário sonegou mais alguns milhões em impostos.

Desse modo, as penas cominadas aos mais diversos crimes revelam indisfarçável comprometimento do legislador com as classes mais abastadas, em detrimento das classes historicamente marginalizadas da sociedade, e isso tem uma razão de ser.

A seletividade social da norma penal é indubitável e pode ser creditada, pelo menos parcialmente, à falta de representatividade dos membros do Congresso Nacional; soma-se a isso o comodismo dos cidadãos expressado pelo sentimento de impotência diante de uma prática amplamente disseminada. Por conseguinte, essa seleção ataca justamente a parcela mais carente da população. Definitivamente, não se pode dizer que a norma penal protege os bens de maior relevância social, essa protege indiscutivelmente, e às escâncaras, os interesses da classe dominante.

É mister, ainda, trazer à baila fragmento da lição de Juarez Cirino dos Santos, que evidencia essa heterogeneidade no alcance das penas previstas, quando expõe os fins da pena privativa de liberdade:

1) o controle repressivo dos inimigos de classe do Estado capitalista (as classes dominadas, em geral, e os marginalizados do mercado de trabalho, em especial); 2) a garantia da divisão de classes, mediante a separação força de trabalho/meios de produção, origem das desigualdades sociais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

característica das relações de produção capitalista; 3) a produção de um setor de marginalizados/criminalizados (reincidentes e rotulados como criminosos, em geral), marcados pela posição estrutural (fora do mercado de trabalho) e institucional (dentro do sistema de controle), como amostra do que acontece aos que recusam a socialização pelo trabalho assalariado. Em síntese, os objetivos da pena criminal (e do aparelho carcerário) podem ser definidos por uma dupla reprodução: reprodução das desigualdades sociais fundadas na divisão da sociedade em classes sociais antagônicas, e reprodução de um setor de marginalizados/criminalizados (no circuito da reincidência criminal), cuja função é manter a força de trabalho ativa integrada no mercado de trabalho, como força produtiva dócil e útil, intimidados pela "inferiorização" social resultante da insubordinação à disciplina do trabalho assalariado[4].

Nesse passo, o estudo da Seletividade do Direito Penal ganha maior pertinência a partir do momento em que se relaciona com a fase de individualização de condutas daqueles acusados de praticarem determinados atos havidos como ilícitos penais. Assim, ao se admitir aplicação seletiva do Direito Penal sobre indivíduos vulneráveis às agências de repressão, pode-se verificar os efeitos nefastos de determinados dispositivos que fomentam tal prática, como é o caso do artigo 28, parágrafo 2º, da Lei nº. 11.343/2006, como apontado em tópicos anteriores.

Ademais, pode-se partir para soluções práticas no sentido de amenizar tal programação seletiva, contribuindo para que o Direito Penal mantenha-se na sua função de tutela de bens jurídicos fundamentais, resguardando-se a dignidade de seus destinatários.

Com o escopo de enriquecer a exposição ora proposta, é imprescindível expor a ideia de seletividade penal tendo como base a obra "Direito Penal Brasileiro" [5], de autoria do penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, tendo sido escrita em coautoria com Nilo Batista e com participação de mais dois autores.

Na referida obra, Zaffaroni e outros desenvolvem o conceito de criminalização, entendido como o processo de seleção penalizante que submete um reduzido número de pessoas à coação penal. Tal processo de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

criminalização é concretizado por um conjunto de agências, as quais desempenham as mais variadas funções, formando o denominado sistema penal[6].

O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas principais. A primeira, denominada de criminalização primária, constitui-se como o efeito de sancionar uma lei penal material tendente a incriminar ou permitir a punição de certas pessoas. Tal tarefa, segundo os autores, é desempenhada predominantemente por órgãos legislativos e executivos (agências políticas), ficando a cargo das agências de criminalização secundária (promotores, advogados, policiais, juízes e agentes penitenciários) a operacionalização de suas respectivas programações punitivas.

Enquanto a criminalização primária atua no intuito de selecionar determinados atos, cabe à criminalização secundária o papel de efetivar a ação punitiva, que será exercida sobre pessoas no plano concreto. Assim, primeiramente a polícia detecta determinada conduta (ou pessoa) havida como suspeita, diante da constatação de indícios, iniciando as diligências necessárias para a elucidação do fato, de modo a comprovar a autoria e a materialidade de um suposto delito. Por conseguinte, após a fase inquisitória, cabe aos órgãos de acusação levar à juízo a peça que aponta determinada pessoa como autora de um possível delito, restando ao órgão julgador admitir ou não a denúncia, que abrirá espaço para um procedimento que, pelo menos em um Estado Democrático de Direito, haveria de ser um instrumento de defesa do réu. Condenado o réu, no caso de pena privativa de liberdade, cumprirá às agências penitenciárias a função de custodiar o condenado até efetivo cumprimento da reprimenda.

Todavia, existe um fator importantíssimo a ser considerado:

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

referência tecnicista a uma cifra oculta. [...] Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário.[7]

Nesse diapasão, Zaffaroni e colaboradores constatam uma maior vulnerabilidade de determinados grupos, quase sempre pessoas sem poder e que atuam criminalmente por meio de fatos grosseiros ou insignificantes, perante os órgãos de criminalização secundária. A razão disso repousa em alguns fatores, como o fato de as características das pessoas desses grupos se enquadrarem nos estereótipos criminais.[8]

Nessa seara argumentativa, Salo de Carvalho leciona:

[...] A volumosa publicidade nos casos de violência, sobretudo em conduta em condutas com expressivo dano ao ofendido (crimes contra a vida e contra a liberdade sexual, p. ex.), fixa no imaginário a estética da delinqüência (estereótipo), (re)significando a criminalidade e apontando as baterias do sistema punitivo aos grupos vulneráveis, ou seja, àqueles que por correspondência são identificados ou os que através de posturas ou atos pessoais são identificáveis com o estereótipo. [...] O conceito de vulnerabilidade permite não só constatar o processo de atribuição dos rótulos, no qual o estigmatizado adquire posição passiva (o estigma lhe é empregado), como o processo de risco pessoal, da conduta comissiva pessoal ou coletiva na qual o sujeito se coloca em situações estigmatizáveis. Assim, os meios de comunicação e os aparelhos punitivos não atuam exclusivamente como mecanismos estigmatizadores, pois, em muitos casos, o processo se inicia com os próprios sujeitos que serão posteriormente alcançados pelo *status* negativo. [9]

Ademais, os ilícitos praticados por pessoas de uma maneira menos grosseira, geralmente aquelas pertencentes às classes mais altas, acabam encobertos pela comunicação a que têm amplo acesso. A comunicação mostra os crimes praticados de forma tosca, predominantemente por pessoas de baixo poder econômico, como os únicos delitos praticados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Zaffaroni e outros[10] afirmam também haver uma seleção vitimizante, em que a tendência dos órgãos de segurança pública é a de priorizar o bem-estar de classes mais abastadas, tornando grupos economicamente inferiores mais vulneráveis à vitimização. Tudo isso origina, paradoxalmente, a ideia, entre os grupos economicamente desfavorecidos, de ser a crescente repressão penal a solução para o problema da segurança pública, não obstante serem esses mesmos grupos os principais alvos da seleção criminalizante.

Feito todo o estudo da questão estrutural da seletividade, cabe colocar em evidência o fato de que determinados sistemas penais apresentam um maior grau de seletividade que outros:

Quando as seleções criminalizantes de diversos sistemas penais são comparadas, observam-se diferentes graus e modalidades das mesmas. A seletividade é mais acentuada em sociedades estratificadas, com maior polarização de riqueza e escassas possibilidades de mobilidade vertical. [11]

Em suma: a seletividade vem do pensamento capitalista de consumo, do axioma de que aquele que tem recursos não delinque, enquanto se coloca em dúvida a integridade moral daquele que não goza da mesma condição. Ademais, essa idea preconceituosa está arraigada na cultura brasileira, por conseguinte, inconscientemente se afirma que este menos favorecido teria a propensão à delinqüência como meio de subir na estratificação social, a fim de alcançar privilégios classistas garantidas às elites dominantes. É um pensamento infundado e infeliz que leva a uma estigmatização da população de baixa renda. Por fim, diante de tal pensamento, considera-se a predominância do direito penal do autor sobre o direito penal do delito; este último, apesar de muito distante da realidade brasileira, é o modelo que se pretende alcançar.

2. MANIFESTAÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NA LEI DE DROGAS

Tomando como objeto de análise a Lei nº. 11.343/2006 é possível observar atuação da seletividade do Direito Penal. Isto posto, é coerente tecer algumas considerações sobre a matéria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Como já enfatizado neste trabalho, o local e as circunstâncias sociais e pessoais do agente são fatores estabelecidos pela própria legislação como determinantes na distinção usuário/traficante, pois bem, trata-se claramente do exercício da seletividade nesta norma penal.

Como via de conseqüência, a Lei nº. 11.343/2006 determina que a distinção entre usuário e traficante tenha por base o caso concreto. Bem assim, como apontado, devem ser consideradas a natureza da droga, sua quantidade, local e condições da prisão, modo de vida do agente, seus antecedentes etc.

Nessa esteira seletista, é importante evidenciar um ponto objeto de crítica, em que pese a lei disciplinar que caberá ao juiz diferenciar o usuário do traficante, na prática, é a polícia que efetua a prisão (ou o encaminhamento à Delegacia, no caso de uso de drogas, haja vista que não se impõe flagrante ao usuário) e é o Delegado de Polícia que conduz o inquérito (ou é o responsável pelo Termo Circunstanciado, no caso de entender que o caso enquadra-se como consumo e não de tráfico), portanto, a diferenciação começa já na abordagem do sujeito descoberto com a droga e no seu encaminhamento à Delegacia de Polícia.

De mais a mais, pela leitura do artigo 28, da Lei de Drogas em vigência, que estabelece critérios para diferenciar o usuário do traficante, não causa surpresa verificar que um dos fatores a serem considerados pelo juiz é o local (onde foi feita a apreensão) e as condições pessoais e sociais do sujeito encontrado com drogas ilícitas. A seletividade primária aqui é incontroversa.

Prevendo a lei que o local e as condições sociais determinam a diferença entre usuários e traficantes, o Estado, amparado por este Diploma Legal, não tem dúvidas de que são as populações mais pobres são as responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil.

Neste sentido, se uma pessoa da classe média, num bairro também de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuário (e, portanto, não será

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

submetida à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente. Neste exemplo, ilustra-se a seletividade secundária.

Vale transcrever a experiência de Zaccone:

[...] um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha [...], o que equivaleria a 280 "baseados" [...] o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de ant ecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente. Se a quantidade de maconha apreendida fosse dividida por dois, seriam 140 cigarros, mais ou menos, para cada um dos universitários presos em flagrante, mas o delegado, mesmo assim, entendeu todos esses cigarros seriam para uso pessoal. [12]

No que concerne ao caso narrado dos estudantes universitários classificados como usuários, com 280 (duzentos e oitenta) gramas de maconha, verifica-se que, a condição econômica e social foi determinante para o enquadramento como consumidores, se fossem pobres, certamente seriam considerados traficantes.

O ordenamento jurídico, mais especificamente a Lei de Drogas, possibilita uma indagação que está longe de obter resposta; o que pode ser levado em conta os juízes para afirmar que pessoas portando uma quantidade pequena de drogas são realmente traficantes e não consumidores?

Pela leitura desse trabalho e diante do conteúdo da Lei nº. 11.343/2006, a resposta está nas condições sociais e pessoais, bem como no local da apreensão do sujeito, pois a quantidade de droga apreendida, por si só, não autoriza uma classificação. O que claramente demonstra o quão seletivo é o sistema anti-drogas adotado pelo Brasil, evidenciando, assim, que tal legislação está em absoluta consonância com as demais normas do Direito Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Ainda, com fundamento no que entende Emmanuela Lins em seus estudos sobre os critérios constantes do parágrafo 2º do artigo 28 da Lei, ao discorrer sobre o local e a condição em que desenvolve a ação de confisco da substância ilegal, afirma que:

O local e a condição em que ocorreu a apreensão formarão o cenário e o enredo em que estava inserido o usuário no momento em que foi flagrado. A doutrina fala, por exemplo, em locais em que, normalmente, são vendidas drogas, zona típica de tráfico. É conveniente ressaltar, entretanto, que se existem essas zonas é porque também existem os usuários que lá transitam; assim, a presença de indivíduos neste loco não é razão suficientemente para enquadrá-lo no tráfico. [13]

Realmente, criminalizando as classes sociais mais pobres, na verdade, o Estado, sob o discurso de que deve exterminar o tráfico de drogas, encontra justificativa para segregar e controlar as classe vulneráveis, bem como para fazer investimentos milionários em segurança pública.

A conhecida figura do traficante perigoso, que comanda o crime organizado e que não teme à lei, bem como, que sem piedade, destrói e mata dezenas de pessoas, interferindo negativamente na conduta dos jovens da classe média, consoante frequentemente noticiado na imprensa, na verdade, na maior parte das vezes, não passa de réu primário, preso sozinho, com pouca quantidade de drogas e não tem associação com o crime organizado, por isso, tal encarceramento em nada contribui para o tão sonhado combate ao tráfico das indesejadas substâncias ilícitas.

Desse modo, retomando o conteúdo ventilado no tópico acima, pode-se confirmar a seletividade na criminalização secundária e o caráter discriminatório cultural-classista da discricionariedade comparando o texto legal com a aplicação no caso concreto. Os artigos 28 e 33 da Lei de Drogas têm parágrafos de conteúdo textual muito parecido. O artigo 28, parágrafo 1º, da referida Lei, equipara as condutas de semear, cultivar ou colher, para consumo próprio, plantas destinadas à preparação de substância que possa causar dependência, a uma conduta de usuário, levando em consideração que seja possível a produção de pequena quantidade do produto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Nesse sentido, o artigo 33, inciso III, da Lei, se utiliza dos mesmos núcleos verbais tipificando a conduta como aquela relacionada ao tráfico. A priori, conclui-se que será a conduta enquadrada em uma das hipóteses, dependendo da capacidade de produção de substância ilícita possível de acordo com a quantidade apreendida. Esta seria a aplicação inequívoca da letra da lei, uma vez que no artigo 28 utiliza-se da expressão "pequena quantidade" como parte do tipo em questão. Ocorre que, "pequena quantidade" é um tipo subjetivo, ficando ao discernimento da autoridade competente sua delimitação objetiva. O mesmo acontece com os núcleos verbais adquirir, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar; empregados para tipificar crimes diferentes nos artigos 28 e 33. Portanto, mais uma vez, cabe à autoridade exercitar sua discricionariedade para estabelecer aonde se enquadra a conduta praticada pelo protagonista.

Diante do acima exposto, somado à atuação da seletividade penal, pode-se afirmar que o perfil encontrado nas decisões judiciais é o do "traficante de drogas", considerado "inimigo social", autorizando a condenação por um crime equiparado à hediondo e, ainda, justifica a repressão bélica nas favelas e periferias de todo Brasil, bem como os altos investimentos em segurança pública com vistas à exterminar o que muitos consideram como a causa de toda violência e criminalidade no país.

Pois bem, é na favela, na periferia, no morro, ou nos bairros carentes, que está a atuação (fortemente) armada do Estado, são nesses lugares que a sociedade espera que o crime organizado seja desfeito e que os traficantes sejam detidos, mesmo que isso sacrifique a vida de muitas pessoas. Ocorre que, na prática, apenas os "pequenos traficantes" são detidos, demonstrando que apesar de toda a agressividade punitiva da legislação penal de drogas, os grandes traficantes, aqueles que comandam o comércio ilícito, permanecem intocados, bem como todo o sistema de tráfico do Brasil. Pode-se, então, concluir que não é de interesse do Poder Público combater tal prática criminosa e que o rigor previsto na legislação de drogas atinge apenas aqueles considerados vulneráveis e conserva a segregação arraigada na sociedade pátria.

Assim, por trás do discurso da segurança pública e do combate à criminalidade, a Lei de Drogas, contribuiu, e muito, para aumentar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

seletividade penal e para fomentar a atuação repressiva do Estado no "combate ao tráfico".

Por fim, em nome de um combate contra um "traficante" de drogas que foi estereotipado, apoiado por uma legislação penal comprovadamente seletiva, o Estado brasileiro, além de criminalizar a miséria, viola, despreocupadamente, os direitos humanos das classes sociais mais vulneráveis, mantendo intocadas as classes dominantes.

3. O ESTEREÓTIPO DO TRAFICANTE DE DROGAS NO BRASIL

No momento da verificação dos mecanismos que criaram o estereótipo do "traficantes de drogas", que é alvo de controle punitivo e pertencem às classes sociais mais baixas, consideradas perigosas e, portanto, demandam o sistema de repressão bélica ao tráfico de drogas, percebe-se que aqueles considerados "perigosos", mesmo que sejam enquadrados nos tipos penais menos reprováveis mas que, por disposição legal, são equiparados à traficantes, serão submetidos à pena de prisão.

Como já dito, a atual lei brasileira que rege a matéria pune com muito rigor o traficante que, como será demonstra do, foi estereotipado pelo Estado com apoio da mídia.

Quando se imagina a figura de um traficante, quase sempre elabora-se a imagem de um rapaz jovem, negro (ou mulato), de bermuda e tênis, morador de favela. Em conseqüência disso, muitas pessoas imaginam que o tráfico de drogas está situado nos locais onde estes jovens moram, ou seja, o tráfico se localiza em favelas, nas periferias ou em bairros considerados "carentes".

Essa figura, amplamente divulgada pela mídia, é vista como um sujeito frio, destemido, que controla grandes quantidades de drogas e que faz parte do "crime organizado".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Na verdade, o "medo" do traficante, o pavor da drogas ilícitas e dos seus efeitos sobre o comportamento dos jovens, a necessidade de se combater o "crime organizado" e guerrear contra um inimigo declarado, justificam, no Brasil, a manutenção da militarização do modelo repressivo contra as drogas e da previsão de tão rigorosas penas destinadas ao traficante.

Com o apoio da mídia e da elite opressora, a repressão policial que recai sobre as favelas e comunidades carentes, sempre é justificada em nome da "guerra às drogas" que utopicamente ocasionaria a pacificação social. O número de mortes, por ano, de negros, pobres, moradores de favelas, evidenciam um verdadeiro genocídio por parte do Estado, mas essas mortes são vistas por muitas pessoas, e pelo próprio ente estatal, como necessárias para o combate às drogas e alcance do objetivo comum da sociedade.

O que causa espanto é que essas mortes, por estarem justificadas pelo Estado e "autorizadas" por uma grande parcela da população, não serão, em sua esmagadora maioria, investigadas e muito menos gerarão um processo judicial. Ser condenado, então, por matar um traficante, ou que seja suposto traficante, é quase impossível no atual modelo segurança pública adotado em muitos (se não todos) estados brasileiros. Diante de tal constatação, não há quem se espante com os alarmantes níveis de morte nas favelas e morros do país, ao contrário, há quem considere tal prática como necessária para o bem da coletividade e manutenção da sociedade nos moldes postos.

É inegável, a imagem do traficante como o negro favelado, armado e perigoso, estereótipos mostrados em filmes como "Cidade de Deus"[14], onde o comandante do tráfico se personifica em um homem sem educação e naturalmente perverso, morador de uma favela no Rio de Janeiro, mostra uma realidade frágil e típica do imaginário da elite, contribuindo para que se propague tal imagem estigmatizada. Nesse passo, o referido estigma é o que será aplicado a qualquer indivíduo que possua características físicas e sociais semelhantes, são os estudos de Lombroso[15], já desconsiderados a partir do estudo da Psicologia, aplicados diariamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Vale ressaltar que o homem universitário, branco, perfumado e bem vestido, que vende drogas em festas privadas de um meio social dominante, em regra, não é taxado como traficante, pois não possui o perfil discriminado; ainda, a comprovação dessa relação criminosa causa espanto na sociedade, já que essa não é a normalidade dos casos. Este homem descrito acima não poderia ser caracterizado como traficante, ele se enquadraria, no máximo, como dependente. Ainda fazendoreferência ao cinema nacional e contemporâneo, é válido comentar o "Meu Nome não é Johnny"[16], nele o protagonista é da elite carioca, chega a traficar para o exterior, mas ainda assim recebe tratamento diferenciado ao ser considerado como dependente, o que o leva a cumprir a pena em manicômio judicial. Interessante, pois, relembrar que os comentários à época afirmavam ter sido, a juíza do caso, muito dura na condenação, já que o protagonista do filme era vítima e os verdadeiros culpados da disseminação da droga estavam nas favelas e nos morros; esquecem que vender nas favelas, em meio à pobreza e degradação humana, é tão crime quanto vender nos lugares taxados como "bem frequentados".

Neste sentido vale destacar o que ensinam Zaffaroni e outros[17], relembrando um dos tópicos deste trabalho, "o estereótipo acaba sendo o principal critério da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária". Bem assim, tem-se na imagem estigmatizada do criminoso o pobre, tratando a pobreza, inclusive, como fator de risco à delinquência.

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto foi exposto, fica claro o caráter seletivo e discriminatório do sistema penal brasileiro. A dominação social em diversos níveis é natural, bem como a defesa de interesses de uma classe em detrimento da coletividade, mas sendo um princípio basilar da sociedade constituída o da igualdade, a seletividade é inaceitável.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CIDADE de Deus. Direção: Fernando Meirelles. Roteiro: Bráulio Mantovani (baseado no livro de Paulo Lins). Intérpretes: Alexandre

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Rodrigues; Matheus Nachtergaele; Leandro Firmino e outros. [S.l.]: O2 Filmes; VideoFilmes; Globo Filmes; Lumiere; Wild Bunch; Hank Levine Film, 2002. DVD (130 min), son., color. 35 mm.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

MEU nome não é Johnny. Direção: Mauro Lima. Roteiro: Mariza Leão e Mauro Lima (baseado no livro de Guilherme Fiúza). Intérpretes: Selton Mello; Giulio Lopes; Júlia Lemmertz e outros. [S.l.]: Atitude Produções e Empreendimentos; Globo Filmes; Teleimage; Apema Filmes, 2008. DVD (124 min), son., color., 35 mm.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

VILAR LINS, Emmanuela. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. In: NERY FILHO, Antonio et al. (Org.). **Toxicomanias**: incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: EDUFBA: CETAD, 2009.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

NOTAS:

[1] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 78.

[2] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997, p. 97-98.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[3] CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25-26.

[4] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 291.

[5] Cf. ZAFFARONI et al., 2006.

[6] Cf. ZAFFARONI et al., 2006.

[7] Ibid., p. 43-44.

[8] ZAFFARONI et al., 2006.

[9] CARVALHO, 2010, p. 40-41.

[10] Cf. ZAFFARONI et al., op. cit.

[11] ZAFFARONI et al., 2006, p. 50.

[12] ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19-20.

[13] VILAR LINS, Emmanuela. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. In: NERY FILHO, Antonio et al. (Org.). **Toxicomanias**: incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: EDUFBA: CETAD, 2009. p. 251.

[14] Cf. CIDADE de Deus. Direção: Fernando Meirelles. Roteiro: Bráulio Mantovani (baseado no livro de Paulo Lins). Intérpretes: Alexandre Rodrigues; Matheus Nachtergaele; Leandro Firmino e outros. [S.l.]: O2 Filmes; VideoFilmes; Globo Filmes; Lumiere; Wild Bunch; Hank Levine Film, 2002. DVD (130 min), son., color. 35 mm.

[15] Cesare Lombroso defendia ideias acerca do "criminoso nato". Preconizava que a partir da análise de determinadas características somáticas seria possível antever aqueles indivíduos que se voltariam para o crime.

[16] Cf. MEU nome não é Johnny. Direção: Mauro Lima. Roteiro: Mariza Leão e Mauro Lima (baseado no livro de Guilherme Fiúza). Intérpretes:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Selton Mello; Giulio Lopes; Júlia Lemmertz e outros. [S.l.]: Atitude Produções e Empreendimentos; Globo Filmes; Teleimage; Apema Filmes, 2008. DVD (124 min), son., color., 35 mm.

[17] ZAFFARONI et al., 2006, p. 43.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

DIREITO, DIGNIDADE HUMANA E SAÚDE PÚBLICA - UMA ANÁLISE SOBRE A SAÚDE NACIONAL E A INFLUÊNCIA DO CAPITAL PARA PRESERVAÇÃO DA VIDA

ANTONIO AUGUSTO VILELA: Bacharel em Administração e Direito, Pôs Graduado em Direito de Famílias e Sucessões, bem como em Direito Previdenciário Especialista pela Instituição Damásio de Jesus.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. OBJETIVOS. 1.1 Objetivo geral. 1.2 Objetivos específicos. 2. JUSTIFICATIVA. 3. METODOLOGIA. 4. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA. 4.1 O capital e a sua influência na qualidade da saúde dos indivíduos. 4.2 Capitalismos e sua exploração atem na luta do homem contra a sua própria natureza. 4.3 A função do Estado/direito na regulação da relação capital/saúde. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS. ANEXOS.

INTRODUÇÃO

Um dos principais fatores para a existência do homem no mundo é a sua luta constante com o seu próprio corpo, assim sendo, com a sua própria saúde. Percebe-se que a sua concepção seria a característica do que é sadio ou são, ainda neste contexto, se tem também que é o adequado estado do organismo de um ser vivo, o qual possuiu funções regulares, visando assim a prolongar seus anos de vida. O que garante isso é a efetivação de novos meios de cuidados e tratamentos, que beneficiem a todos os cidadãos, com uma mera gratuidade abstrata, na perspectiva de que, todos recebem um excelente tratamento quando necessário, e não especificamente, uma pequena parte da população, classe dominante. A política pública da saúde não pode apresentar-se apenas como uma disposição usada pela classe dominante de manterem-se submissas as demais classes, relevando-se assim, as características da infra e a superestrutura social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

No Brasil, existe o Sistema Único de Saúde (SUS), no qual a Legislação garante direitos para proteger a saúde de todos os cidadãos com uma garantia abstrata, pois na realidade muitos dispositivos legais não são respeitados.

> Portanto, a relativa importância da Medicina institucionalizada dentro do setor de saúde vem diminuindo. Uma mistura curiosa de praticas de auto-cuidado, ao mesmo tempo opinativas e detalhadas, juntas com um entusiasmo ingênuo pelas tecnologias sofisticadas, tornam os esforços e atenção pessoal dos médicos cada vez mais frustrante. Suspeito que a contribuição da Medicina à busca patogênica da saúde é um fator menor hoje em dia. (ILLICH, 1975, p.212)

Nesse contexto, ainda se observa que no Brasil, devido a grande desigualdade social ainda existente, embora a Constituição Federal pregue igualdade entre todos, há certa abstração no cumprimento de tal dever do Estado. Observa-se que as principais atividades voltadas para a saúde são precárias, o poder do capital, ainda nas mãos de poucos, é responsável a cada dia, pelo problema concreto enfrentado por grande parte da população: o aumento de filas para atendimento, o valor elevado de medicamentos, a falta de equipamentos necessários para a boa atuação dos profissionais da saúde. Essas mazelas determinam a exploração da classe trabalhadora pela classe dominante, tornando o individuo escravo do capital. A precarização da saúde prestada pelo Estado ainda necessita de uma grande observação, a classe dominante, encontra novos meios de exploração fazendo com que a economia empresarial de exploração, se mantenha até sobre as enfermidades dos indivíduos, pois poucos tem acesso aos planos de saúde particulares.

O Estado, esquecendo-se de incentivar e proporcionar políticas públicas nas quais, atribuam valoração a qualidade de vida dos indivíduos, tem criado uma grande mazela social. Como diria CANEQUI (1982) Apud PEREIRA e ÁVILA, 2001: "na ausência de uma política pública para atender a procura das pessoas e dos casais por métodos contraceptivos, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

mercado (farmácias, rede de saúde e outras instituições privadas) passaram a ocupar este espaço". (CANEQUI (1982) Apud PEREIRA e ÁVILA, 2001 p.04)

O capitalista, fascinado com os fetiches que o capital pode trazer, usou mais esse artifício para conseguir lucros e explorar os desejos mais oiriçados da classe dominada.

Pela amplitude da temática, buscou-se analisar a dignidade da pessoa humana em relação à manutenção do Estado e instituição da propriedade privada dos meios de produção, com os interesses sociais em disputa. Embora existam leis que institua a saúde publica como direito universal, as normas positivadas carecem de maior concretização.

A saúde dos indivíduos necessita de uma observação cada vez mais acurada, pois a busca particularizada de riquezas para ampliar o capital e a exploração da classe dominada em todos os níveis sociais são fatores que levam a refletir sobre o que fazer para ter uma saúde de qualidade com dignidade. A conscientização do fator governamental, essencial para a qualificação da saúde, grande parte das vezes deixa a desejar, pois somente a classe dominante tem os melhores métodos e artifícios para permanecer saudável. Isso faz com que a divisão desigual da renda beneficie os grandes capitalistas, esquecendo-se do fator essencial, a saúde e a dignidade da pessoa humana.

1. OBJETIVOS

1.1 Objetivo geral

Identificar a influência do capital na qualidade da saúde dos indivíduos

1.2 Objetivos específicos

a) Demonstrar a luta dos indivíduos, e o quanto o capital influencia na qualidade da saúde dos indivíduos;
b) Relacionar desenvolvimento do capitalismo e sua exploração até na luta do homem contra a sua própria natureza;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

c) Estabelecer a função do Estado/Direito na regulação da relação capital/saúde

2. JUSTIFICATIVA

É de grande importância para os indivíduos ter uma qualidade digna de saúde, na qual, todos vivam e se relacionam bem no seio social. "As necessidades de saúde da população são sentidas por todos e estão representadas nos altos índices de mortalidade, morbidade..., como também na baixa expectativa de vida do povo brasileiro." (GONÇALVES, 1995, p.01)

O presente trabalho justifica-se por três grandes metas a serem estabelecidas socialmente: a conservação da dignidade da saúde humana, o fator capital influenciador na saúde dos cidadãos, a qualidade de saúde sendo restritiva apenas para alguns.

Para a ciência jurídica é de suma importância o estudo das questões ligadas ao cumprimento do direito voltado para a saúde digna dos cidadãos, porque o mundo está em constante desenvolvimento e as gerações futuras necessitam de garantias de uma vida condignas.

> Saúde, assim, por outro lado, definida de forma menos abrangente, depende de educação, de condições de trabalho, de condições financeiras, de condições de conforto físico... Cada uma destas variáveis se liga à outra de maneira irreversível, uma vez que, educado, o individuo tem possibilidade de conseguir um emprego que lhe dê acesso a condições financeiras. Estas permitem que o individuo compre serviços de saúde e conforto físico. Com a saúde, é mais fácil obter educação e emprego. Mesmo por esta visão, extremamente simplista, passa a ser difícil ignorar que todas estas variáveis estão diretamente envolvidas no desenvolvimento. (GONÇALVES, 1995, p.05)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O presente trabalho justifica-se pela necessidade de analisar a qualidade da saúde nacional. O Estado deve cumprir seu dever, de maneira que as regras abstratas se efetivem, não se deixando levar pela influencia do capital e pela relação materialista com a manutenção Estatal acima da dignidade individual. Neste contexto, a saúde deve ser valorizada como um bem jurídico, supremo, garantida constitucionalmente e que precisa de cuidados e uma observação constante. Assim, o Direito, que a cada dia vem se modificando e evoluindo, deveria contribuir para que uma Justiça abstrata voltada para a saúde seja fator primordial para a conservação da dignidade da pessoa humana. Contudo observa-se que a conservação da saúde humana envolve fatores ainda maiores: os detentores do poder econômico influenciam constantemente na tomada de decisões, fazendo com que parte da população permaneça alienada, e grande parte dos indivíduos pensem só no presente momento, deixando de lado, a preocupação com a qualidade da saúde no futuro. Para esse fim será observado o quanto a conscientização do ser humano é importante para que se tenha uma saúde com dignidade, garantida pelo Estado. Os cidadãos necessitam de conscientizar que seus direitos não são apenas utopia destruída constantemente pela influência do capital. A saúde deve ser vista e revista como um fator primordial e a sua efetivação deve ser garantida universalmente de forma digna.

3. METODOLOGIA

O presente trabalho desenvolveu-se com base em uma pesquisa qualitativa, voltando assim, todo o embasamento teórico para a crítica da saúde digna dos cidadãos.

Essa breve análise sintética pretende:

> Compreende um conjunto de diferentes técnicas interpretativas que visam descrever e a decodificar os componentes de um sistema complexo de significados. Tem por objetivo traduzir e expressar o sentido dos fenômenos do mundo social; trata-se de reduzir a distancia entre e indicado, entre teoria e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> dados, entre contexto e ação. (MAANEN, John Van. (1979) apud NEVES, 2005, p. 03)

Observando a temática e buscando relatar elementos importantes para o estudo em geral irá usou-se a pesquisa bibliográfica. A pesquisa decorreu-se de um processo sistemático de construção do conhecimento que tem como metas principais gerar novas perspectivas de conhecimento e/ou refutar algum conhecimento pré-existente. As obras que analisadas são, respectivamente, nas áreas da Saúde, Direito e Dignidade da Pessoa Humana. Também foram consultadas revistas e *sites*especializados na amplitude da temática, observando inicialmente, o poder governamental e o quanto a busca cada vez maior de capital, tem influenciado de forma subliminar para a dignidade da pessoa humana, mais especificamente interferindo na saúde dos cidadãos. Severino afirma que: "em primeiro lugar, é preciso que o estudante se conscientize de que doravante o resultado do processo depende fundamentalmente dele mesmo". (SEVERINO, 1996, p.25)

Deve-se ressaltar ainda que o estudo considerou e observou apenas os elementos pesquisados, portanto, as conclusões obtidas não podem ser generalizadas. A observância desses elementos deve-se ao fato de serem essenciais para a saúde, bem-estar/dignidade da população.

4. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

4.1 O CAPITAL E A SUA INFLUÊNCIA NA QUALIDADE DA SAÚDE DOS INDIVÍDUOS

O capital tem sido um grande vilão da saúde dos indivíduos nos dias atuais, observado através da perspectiva do trabalho, no qual sendo ressaltado como a infelicidade a ser o instituidor de "valor-de-uso é indispensável à existência da sociedade humana" (MARX, 2002, p. 60). O indivíduo em quaisquer sociedades impugnará ao trabalho agilidade intercessora entre homem e o seu estado natural para abastecer a sua sobrevivência. O indivíduo trabalhador transforma a natureza através de seus afazeres. Ao transformar a natureza depositam em movimento as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

aptidões de seu conveniente corpo ao que, no agir do procedimento de trabalho no caráter de produção capitalista depara-se com utensílios de afazeres altamente desenvolvidos. Promover ou abater o empenho do indivíduo trabalhador no procedimento de trabalho necessitaria ser a fundamental finalidade do aumento dos novos artifícios usados pelo homem trabalhador, entretanto, no caráter de fabricação capitalista, tem-se a conexão, o proletário contorna-se apenas uma continuação do processo da máquina, pois é indivíduo que deve se combinar ao aparato do bem-sucedido.

> Graças ao progresso da produtividade do trabalho social, quantidade sempre crescente de meios de produção pode ser mobilizada com um dispêndio progressivamente menor de força humana. Este enunciado é uma lei na sociedade capitalista, onde o instrumental de trabalho emprega o trabalhador, e não este o instrumental [...]. (MARX, 2002, p. 748)

Diante dessa observação, compreendemos que a maneira de produção capitalista apresenta uma conexão oportuna em que, grande parte das vezes é representada pela luta do homem contra a sua própria natureza, observando as suas necessidades e influenciada diretamente pela classe dominante a buscar novos meios de exploração no qual, empreendem em todos os meios sociais. Essa luta marcada de interesses observa-se que nem sempre os meios apresentam aos cidadãos, quando necessário uma boa qualidade de tratamento e também os artifícios usados para conseguir uma saúde digna. Dentro desse paradigma observa-se o valor do capital sendo maior do que o valor da própria vida humana, esquecendo-se a garantia constitucional. A dignidade da pessoa humana está relaciona intrinsicamente com uma boa qualidade de saúde prestada a todos os cidadãos.

Através das disposições legais na qual o governo coloca-se a favor da sociedade para que se tenha uma saúde de qualidade e respeitosa a todos, a classe dominante, observando algumas mazelas no sistema, aproveita de tal situação e usa desses meios para conseguir seus objetivos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A necessidade de uma saúde com eficiência e com qualidade levada aos cidadãos em várias situações não se faz de forma digna, por não poderem pagar tratamento particular recorem a hospitais públicos, que não sendo atendidos prontamente por falta de vagas ou de profissionais, acabam falecendo.

Observa-se cotidianamente que as filas de hospitais públicos, e outros meios que buscam resultados a uma vida saudável, cada vez mais de difícil acesso, pois cada vez mais estão lotados; no entanto aqueles que possuem o valor capital, tem melhores condições de vida e uma saúde digna. A sociedade capitalista não oculte as relações de exploração e de:

> [...] fórmulas que pertencem, claramente, a uma formação em que o processo de produção domina o homem, e não o homem o processo de produção, [assim,] são consideradas pela consciência burguesa uma necessidade tão natural quanto o próprio trabalho produtivo (MARX, 2002, p. 102).

Indivíduos no sistema capitalismo são alienados a uma existência reificada, alimentada de intricadas fantasias das sociedades, que colocam valores, costumes e jeitos de se ser, nos quais, agregam a negação de se colocar o valor do trabalho/capital acima de todas as coisas. O capital é usado sempre para apropriação de novos bens e serviços, e o valor de troca, até para os benefícios da saúde digna dos seres humanos. Como mera mercadoria de exploração dos capitalistas que impõem valor até nos meios e recursos para a produção de uma vida saudável.

Observando esses pressupostos de análise, compreendemos, portanto, que a discussão sobre saúde torna-se pertinente, visto que, a dignidade da pessoa humana esta ligada diretamente a esse princípio. Quando se realiza uma observação de forma crítica e com o objetivo de desenvolver argumentos para uma boa parte dos indivíduos tem carência de uma prestação de serviço com qualidade, e não tem condições de pagar valores elevados. Empresários/classe dominante negam radicalmente as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

mudanças nas condições vigentes de saúde/vida dentro e fora de um sistema.

Sendo assim, a população em geral, fica a mercê de um mero sistema de saúde, cheio de mazelas, e de grande precariedade, por falta de não se ter um valor representativo de capital, para oferecer aos empresários/classe dominante dos meios de saúde; cabe ao Estado uma eficácia maior na área de prestação de serviços ligada a saúde dos cidadãos, observando a dignidade da pessoa humana, quesito essencial para a vida. A saúde é, antes de tudo, uma questão política e econômica, uma vez que o enfrentamento do problema passa por uma total reviravolta na política econômica que rege o sistema. O poder do Estado deveria se apresentar de forma eficiente, contra a não alienação dos artifícios a favor da saúde/vida, e a não posse de uma mera apresentação da mídia na qual se dispõe que tudo ocorre bem e que a saúde de todos os seres humanos esta equilibrada e sendo cuidada através de tratamentos dignos e necessários para a preservação da vida de todos os cidadãos.

4.2 CAPITALISMOS E SUA EXPLORAÇÃO ATEM NA LUTA DO HOMEM CONTRA A SUA PRÓPRIA NATUREZA

No inicio da sociedade quando o ser humano tinha diante de si apenas uma mínima perspectiva sobre o quanto era importante para todos os indivíduos, a luta de si próprios contra a sua própria natureza, começava nascer um interesse no seio social, os paradigmas eram modificados, novas idealizações de trabalho surgiram como um objeto de utilidade; não era necessariamente um valor de troca, era um bem comum, não social.

Pouco a pouco, com o progresso veio crescendo os problemas de saúde dos indivíduos, e a saúde se tornou um instrumento de grande valor comercial, nascia desde então, uma forma de exploração, ocorrida através da boa conservação da saúde dos mesmos; que, em suma, é o ponto de partida do capitalismo, na qual, pretende-se abordar a partir deste ponto o seu desenvolvimento e a valoração de uma saúde digna e com qualidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Com o advento da Revolução Industrial, os indivíduos começaram a sofrer uma série de mudanças radicais que deram início a uma exploração acentuada do homem pelo próprio homem. Também observa-se uma transformação gradativa, que apontaram para uma necessidade dos indivíduos se preocuparem com uma saúde digna, na qual, não se dava muita relevância, devido ao grande tempo trabalhado em condições insalubres e a força de trabalho aplicada ao extremo em grandes partes dos setores que os indivíduos trabalharam. Os indivíduos começaram a refletir que a saúde estava sendo deixada de lado, para a busca cada vez maior de capital.

Dessa forma o capitalismo tomou força e a classe dominante precisava construir uma ideologia para que mantivesse a usufruir do trabalho dos indivíduos, a exploração, gerou a criação dos direitos impostos para beneficiar a todos os cidadãos com igualdade.

> A igualdade perante a lei tem pouco significado se não existir sufrágio universal e outras chances de participação política. As chances de participação são apenas uma promessa vazia se as pessoas não têm a posição social e econômica que as coloque em condições de gozar daquilo que as leis e a constituição lhes prometem. Passo a passo, a idéia de cidadania foi dotada de conteúdo. De uma quantidade formal de direitos, a cidadania tornou-se um status, de que fazem parte, além do direito eleitoral, uma renda digna e o direito a ter uma vida civil, inclusive quando se está doente, ou velho, ou desempregado (DAHRENDORF, 1987. Apud. LOSURDO, 2002 p. 27).

Nesse ínterim observa-se que é pouca uma teodiceia da felicidade, a qual, os dominadores, os detentores, os vitoriosos, os sãos, em síntese, o conhecido, como homem feliz que raramente se satisfazem pelo ingênuo fato de ser dono da oportuna prosperidade; no modo de produção capitalista, a ideologia gerada e que, todos os homens tem por direito, serem felizes. A felicidade abstrata, assim sendo, é percebida diante de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

que:_ "quer ser convencido de "merecê-la" e sobretudo de merecê-la frente aos outros. E quer portanto ser também autorizado a crer que os de menos sorte receberam equitativamente apenas aquilo que lhes cabe. A felicidade quer ser 'legítima'". (LOSURDO, 2002. p. 05)

Observando esse paradigma, o homem que tem a felicidade, no sistema capitalista, é aquele possuidor dos meios de produção, que detêm determinados meios para explorar, idealizando aos indivíduos uma perspectiva de liberdade dada através do direito, a todos os cidadãos de forma igualitária.

> Quando se fala de "capitalismo", pensa-se em capital e sobretudo em capitalista, sujeito rico, poderoso, em geral dono ou dirigente de empresa industrial, comercial ou banco. Mas "capitalismo" sugere também enorme variedade de produtos que são estridentes mente propagandeados pelos meios de comunicação em massa. Os símbolos atuais deste aspecto capitalismo talvez sejam o automóvel e principalmente a televisão, que é meio de consumo e veiculo de publicidade ao mesmo tempo (SINGER, 1987, p. 7).

Por ser um sistema constitucionalmente explorador, destruidor e causador de desigualdades, em que uma classe dominadora é possuidora dos meios de produção e das riquezas produzidas, o capitalismo se desenvolve em uma perspectiva avassaladora. Em determinados acontecimentos a desconsideração com a saúde dos indivíduos é tamanha, deixando de lado os valores necessários como boa alimentação, descanso físico/psicológico, lazer, etc; decorrida da exploração da forca de trabalho realizada pelo individuo.

> [...] os desgraçados que fazem os trabalhos pesados, produtores dos gozos alheios, que recebem apenas para a subsistência de seus corpos sofridos e necessitados de tudo, esta multidão imensa de instrumentos bípedes sem liberdade, sem moral, sem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> faculdade intelectual, dotados apenas de mãos que recebem pouco e de uma mente gravada por mil preocupações que os fazem apenas sofrer [...] são estes que vocês chamam homens? São considerados civilizados, mas alguém já viu, pelo menos um desses, que fosse capaz de entrar na sociedade? (LOSURDO, 2002. p. 10)

No ponto de vista estritamente socioecológico, percebe–se que os problemas são resultantes do modo da produção capitalista, observando o fato de que, o desenvolvimento da economia capitalista concentra-se na exploração da força de trabalho humana na qual, simultaneamente, e em grande parte da vezes, destrói de forma voraz a saúde digna dos cidadãos.

Portanto, durante essa breve analise, conclui-se que o capitalismo pode ser considerado uma espécie de parasita social, o qual, age como uma força destruidora/ativa, que explora e faz os indivíduos se adequarem a uma desleal forma de ser, destruindo progressivamente sua saúde, sua felicidade e por findar as suas vidas, assegurando-se a todos homens, que dinheiro conseguido de forma leal, seja uma mera abstração para aos seus fetiches e liberdades individuais.

4.3 A FUNÇÃO DO ESTADO/DIREITO NA REGULAÇÃO DA RELAÇÃO CAPITAL/SAÚDE

Um dos problemas mais questionados e enfrentados no Brasil diz respeito a saúde, visto que o Brasil tem um valor significativo de cidadãos que necessitam direta ou indiretamente de métodos que envolvam o beneficio à saúde.

> Convém ressaltar que ao se negar e superar aspectos da realidade objetiva anterior, a obtenção de uma nova qualidade, a qualidade anterior é negada, suprimida e eliminada, mas não é simplesmente aniquilada, não desaparece sem deixar marcas. Pelo contrário, nesta negação preserva-se anterior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> resultado positivo do desenvolvimento subsequente. (HAHN & ROSING, 1983, p. 73)

O ser humano, sofreu doenças que foram surgindo no decorrer do tempo, e com a falta de medicamentos e tratamentos. Esses estragos se estenderam gradativamente, o Estado teve que tomar uma decisão na qual beneficiasse a todos com dignidade.

Atualmente, a preocupação com a proteção a saúde é vista como o bem de maior importância para toda a sociedade. Os indivíduos estão percebendo, cada vez mais a necessidade de se ter uma saúde de qualidade e digna, na qual o Estado é comprometido a prestar aos cidadãos, sem discriminação e imposta através de leis, que supram as relações jurídicas sociais nas quais, são garantidas abstratamente pelo Estado, e compreendidas assim, por serem idealizada como as raízes das relações materialistas.

> Minha pesquisa chegou à conclusão que as relações jurídicas, bem como as formas do Estado, não podem ser compreendidas por si só, nem pela assim chamada evolução geral do espírito humano, mas têm suas raízes nas relações materiais da existência - cujo conjunto Hegel inclui no termo de sociedade civil, seguindo o exemplo dos ingleses e franceses do século XVIII - e que a anatomia da sociedade civil deve ser procurada na economia política. (MARX, 1983, p. 301)

Assim, observa-se que a base de materialização social, é percebida em sua essência pelo Estado, e que tais raízes, são uma mera abstração para a manutenção de um sistema cheio de mazelas; ao qual, a comunidade, participando diretamente através de representantes, o Governo brasileiro, proclamou em meados do ano de 1990 a Lei nº 8.080, que passou a dispor de um instrumento legal de proteção a saúde dos indivíduos, com a criação do Sistema Único de Saúde, nasceu consigo a esperança de se ter uma saúde digna. No mesmo ano nascia para acolher os anseios sociais, a Lei n° 8.142, que dispõe sobre a participação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências, em vigor até hoje. Para Hahan e Rosing "[...] as leis fundamentais da dialética materialista abrangem conexões do próprio mundo material, conexões que existem fora da consciência humana e independem dela". (HAHN E ROSING, 1983. p.66)

A Lei, além de dar certa segurança aos cidadãos, dando-lhes uma perspectiva de uma saúde de qualidade, a proteção e garantia do Estado na dignidade da pessoa observada através da referida saúde de todos homens, visa também assegurar que tratamentos, medicamentos, e outros meios de tratamento, sejam feitos com racionalidade e gratuitamente. Um grande avanço, principalmente numa época em que a visão era a de não preocupação com a saúde da população.

Essas mesmas leis estabeleceram a criação de Conferência da saúde, o Conselho de saúde do Fundo Nacional de Saúde, o qual será utilizada em despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, ambas criadas em 1990.

O Art. 196 da Constituição do Brasil de 1988 coloca a questão saúde na forma que se segue: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Vale destacar que a legislação brasileira é considerada avançada em muitos aspectos, no entanto apresenta um caráter de bastante observação para o Estado. Vários crimes cometidos contra a saúde dos indivíduos ainda ficam impunes devido ao pequeno número de fiscais em relação à extensão do território brasileiro.

Portando percebe-se que, embora a Constituição de 1988 signifique um avanço na legislação e gestão administrativa pública voltada para saúde do país, o caminho ainda é longo e está em constante construção. Enquanto não houver conscientização política coletiva, não haverá cobrança de direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com objetivo de finalização deste trabalho, foi proposta uma análise embasada em concepções críticas a saúde nacional e verificou-se o quanto esse sistema é prejudicial não só para o homem como a todos do seio social, mas também para a saúde dos indivíduos, em decorrência da grande ganância pelo capital e o aumento dos bens.

Percebe-se que a saúde nacional está passando por grandes mazelas que são decorrentes das sucessivas crises do capitalismo que se representam diretamente na sociedade, tomando proporções em grande escala devido à precariedade do país, que faz com que o cidadão seja tratado de forma desmerecedora, sem dignidade e sem um mínimo de preocupação.

O Estado deveria fazer as regras se efetivarem para proteger a saúde de todos com dignidade. A criação de um Sistema Único de Saúde foi de grande representação, mas sua eficácia é deficiente pela falta de estrutura do Estado e também pela influência do capital, que é resultante do processo de circulação de mercadorias, tendo valores agregados de acordo com o seu processo de conversão em valores de uso. De fato o indivíduo na contemporaneidade está excessivamente ligado na base material/econômica da sociedade, na qual, Karl Marx denomina por infraestrutura, assim sendo, usa a supra estrutura, que é uma ideologia para justificar a dominação de todos os meios sociais.

Enfim, é fundamental o Estado assegurar a saúde de forma digna, com direito universal, para todos independente de sua classe social. A qualidade da saúde dos indivíduos, não deve ser apenas uma forma de mercadoria social, e sim uma questão de valor social essencial à sobrevivência da espécie humana.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

REFERÊNCIAS

BERQUÓ, E. ; CAVENAGUI, S. **Mapeamento socioeconômico e demográfico dos regimes de fecundidade no Brasil e sua variação entre 1991 e 2000.**Disponível em: <www.nepo.unicamp.br/aulas/2010/mapeamentosocioeconomico.pdf>. Acesso em: abril. 2012.

BRASIL. **Constituição Republica Federativa do Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, 1988.

CANEQUI (1982) Apud PEREIRA, Antonio Luis Correa. ÁVILA, Maria Antonieta Nunes de. **Planejamento familiar no brasil – uma análise crítica.** 2001. P.04

DAHRENDORF, R. (1987). Apud. LOSURDO, Domenico. **Marx, a tradição liberal e a construção histórica do conceito universal de homem.** 2002. p. 05.p.10 p. 27

GONÇALVES, Ernesto Lima. Administração de saúde no Brasil. Gráfica Editora Bisordi Ltda. São Paulo - 1996

HAHN, E. e KOSING, A. **A filosofia marxista lenista:** curso básico. Lisboa: Avante, 1983.

ILLICH, I. **A expropriação da saúde.** Nêmesis da Medicina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

MAANEN, John Van. (1979) Apud NEVES, José Luis. **Pesquisas qualitativas – características, usos e possibilidades.** 2005. P. 03

MARX, Karl, e, ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas I, II e III**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1983

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Livro I, v. 1e v. 2.

ROCHA, Ruth. **Minidicionário.** São Paulo: Scipione. 1996.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho cientifico.** 20. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SINGER, Paul. **O capitalismo :** sua evolução, sua lógica e sua dinâmica**.** São Paulo: Moderna, 1987.

SIEYÈS, E. J. (1985) Apud. LOSURDO, DOMENICO. **Marx, a tradição liberal e a construção histórica do conceito universal de homem**. 2002. P.10.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL

RENATA VISCO COSTA DE ALMEIDA: Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2012). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp/Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (2013).

RESUMO: O presente trabalho se propõe a realizar uma abordagem sobre a evolução histórica da legislação antidrogas no Brasil, percorrendo desde as Ordenações Filipinas até o marco legal atual, qual seja, a Lei nº 11.343/2006.

Palavras-chave: Drogas; Legislações antidrogas; Aspectos penais; Aspectos processuais.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A problemática das drogas sempre foi palco de insuperáveis discussões e controvérsias. Trata-se de questão que, nas últimas décadas, vem recebendo cada vez mais a atenção não só dos especialistas, mas também da população em geral.

No campo médico-científico, pulam estudos e pesquisas sobre os efeitos das drogas e a origem dos vícios, bem como, sobre os melhores métodos para alcançar a abstinência. No âmbito do Direito, em especial do Direito Penal, não poderia ser diferente. As discussões, na esfera jurídica, vão desde a ausência de eficácia da punição estatal ao usuário à necessidade de repressão mais efetiva ao tráfico, passando pelos estudos de criação e adoção de microssistemas jurídico-penais voltados especificamente à questão das drogas.

O legislador, por sua vez, não se manteve inerte. Em que pese ser destinatário de ínúmeras críticas, movimentou-se no sentido de fazer refletir, no ordenamento jurídico, as discussões que se multiplicavam na sociedade civil, tal fenômeno repetia-se em cada nova lei editada. Em um desses momentos de clamor público, surgiu em 2002, a primeira alteração significativa no panorama da legislação brasileira sobre drogas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Anteriormente, desde 1976, estava em vigor a Lei nº. 6.368, que não mais servia a conter plenamente as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços das pesquisas e estudos científicos sobre drogas. Era necessária, portanto, a atualização da legislação, de forma a permitir a repressão à criminalidade complexa do século XXI, inclusive conferindo meios ao Estado para identificar e apurar os delitos cometidos por intermédio das novas tecnologias postas à disposição dos autores de crimes. Além disso, impunha-se dar início à distinção normativa entre usuário e traficante, desde então, começava a sedimentar-se o entendimento de que a repressão penal não seria suficiente para prevenir o uso de drogas, cada vez mais arraigado e disseminado na cultura popular.

2. NORMATIVAS ANTECEDENTES AO MARCO LEGAL ATUAL

É mister iniciar a retomada histórica da legislaçao de drogas no Brasil a partir de 1603, em que as Ordenações Filipinas, em seu título 89 dispunham, "Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso". Estas normas jurídicas eram influenciadas pelo Direito Romano, do Canônico e do Germânico, pilares do direito de Portugal. Assim, tendo como parâmetro as Ordenações Filipinas, seguiu o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, que, segundo Greco Filho[1], não tratou da matéria, mas o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.

Pouco tempo depois, houve o Código Penal de 1890, em que considerava crime "expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários."[2]

Ressalta-se: até o século XIX o Brasil não tinha implementado nenhuma política sobre as drogas, e estas eram consumidas geralmente por jovens burgueses que freqüentavam casas de prostituição da época. Outrossim, a legislação tratava sobre substâncias venenosas.

Entretanto, em 1911, o Brasil se comprometeu em Haia, a realizar a fiscalização sobre o consumo da cocaína e do ópio. Neste momento é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

iniciado uma tentativa de controle, porém, seu consumo já ocorria na sombra da sociedade, e assim sendo, foi proliferando entre os negros, pardos, imigrantes e pobres, o que começou a incomodar o governo, fazendo com que, de fato, iniciasse a política de combate às drogas no Brasil.

Após 1914, uma onda de tóxicos invadiu o país, e os dispositivos existentes deixaram de apresentar suficiência nesse combate.

Diante dessa problemática, o Decreto nº. 4.294 de 1921, regulamentado posteriormente pelo Decreto nº. 14.969 de 1921, previa em seu texto a internação compulsória de usuários de substâncias entorpecentes, no seu artigo 6º. Criava também estabelecimento especial para atendimento destes casos. Interessante, já nesta época se relacionava o uso de entorpecentes a situação da ociosidade tratando-se do trabalho, pois logo no *caput* do artigo abaixo, é estabelecida essa relação:

Art. 6º O Poder Executivo creará no Districto Federal um estabelecimento especial, com tratamento medico e regimen de trabalho, tendo duas secções: uma de internandos judiciarios e outra de internandos voluntarios.

§ 1º Da secção judiciaria farão parte:

a) os condenados, na conformidade do art. 3º;

b) os impronunciados ou absolvidos em virtude da dirimente ao art. 27, § 4º, do Codigo Penal, com fundamento em molestia mental, resultado do abuso de bebida ou substancia inebriente, ou entorpecente das mencionadas no art. 1º, paragrapho unico desta lei.

§ 2º Da outra secção farão parte:

a) os intoxicados pelo alcool, por substancia venenosa, que tiver qualidade entorpecente das mencionadas no art. 1º, paragrapho unico desta lei, que se apresentarem em juizo, solicitando a admissão, comprovando a necessidade de um tratamento adequado e os que, a requerimento de pessoa da familia, forem considerados nas mesmas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

condições (lettra a), sendo evidente a urgencia da internação, para evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral.

§ 3º O processo para a internação na segunda secção com base em exame medico, correrá perante o juiz Orphãos com rito summario, e poderá ser promovido pelo curador de Orphãos, com ou sem provocação por parte da Policia, dando o juiz curador a lide para defender os direitos do mesmo interditando.[3]

Pouco tempo depois, na mesma linha repressiva, a maconha foi proibida a partir de 1930, e em 1933 ocorreram as primeiras prisões no território nacional por uso da droga.

A partir daí, as normas penais foram sendo editadas na medida em que o tráfico avançava numa velocidade incrível no seio da comunidade brasileira, instalando-se nas cidades tanto de pequeno como médio e grande porte.

O Decreto-Lei nº. 891, de 25 de novembro de 1938, já previa, artigo 33, a pena de prisão pelo comércio ilegal de entorpecentes, consoante norma abaixo demonstrada:

Artigo 33 - Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000$000 a 5:000$000.

§ 1º... Se o infrator exercer profissão ou arte, que tenha servido para praticar a infracção ou que tenha facilitado - pena: alem das supra indicadas, suspensão do exercício da arte ou profissão, de seis meses a dois anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

§ 2º Sendo farmacêutico o infrator - penas : dois a cinco anos de prisão celular, multa de 2:000$000 a 6 :000$000 - alem da suspensão do exercício da profissão por período de tres a sete anos.

§ 3º Sendo médico, cirurgião dentista ou veterinário o infrator - pena: de tres a dez anos de prisão celular, multa de 3:000$000 a 10:000$000 além da suspensão do exercício profissional de quatro a dez anos.[4]

O artigo 35 da citada norma, ainda previa a pena de prisão para quem tivesse "consigo qualquer substância", assim penalizava o usuário que fosse flagrado na posse de drogas.

Após uma série de insucessos no embate contra as substâncias psicoativas, que se chegou ao ano de 1940, no qual foi publicado um novo Código Penal Brasileiro.

Esse diploma legal repressivo fixou as normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes e para transformação, extração e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos[5]. Assim, estabelecia o artigo 281 desse regramento, em sua redação original:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo, com determinação legal ou regulamentar.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinqüenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.[6]

Tal dispositivo, porém, por diversas vezes foi modificado buscando abarcar a esfera punitiva e exercitar a real efetividade do regulamento. Bem assim, ocorreu alteração em 1964, com a Lei nº. 4.451, que acrescentou ao tipo penal a ação de "plantar".

É interessante observar, o Brasil, por muito tempo, não distinguiu as figuras dos usuários e traficantes de drogas. Na verdade, a criminalização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

da droga estava prevista no artigo 281 do Código Penal e, segundo o Supremo Tribunal Federal, a norma penal não criminalizava o consumo de drogas, apenas o tráfico era tido como crime. Só em 1968, por meio do Decreto-Lei nº. 385/1968, o artigo 281 do Código Penal foi alterado para estabelecer a mesma sanção para traficantes e usuários de drogas. Essa alteração colocou fim ao entendimento jurisprudencial que não entendia ser crime o uso de drogas.

Até 1968 o Brasil só criminalizava a conduta do traficante, ou seja, a criminalização do consumo de drogas foi uma imposição criada no período ditatorial, que tornou o uso tão grave quanto o tráfico de drogas.

Pouco tempo depois, em 1969, o Decreto-Lei nº. 753, de 11 de agosto, contribuiu no sentido de complementar as disposições relativas à fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, e distribuição de amostras.

Em 1971, com a promulgação da Lei nº. 5.726, o Brasil acolhe a orientação internacional no que diz respeito às legislações anti-drogas, e passa a diferenciar usuário/dependente (discurso médico-jurídico) e traficante ("inimigo da sociedade" e mal a ser combatido com rígida atuação do Estado).

Nesse sentindo, Salo de Carvalho afirma:

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06. [7]

Essa diferenciação restou clara na Lei nº. 6368/76 as sanções para o tráfico de drogas e as sanções para o usuário.

É imperioso destacar as considerações tecidas por Salo de Carvalho acerca do tema:

As condutas criminalizadas na Lei 6.368/76 não diferem substancialente das figuras típicas encontradas nos estatuto precedentes, notadamente o texto do artigo 281 do Código Penal com a redação fornecida pela Lei 5.726/71. A distinção, porém, é no que concerne à graduação das penas, cujo efeito reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante[8].

O ilustre autor preleciona também no seguinte sentido:

Assim, no plano político-criminal, a Lei 6.368/76 manteve o hitórico discursivo médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exarcebações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta[9].

Salo de Carvalho chama atenção de que o tratamento penal dos comerciantes varejistas e dos usuários de substâncias ilícitas na Lei nº. 6.368/1976, reclama a criação de uma rede de controle na qual o direito penal atue com rigor mesmo em casos de hiatos de punibilidade (criminalização do uso) ou de baixa danosidade ao bem jurídico tutelado (comércio de drogas ilícitas em pequena quantidade). Consoante trecho abaixo:

A necessidade de reforma integral do texto da Lei de Drogas de 1976 vinha sendo debatido no Congresso Nacional desde o início da década de 90. Segundo as exposições de motivos dos inúmeros projetos que tramitavam concomitantemente, a defasagem conceitual e operacional do estatuto impunha reformulação global. Ocorre que os posicionamentos quanto à disfuncionalidade da Lei 6.368/76 pendiam da crítica antiproibicionista, com apresentação de projetos com medidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

despenalizadoras e descriminalizantes, ao diagnóstico da necessidade de incremento da punitividade.[10]

A inadequação histórica da Lei acima mencionada, após 30 anos de vigência, aliada ao amplo processo de descodificação do direito penal, ocorrido durante a década de 90, tornaram absolutamente complexo o sistema brasileiro de controle de drogas ilícitas. As incontáveis mudanças legislativas e a publicação de inúmeros estatutos penais, que direta ou indiretamente atingem a política criminal de drogas, e a tentativa infrutífera de renovação normativa, com a publicação parcial do texto da Lei nº. 10.409/2002, ratificaram e evidenciaram a ambiguidade e a contrariedade dos mecanismos de criminalização primária e secundária. Além do que, expuseram à sociedade civil e política a dificuldade das agências governamentais de desenvolvimento de política criminal razoavelmente coerente sobre drogas, seja proibicionista ou antiproibicionista.

No expressar de Renato Marcão, com vistas na Lei de Drogas vigente e na problemática por esta solucionada:

O novo Diploma legal, apesar de estar permeado de imperfeições e suscitar várias discussões evitáveis, em sua maior parte é virtuoso, e, sem sombra de dúvida, uma de suas maiores virtudes consiste em resolver a celeuma criada com a vigência simultânea das Leis n.º 6.368/76 e 10.409/2002, pois, desde 28 de fevereiro de 2002, quando esta entrou em vigor, houve total rompimento com o princípio da segurança jurídica, sendo conhecida de todos a discussão que se estabeleceu a respeito da aplicação dos dispositivos nela contidos[11].

Dessa maneira, passando a tratar da atual legislação sobre o tema, Lei nº. 11.343/2006, e realizando uma análise menos crítica e mais tendente aos processos criminalizantes, pode-se até admitir que esse Diploma Legal conseguiu, de certa maneira, atingir o objetivo desejado quando da elaboração da Lei nº. 10.409/2002. Em outras palavras, a Lei nº. 11.343/2006 se alinhou às novas disposições mundiais de combate a psicoativos, sobretudo, diferenciando o tratamento prestado ao usuário e ao dependente de substâncias alucinógenas (mesmo que não haja previsão de critérios bem delimitados e objetivos para distinguir esses protagonistas).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De mais a mais, a Lei em vigor mostra-se mais tolerante e menos repressiva quando se trata de porte para uso próprio. Nesse passo, embora perceptíveis alterações substanciais no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de "descarceirização" da conduta de porte para uso pessoal. No atual modelo, o usuário não pode ser preso, ao passo que para o traficante o rigor penal é duríssimo, cabendo lembrar, ainda, que o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, conforme art. 5º, XLIII da Constituição da República.

Pois bem, a base ideológica da Lei nº. 11.343/2006 conserva e adota o sistema proibicionista inaugurado com a Lei nº. 6.368/1976, reforçando-o. Portanto, a lógica discursiva diferenciadora iniciada na década de 70 é consolidada no novo estatuto, em detrimento de projetos políticos alternativos (descriminalizadores).

Pode parecer, inicialmente, que a legislação em vigor trouxe benefícios para aqueles que são apenas usuários, pois o consumo de drogas não pode mais conduzir ninguém ao cárcere, por outro lado, se for feita uma leitura mais crítica das expressões previstas no artigo 28, da Lei de Drogas, será prontamente verificado que poucas pessoas serão caracterizadas como simples consumidoras de drogas.

Em suma, como bem afirma Salo de Carvalho, mesmo as Lei nº. 6.368/1976 (ideologia da diferenciação) e a vigente compartilharem da mesma base ideológica, é possível estabelecer importantes distinções entre esses estatutos criminais:

Se na Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno), cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes – notadamente após a edição da Lei 9.099/95 -, a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

(penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.[12]

Frise-se, não obstante manifestações de muitos estudiosos do tema apontem para momentos positivos do legislador, tendo como parâmetro a Lei em exercício e o tratamento destinado ao consumidor, este comando legal tem suscitado sérios questionamentos no momento de identificar e classificar determinado indivíduo como usuário ou traficante de drogas.

Nessa seara discursiva, a questão crucial que este trabalho se propõe a expor centraliza-se nos questionamentos acerca da necessidade de previsão legislativa de critérios pré-delimitados e objetivos que devem ser utilizados para marcar as diferenças entre os dois protagonistas desse debate, ou seja, o usuário e o traficante. Afinal, como distinguir um do outro no momento da concretude da lei de drogas se esta não traz critérios objetivos aptos a realizar essa distinção? Quais as conseqüências desse dilema legislativo? O poder conferido ao julgador está em consonância com o princípio primordial do Direito pátrio, o da segurança jurídica?

Essa temática é objeto de discussão nos próximos capítulos deste trabalho.

3. A LEI Nº. 11.343/2006

3.1 O Processo de Criação

Em 2002, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº. 10.409, que tinha como objetivo realizar a renovação do ordenamento jurídico. No entanto, a técinica legislativa utilizada para a elaboração das disposições da Lei nº. 10.409/2002 foi duramente criticada pela doutrina e o diploma acabou por sofrer diversos vetos pelo Presidente da República, que considerou muitos trechos ofensivos à Constituição e ao interesse público.

Nesse sentido, muito bem explanada e minuciosa é a narração acerca do percurso legislativo da Lei de Drogas exposta por Andrey e Paulo Roberto, na obra "Lei de Drogas Comentada"[13], tendo como ponto de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

partida a entrada em vigor da "retalhada" Lei nº. 10.409, em 28 de fevereiro de 2002.

Os mencionados autores apontam que na Câmara dos Deputados, ainda no ano de 2002, todos os projetos e versões sobre a matéria foram agrupados e apensados, passando a seguir como um só, sob a rubrica de Projeto de Lei nº. 7.134/2002 passou a tramitar sob o rito ordinário.

Inexplicavelmente, a matéria foi novamente considerada urgente ao cabo do ano de 2003, sendo incluída na pauta de convocação extraordinária do Congresso Nacional, que teria lugar em janeiro de 2004.

Em vista da necessidade de apresentar a versão final para o que viria a ser a nova Lei de Drogas, foi criado um grupo de trabalho formado por técnicos de diversos setores do Poder Executivo e do Poder Legislativo. O intuito era elaborar novo substituto ao projeto de lei em tramitação, de forma que a matéria a ser apresentada tivesse sido contemplada por equipe multidisciplinar, abarcando as mais variadas gamas de conhecimento sobre a questão das drogas.

A realidade dos trabalhos demonstrou, como bem exposto pelos autores acima mencionados, que o equívoco no procedimento adotado foi o de exigir que projeto de tamanha importância fosse discutido e refletido em aproximadamente duas semanas, no curso de uma convocação extraordinária da Câmara dos Deputados.

Como se percebeu, o Projeto de Lei nº. 7.134/2002 teve um longo e tormentoso caminho até tornar-se a Lei nº. 11.343/2006. Tal diploma, inovadoramente, por um lado, ambicionava uma abordagem mais contemporânea e detalhada a respeito da questão das drogas, constituindo políticas públicas modernas e, até então consideradas apropriadas, a partir da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas; por outro lado, não estabeleceu critérios objetivos capazes de distinguir usuário e traficante, bem assim, tacitamente, delegou tal função ao julgador, aplicador do Direito, dando margem a distorções e, por conseguinte, injustiças.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Ademais, era nítida a preocupação com a reintegração social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo notadamente a responsabilidade da rede pública de saúde na criação e aperfeiçoamento de programas de cuidado ao usuário e ao dependente de drogas, consoante diretrizes a serem instituídas pelo Ministério da Saúde, como apontado por Andrey e Paulo Roberto[14]. Tratando, pois, o usuário como um problema médico, por outro lado, o traficante é considerado um "caso de polícia", sendo alvo de sanções desproporcionais, arbitrárias e desconectadas com a realidade.

Em suma: após vetos presidenciais que não alteraram a essência do projeto, acabou por ser sancionada a Lei nº. 11.343/2006. Assim, a atual legislação sobre drogas veio ao ordenamento jurídico com diversos pontos falhos, e alguns deles serão individualmente apontados por esse trabalho.

3.2 Aspectos Penais da Novel Legislação

A partir da leitura da obra "Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas"[15], de Carlos Bacila e Paulo Rangel, neste tópico- passando pelo próximo, serão apresentados alguns pontos penais e processuais penais da Lei em análise com o intuito de evidenciar a falta de parâmetros no que tange às penas impostas, à desproporção nessa cominação, desaguando na ausência de critérios objetivos para caracterizar usuário/traficante; além das diversas críticas de que essa norma é destinatária.

O primeiro ponto aqui tratado refere-se a uma das majorantes estabelecidas no artigo 40 do diploma em análise:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;[16]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Verifica-se, portanto, que o artigo 40 previu um aumento de um sexto a dois terços da pena para algumas hipóteses verificadas dos tipos dos artigos 33 a 37 desta Lei, que são justamente as condutas mais graves e que se referem ou circundam o tráfico de drogas e que vão desde o tráfico e similares (art. 33) até a colaboração mediante informação (art. 37), e estão incluídos na possibilidade de aumento de sanção, desde que preenchidos os requisitos adiante comentados, aplicando-se nesse caso na terceira fase do cálculo da pena, depois de estabelecida a pena-base (primeira fase), calculadas as atenuantes e agravantes (segunda fase), daí então incide o referido aumento de pena (terceira fase).

Como dito, uma dessas majorantes merece especial atenção. Consoante entendimento de um dos autores da obra aqui adotada, Carlos Bacila[17], o inciso III prevê o aumento de pena para um número enorme de lugares, "deixando de fora praticamente o espaço aéreo". Interessante notar que o legislador lembrou de muitos lugares sociais que tornam mais reprováveis as ações do tráfico, mas talvez por estar sendo conduzido por estigmas deixou de mencionar o lugar mais importante: "o lugar pobre".

Não se trata de novidade alguma, é nas favelas, nos bairros esquecidos pelo Estado, nas regiões da fome e da desesperança onde se deveria reprimir o tráfico de drogas, sem contudo reprimir os habitantes pobres, oferecendo-se para estes últimos a proteção contra agentes do tráfico. Nas palavras do autor em destaque:

Mas, é claro, como é forte a idéia de que o Estado/Polícia deve sempre invadir as áreas pobres para combater o crime, esquece-se dos milhões de seres humanos que tanto precisam da polícia, da escola, da praça pública, do cinema, da inclusão social, da aceitação plena etc. Mas a adoção de meta-regras/ estigmas transforma pessoas em seres estranhos, vizinhos em *outsiders*, irmãos em estigmatizados. [18]

Tal dispositivo e sua interpretação doutrinária deixam claro que o sistema penal, especialmente a Lei de Drogas, é permeado de ideias seletistas e que estão longe de serem afastadas do ordenamento jurídico.

O segundo ponto que merece ênfase refere-se a minorante prevista no artigo 41 da mesma Lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.[19]

Ainda na visão de Carlos Roberto, tem sido objeto de muitas críticas o instituto da delação de pessoas por um dos autores ou partícipes para apurar a total autoria e participação do crime e consequentemente beneficiar o delator, *in verbis:*

Como pode ser justificado no plano ético que alguém pratique um crime grave e seja ainda beneficiado para trair os seus antigos parceiros? A explicação no plano estatal está na precariedade dos meios para investigar e a procura de um caminho fácil para a possível identificação de outros autores e partícipes. Só que a falta de uma investigação criteriosa e científica e a confiança na palavra de um dos envolvidos têm levado a inúmeras injustiças e vinganças pessoais. Por que a palavra de um dos autores é confiável para caracterizar a criminalidade dos demais? Ainda que aceita nos tribunais como válida a delação para fins de prova e fins de premio ao delator, ela só pode ter sentido prático se corroborada por outras provas materiais: ALFONSO delata REMO e diz que ele transporta cocaína no interior do pneu do carro. Uma afirmação dessa só pode ter credibilidade se acompanhada de outros elementos probatórios, [...].[20]

Outro dispositivo da Lei º. 11.343 que merece especial atenção apresenta o seguinte teor*: "*Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."[21]

Tal preceito é a expressão maior da atuação da seletividade penal na Lei de Drogas e do inegável poder atribuído ao julgador no momento da quantificação da pena, já que os critérios para essa fixação são extremamente amplos e não limitam o poder de atuação do aplicador do direito. É importante destacar o seguinte fragmento:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Quanto à **personalidade(?)** e à **conduta social do agente(?)**, o legislador andou mal, aliás, saiu-se muito mal. Em primeiro lugar, porque a personalidade é um dos conceitos mais complexos da humanidade, [...]. Imagine o leitor a dificuldade de formulação, compreensão e aplicação de um conceito de 'personalidade' para determinar a pena. Na verdade o julgamento do juiz é da prática de um fato criminoso e, felizmente, a tendência de muitos penalistas é de privilegiar o Direito Penal do 'fato' e não um Direito Penal do 'autor'. Nem o juiz, nem o psicólogo ou psiquiatra, tem condições de 'julgar' alguém por sua personalidade. [...] Logo, pelos motivos da inconstitucionalidade da avaliação da personalidade como critério de aplicação da pena, deve-se tratar a verificação da conduta social do autor como exigência inconstitucional. Além do mais, a própria verificação de antecedente é bastante discutível, pois tem sido utilizada para apontar a autoria de delitos em pessoas suspeitas, o que demonstra muitas vezes equivocado e, depois, ainda é utilizado para acrescentar a pena do condenado.[22]

Soma-se à tese exposta o fato de os antecedentes criminais serem utilizados para agravar a pena do condenado, violando, portanto, o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988.

Ademais, outro aspecto penal da Lei que merece ser evidenciado é o seguinte:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.[23]

Bem assim, uma questão deve ser resolvida diz respeito a (in)constitucionalidade do artigo 44, já que a Carta Magna especificou que os crimes que merecem o tratamento mais rigoroso são os de "tráfico de entorpecentes e afins". Se no caso concreto o autor demonstrar que sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

ação criminosa, por exemplo, a de colaborador como informante prevista no artigo 34, não configurou exatamente o tráfico; com base nesse argumento, seria válido o questionamento da inconstitucionalidade das fortes restrições legais previstas para os tipos de tráfico.

É inegável que a Lei nº. 11.343/2006 estabelece tratamento desproporcional aos traficantes de drogas quando comparado a outras espécies de crimes, a exemplo do homicídio, que o seu autor pode ser destinatário de uma pena menos gravosa do que à prevista para o traficante; tratando-se, pois, de uma heterogeneidade de tratamento, aberração legislativa e de um grande absurdo!

Por último, outros aspectos penais da Lei de Drogas também merecem destaque e podem ser alvo de críticas, entretanto, este trabalho não se propõe a esgotar o tema, limitando-se aos aspectos da Lei relacionados ao título do presente trabalho.

3.3 Aspectos Processuais Penais

Na mesma esteira argumentativa do tópico anterior, complementando-o, alguns pontos processuais penais da Lei de Drogas- relacionados à temática abordada neste trabalho monográfico- merecem destaque.

Primeiramente, enfatiza-se a conexão prevista no artigo 40, parágrafo 1º:

Art. 48, §1º. O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.[24]

O dispositivo legal determina que, se houver o cometimento do crime do artigo 28 (uso pessoal), que o agente seja processado e julgado nos termos da Lei nº. 9.099/1995, assim, sendo aplicados os institutos despenalizadores da composição civil e da transação penal, salvo se houver conexão com qualquer dos crimes dos artigos 33 a 37 da Lei (crime de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

tráfico e equiparados). Portanto, se houver conexão entre os crimes do artigo 28 com o 33, por exemplo, o agente responderá, por ambos os delitos, perante o rito do crime de tráfico, trata-se, pois, de grave violação ao princípio da proporcionalidade. O seguinte exemplo ilustra que tal imposição não merece prosperar, visto que dá margem à gritante injustiça e desproporção: um indivíduo é preso, de um lado, por atirar em um policial (art. 121 do CP) e estar fazendo uso de drogas (art. 28), e outro, por outro lado, é preso por fabricar aparelho para a produção de drogas (art. 34) e trazer drogas consigo para consumo pessoal (art. 28). O primeiro terá os benefícios da Lei nº. 9.099/95, mas o segundo, não. Seria no mínimo uma leviandade jurídica, um verdadeiro absurdo que fere a lógica do razoável.

Como bem se sabe, a Lei de 2006 adotou um tratamento benéfico e educativo em favor do consumidor de drogas, demonstrando sua política criminal; portanto, este não pode ser preso em flagrante delito, mas é permitido sua prisão captura, aquela que tem o escopo de levá-lo à presença da autoridade judicial.

A Lei retirou do delegado de polícia, em tese, o princípio da autoridade, ou seja, o usuário da substância ilícita é levado, imediatamente, à presença do juiz competente, e não mais do delegado de polícia. Nas palavras do autor acima mencionado: "Grave erro e inútil medida, considerando as dimensões do Brasil, pois não há juiz, 24 horas por dia, no JECRIM e nem JECRIM em todos os Estados"[25].

Pois bem, indaga-se: será o policial (civil ou militar) que encontrar o consumidor com a droga, quem deverá fazer a análise do enquadramento no artigo 28 ou no artigo 33, por exemplo? Apesar de a lei estabelecer que a autoridade judicial que fará essa subsunção, a realidade fática vai na contramão do quanto estabelecido pelo legislador, por ausência de estrutura do Poder Judiciário, consoante texto abaixo:

Art. 28. § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, **o juiz** atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (grifo nosso).[26]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Esse dispositivo legal também demonstra a atuação da seletividade penal na Lei de Drogas, bem como a discricionariedade do julgador, além da absoluta falta de critérios objetivos e pré-delimitados para distinguir o usuário do traficante. Os elementos postos como norteadores são inócuos, já que cada aplicador da norma poderá interpretá-lo de uma maneira diferente, posto que não estão legalmente previstos parâmetros capazes de, por exemplo, estabelecer a quantidade de drogas apta a enquadrar o agente como traficante e não, como usuário.

Nas palavras do autor em foco:

Ademais, há que se ressaltar que o sistema acusatório ficou "arranhado" ao colocarem o juiz dando capitulação do fato quando da prisão do usuário. Tudo que se quis, com a estrutura acusatória do processo penal, foi afastar o juiz da persecução penal e aí vem a Lei de Drogas e o coloca de novo nesse papel. Lamentável equívoco e, nesse aspecto, "a lei é uma droga". [27]

Ademais, é inegável que aqueles que vivem nos morros e nas favelas estão infinitamente mais propensos a serem enquadrados como traficantes, mesmo que estejam apenas consumindo a droga, já que as "circunstâncias pessoais e sociais" é fator determinante nessa diferenciação.

O próximo ponto que merece destaque é o que trata da prisão em flagrante e do laudo prévio, vejamos o comando legal:

Art. 50. §1º. Para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade de delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.[28]

O laudo é para lavrar a prisão em flagrante e também para constatar a materialidade do delito. Não há como o usuário ser levado à presença do juiz sem que se saiba se a substância com ele apreendida é entorpecente ou não. Logo, a realização do exame é obrigatória quando se tratar do artigo 28 da Lei em comento.

O laudo prévio tem a natureza jurídica de uma condição específica de procedibilidade, sem a qual não pode haver prisão em flagrante e, embora a Lei seja silente, a melhor interpretação é a de que também não pode haver o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

É mister trazer à baila o fragmento da obra de Paulo Rangel:

Pensamos que se for efetuada a prisão e/ou oferecida a denúncia, sem o laudo prévio, caberá ação de *habeas corpus* por falta de justa causa à atuação do Estado (cf. art. 648, I, do CPP). Se for na fase de inquérito, não temos dúvida em afirmar que há um vício que acarreta a sanção de nulidade, autorizando a propositura da ação de HC para que o flagrante perca seu caráter coercitivo e o indiciado seja posto, imediatamente, em liberdade, se preso estiver.[29]

Assim, enquanto não houver a comprovação da natureza da substância, não poderá, legitimamente, haver instauração do processo-crime.

4. CONCLUSÃO

Diante do conteúdo ventilado, resta claro que a Lei de Drogas em vigor é destinatária de inúmeras críticas, em que pese as inovações que com ela foram implementadas. Bem assim, o legislador olvidou fatores importantes para determinar a distinção entre usuário e traficante de drogas, concedendo ao julgador poderes demasiadamente amplos e negando a esses protagonistas um dos pilares do Direito pátrio, a segurança jurídica.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jul. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brazil**, Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. Decreto do Poder Legislativo nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaina, opio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internacao dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir, os creditos necessários [sic]. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 06 jul. 1921.

_____.Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1938. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm >. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 06 jul. 2018.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 5. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. A nova Lei de Drogas e seus reflexos na execução penal. **O Estado do Paraná**, [Curitiba], 29 jul. 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**. 2. ed. ampl. São Paulo: Método, 2008.

NOTAS:

[1] Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

[2] BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brazil**, Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 06 jul. 2018.

[3] BRASIL. Decreto do Poder Legislativo nº 4.294, de 06 de julho de 1921. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaina, opio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internacao dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir, os creditos necessários [sic]. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1921.

[4] BRASIL. Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1938. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm >. Acesso em: 06 jul. 2018.

[5] GRECO FILHO, 2009, p. 63.

[6] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jul. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

[7] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 5. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

[8] CARVALHO, 2010, p. 19.

[9] Ibid., p. 21.

[10] Ibid., p. 59.

[11] MARCÃO, Renato. A nova Lei de Drogas e seus reflexos na execução penal. **O Estado do Paraná**, [Curitiba], 29 jul. 2007, p. 01.

[12] CARVALHO, 2010, p. 69.

[13] Cf. MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**. 2. ed. ampl. São Paulo: Método, 2008.

[14] Cf. MENDONÇA; CARVALHO, 2008.

[15] Cf. BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[16] BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

[17] Cf. BACILA; RANGEL, 2007.

[18] BACILA; RANGEL, 2007, p. 151.

[19] BRASIL, 2006.

[20] BACILA; RANGEL, op. cit., p. 153.

[21] BRASIL, op. cit.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

[22] BACILA; RANGEL, 2007, p. 155.

[23] BRASIL, 2006.

[24] BRASIL, 2006.

[25] BACILA; RANGEL, 2007, p. 184.

[26] BRASIL, 2006.

[27] BACILA; RANGEL, op. cit., p. 185.

[28] BRASIL, 2006.

[29] BACILA; RANGEL, 2007, p. 197.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

O DIREITO DE GREVE, BREVE HISTÓRICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

FELIPE CESAR MICHNA: Procurador Federal. Graduação em Direito Pela UFPR.Pos Graduado em Direito Público. Pos Graduado em Direito e Processo Tributário Universidade Positivo. Membro da Comissão Da Advocacia Pública da OAB-PR Subseção de Umuarama.Participação na Obra Coletiva - Direito Financeiro - Coleção Preparando para Concursos - Ed. JUSPOVM.

RESUMO: Este artigo é um estudo do direito de greve sob o aspecto constitucional. Pretende-se demonstrar a trajetória que o instituto da greve percorreu até ser elevado à categoria constitucional em nosso ordenamento jurídico. Após a análise histórica, será demonstrado como o movimento grevista pode e deve ser pensado em consonância com os Direitos Fundamentais e Sociais constitucionalmente estabelecidos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Greve. Constitucional. Histórico. Direitos Fundamentais e Sociais.

ABSTRACT: This article is a study of the right to strike under the constitutional aspect. It is intended to demonstrate the trajectory that the institute of the strike went through until being elevated to the constitutional category in our legal order. After the historical analysis, it will be demonstrated how the strike movement can and should be thought in line with the Constitutionally and Fundamentally Established Social Rights.

KEYWORDS: Right. Strike. Constitutional. Historic. Fundamental and Social Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Histórico – 3. A Greve no Brasil – 3.1. Fundamentos - 3.2. As Constituições e a Greve - 3.3. A Constituição de 1988 - 4. Greve, Direito e Garantias Fundamentais – 4.1. A greve como um direito – 4.2. Direitos Fundamentais do Homem e a Greve - 4.3. Liberdade de trabalho e a greve – 4.4. Direitos Sociais e a Greve – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No decorrer do desenvolvimento social, democrático e econômico, o instituto da greve vem sendo consagrado como uma forma de reivindicação, objetivando melhores condições de trabalho.

O Professor José Afonso da Silva pensa a greve como um "instrumento dos trabalhadores coletivamente organizados para a realização de melhores condições de trabaIho"[1], ao passo que o Mestre Alexandre de Moraes define a greve como "um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados"[2]. Amauri Mascaro Nascimento analisa alguns autores, trazendo, desta forma, consideráveis ponderações a respeito da greve, a saber:

> "Paul Durand propõe a seguinte definição: toda interrupção de trabalho, de caráter temporário, motivada por reivindicações suscetíveis de beneficiar todo ou parte do pessoal e que é apoiada por um grupo suficientemente representativo da opinião obreira. Para Hélène Sinay a greve é a recusa coletiva e combinada de trabalho, manifestando a intenção dos assalariados de se colocarem provisoriamente fora do contrato, a fim de assegurar o sucesso das suas reivindicações." [3]

No Brasil, as primeiras constituições não tratavam sobre o direito dos trabalhadores, sendo que um dos fundamentos para essa ausência era o baixo desenvolvimento industrial existente no Brasil naquela época. Na realidade, o movimento grevista dos trabalhadores brasileiros passou a ser pensado somente na Constituição de 1937, mas não na condição de direito constitucional e sim como recurso anti-social, nocivo ao trabalho e ao capital.

A Constituição de 1946 foi a primeira a reconhecer o direito de greve, mas foi com o advento da Constituição de 1988 que o direito de greve ganhou elevação jurídica e passou a ser considerado um direito fundamental dos trabalhadores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Do exposto, o presente artigo é uma análise do direito de greve sob o enfoque constitucional. Considera uma temática que trata a greve como um direito fundamental democrático, e não apenas como um fato social presente em nossa sociedade. Pretende-se, portanto, relacionar os aspectos históricos do surgimento da greve, bem como os fundamentos que permitem tratá-la como um direito constitucional.

2. HISTÓRICO

A greve é um instituto presente e atuante na vida social brasileira. Surgiu a partir de alguns ideais reivindicatórios e ganhou força como instituto jurídico quando foi elevada a direito constitucional.

A origem do vocábulo greve ocorreu na França, mais precisamente em uma praça localizada em Paris, no ano de 1873, denominada Place de Greve. Naquele local, operários se reuniam para reivindicar melhores condições de trabalho e também para demonstrar suas insatisfações. O professor Arnaldo Süssekind ensina:

> "A história da greve, hoje reconhecida como direito do trabalhador, se confunde com a do sindicalismo. Mesmo porque ela sempre foi utilizada como um dos processos de atuação dos sindicatos, visando ao êxito das suas reivindicações em favor dos trabalhadores por eles representados. Daí porque a greve foi conceituada como delito, quando foram proibidas as coalizões operárias; tolerada, quando admitido os sindicatos; elevada, a pouco e pouco, à categoria de direito dos trabalhadores, em decorrência do reconhecimento do direito de sindicalização. No curso da história, todavia, muito antes do aparecimento dos sindicatos, eclodiram algumas greves de trabalhadores, sem que o procedimento fosse, como hoje, admitido pela ordem jurídica. Tratava-se, na verdade, mais de rebeliões ou motins; mas concerniam a aspectos da prestação de serviços, embora numa relação jurídica predominantemente escravagista".[4]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O fenômeno da greve já apresentava sinais de existência antes de 1873. A luta por direitos e melhorias já existia nas civilizações antigas, uma vez que a manifestação de movimentos com ideais reivindicatórios é uma conduta natural, ou seja, o ser humano procura se rebelar contra algo que lhe traga prejuízo ou insatisfação. Ocorre que não se poderia pensar em greve naquela época porque não existia propriamente uma relação de trabalho assalariado. Movimentos existiam; mas não existia uma fundamentação jurídica.

No século XII a.C, Ramsés Ill reinava no antigo Egito e presenciou uma espécie de movimento grevista. Denominaram-na de pernas cruzadas, uma vez que as pessoas se recusaram a trabalhar porque não receberam alimentos e vestuário que lhes tinha sido prometido. Também houve um movimento reivindicatório no Baixo-Império. Na Idade Média também ocorreram movimentos reivindicatórios, conhecidos como Jacqueire.

Em relação ao aspecto histórico, é importante ressaltar que a sociedade vive em constante evolução. Assim, os movimentos reivindicatórios que ocorriam na Idade Antiga eram violentos, correspondendo a uma correlação ao modo violento de como as pessoas eram tratadas pelo Estado.

Na Idade Média, o feudalismo expandiu suas idéias de hierarquização de trabalho, fazendo com que a sociedade aceitasse, de certa forma, o sistema vigente. Já na Idade Moderna o absolutismo ganhou força. As greves eram, portanto, repudiadas por essa ideologia, uma vez que movimentos reivindicatórios poderiam ir de encontro aos interesses do poder absoluto. Com o advento da Revolução Francesa e Industrial, dando início a Idade Contemporânea, a greve ganhou novos contornos.

Assim, a greve ou paralisação coletiva de trabalho pode ser dividida em dois períodos para um melhor entendimento.

O marco da separação é a Revolução Industrial. Antes da Revolução tem-se a chamada origem remota, na qual estavam presentes a coalizão e a resistência tópica. Após, surgiu a origem próxima, a qual sofreu grande influência da Revolução, "passando-se da coalizão para a união

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

organizada dos núcleos coletivos profissionais e da simples resistência para a reivindicação de melhoria das condições gerais de trabalho".[5]

A greve ganhou força com a Revolução Industrial, a qual proporcionou uma fundamentação material e serviu de marco divisório entre dois períodos. A Revolução Francesa propiciou amparo ideológico, ou seja:

> "O abandono coletivo do trabalho somente assumiu feições que o aproximaram das greves surgidas após a Revolução Francesa: a) na fase de decadência das corporações de ofício(séculos XV e XVI), quando os "companheiros" se rebelaram contra os "mestres" que os exploravam, sendo que alguns fundaram associações para defender seus interesses e outros abandonaram os burgos; b) na fase que se seguiu, das manufaturas monopolizadas por atos do rei, quando verdadeiros contratos de trabalho substituíram a relação medieval entre mestres e companheiros no Direito. A greve, então conceituada como direito, se processa como meio de pressão contra empregadores para a melhoria das condições de trabalho".[6]

A Revolução Industrial, de acordo com José Augusto Rodrigues Pinto, pode ser pensada como "um fato econômico que alterou profundamente o sensível tecido social e, por inevitável decorrência, o tecido jurídico das relações de trabalho humano".

Esta Revolução foi um processo ágil e que trouxe consequências até os dias atuais. Ela teve início com a substituição do trabalho humano por meios mecânicos de produção ou de transformação de bens. As obras de Montesquieu e Rousseau, anteriores à Revolução Francesa, e alguns ideais de liberdade e igualdade fundamentaram as transformações que ocorreram com a revolução industrial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Devido a força dos movimentos operários, a greve passou a ser pensada como um problema jurídico. Diante da existência deste fato social, surgiram três teorias predominantes a respeito da greve.

A primeira tolerava a greve, encarando-a, simplesmente, como um fato social. Ela não seria, portanto, conduta atentatória ao direito. A segunda teoria pensava a greve como sendo uma determinada liberdade do ser humano e a terceira teoria pensa a greve como um direito.

Interessante saber que os fundamentos do direito de greve partem da premissa muito evidente de que ele só interessa desde o momento em que a greve começou a ser pensada como direito. E isso ocorreu somente com a consolidação do movimento sindicalista, ao longo do século XIX.

Pensar a greve como um direito é algo que deve estar ligado aos aspectos sociais e econômicos da sociedade. Como direito, ela pode ser fundamentada, segundo Amauri Mascaro Nascimento, no Princípio da Liberdade de Trabalho. Este é um princípio amplo e que se liga intimamente ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Interessante ressaltar que o princípio da liberdade de trabalho só passou a ser realmente respeitado a partir da sedimentação da ideia de contrato de trabalho, quando a coerção deu lugar à autonomia de vontades entre os contratantes.

Ademais, o direito de greve é um meio de pressão, um direito negativo no sentido de não se fazer algo e apresenta um caráter instrumental, servindo para compor conflitos entre trabalhadores.

Também é importante ressaltar que a greve pode ser pensada e classificada de diversas formas. Conforme entendimento do Professor Amauri Mascaro Nascimento, as greves podem ser legais ou ilegais, com ou sem abuso de direito. De acordo com o objeto, elas podem ser políticas, de solidariedade ou impróprias.

As greves políticas têm por objeto o fato de se impor aos atos praticados pelo poder governamental. Nesse caso, o movimento grevista se impõe ao Estado. As greves de solidariedade ocorrem quando os trabalhadores de determinada categoria aderem à paralisação exercida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

por trabalhadores pertencentes a outra categoria profissional. Nessa modalidade, o empregador sofre prejuízos sem ter culpa pelo ocorrido. Já as greves impróprias são aquelas em que os empregados cumprem a jornada que lhes foi imposta, mas trabalham de uma forma lenta e negligente. É a chamada Operação Tartaruga. Assim, o direito de greve tem se tornado um instituto em constante crescimento em razão dos problemas econômicos e sociais existentes na sociedade brasileira. É, portanto, uma faculdade que os trabalhadores têm de pressionar ou conseguir concessões de seus patrões.

3. A GREVE NO BRASIL

3.1. FUNDAMENTOS

A greve dos trabalhadores das Oficinas das Casas Armadas no Rio de Janeiro e a greve dos pescadores do Recife, ambas anteriores a Constituição do Império de 1824, foram os primeiros movimentos noticiados no Brasil.

No período imperial, a estrutura social não proporcionava condições de normatização da greve como direito. Conforme as idéias de José Augusto Rodrigues Pinto, não trazia surpresa a falta de normas que regulavam o trabalho e a liberdade de trabalhar.

No Brasil, em 1892, surgiu o Partido Operário, o qual reivindicava direitos e condições de trabalho mais dignas.

No mundo, os ideais socialistas de liberdade se desenvolviam. A greve se tornou instrumento de luta contra as explorações, contra as desigualdades sociais e contra as condições de trabalho desumanas. Ou seja, a essência do movimento era a valorização da pessoa do trabalhador.

Com a 1º Grande Guerra, houve o crescimento das indústrias pelo mundo, inclusive no Brasil. Esta explosão industrial trouxe consequências sociais e econômicas que proporcionaram um aumento dos movimentos grevistas, como o caso da Grande Greve de 1917.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "Esta greve foi um marco nas relações entre capital e trabalho dentro daquele período da nossa história; a questão social, a partir daí, passou a ser objeto de debate tanto em relação ao Estado, quanto em relação à sociedade civil; enfim, houve uma alteração sensível nas relações entre as classes a partir daquele momento".[7]

O trecho abaixo revela a dimensão da referida greve:

> São Paulo é uma cidade morta: sua população esta alarmada, os rostos denotam apreensão e pânico, porque tudo está fechado, sem o menor movimento. Pelas ruas, afora alguns transeuntes apressados, só circulavam veículos militares, requisitados pela Cia Antártica e demais indústrias, com tropas armadas de fuzis e metralhadoras. Há ordem de atirar para quem fique parado na rua. Nos bairros fabris do Brás, Mooca, Barra Funda, Lapa, sucederam-se tiroteios com grupos de populares; em certas ruas já começam a fazer barricadas com pedras, madeiras velhas, carroças viradas e a polícia não se atreve a passar por lá, porque dos telhados e cantos partem tiros certeiros".[8]

Comprova-se, portanto, um avanço do socialismo sobre o anarquismo. Esse grande movimento de 1917 iniciou-se nas grandes fábricas têxteis de São Paulo, com a reivindicação de melhores salários e melhores condições de trabalho, mas foi controlado pela força policial.

Até 1930, período em que a greve fora considerada fato social, os governos não despendiam a necessária atenção com questões sociais e econômicas que estavam surgindo em um Brasil em franco desenvolvimento. Assim, as constituições brasileiras foram, ao longo do tempo, se adaptando e se transformando conforme os momentos sociais e econômicos vividos no Brasil.

3.2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E A GREVE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A Constituição Política do Império de 1824 era omissa em relação ao direito de greve, assim como a Constituição de 1891. A primeira, originada após a independência, foi outorgada por D. Pedro I e elaborada pelo Conselho de Estado.

Ela relacionava-se com um regime monárquico-parlamentar e não tratava dos direitos dos trabalhadores. A segunda surgiu após proclamada a República, sob a decisiva influência da Constituição norte-americana. O Estado brasileiro se tornou presidencialista e liberal, não dando ênfase aos direitos trabalhistas.

Interessante ressaltar que a não previsão do direito de greve nestas constituições fundamenta-se, entre outros fatos, no fato do Brasil possuir um baixo desenvolvimento industrial.

O Código Penal de 1890 proibia a greve na forma de seu art. 206[9]. Essa lei penal foi alterada pelo Decreto 1.162 de 1890, que deu nova redação ao art. 205 do Código Penal2°. Percebe-se, então, que após a referida alteração somente ficou proibida a greve que fosse exercida por meios violentos.[10]

Após 1930, depois de criado o Ministério do Trabalho, todas as constituições posteriores referiam-se aos direitos dos trabalhadores brasileiros.

A Constituição de 1934 demonstrava uma preocupação maior em relação ao aspecto social e econômico, mas a greve ainda não era pensada como um direito constitucional. Naquela época, a greve ainda estava se fundamentando na sociedade brasileira. A Carta de 34 apresentava um título que englobava aspectos econômicos e sociais. Fundamentou-se na Constituição de Weimar, extraindo ideais sociais e democratas, e na Constituição dos Estados Unidos da América, extraindo ideais liberais e individualistas.

A Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937 possuía essência intervencionista e tinha consagrado o Estado Novo, fortalecendo o Poder Executivo. Nesse período, a greve era tida como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

recurso anti-social e incompatível com os interesses da produção nacional. Analisando aquela Constituição juntamente com o Código Penal de 1940 percebe-se que a greve teve uma diminuição valorativa.

Em relação à Constituição de 1937, analisando seu art. 139[11], verifica-se que a Carta de 1937, espelho do absolutismo fascista, absorveu sua concepção de que toda paralisação coletiva do trabalho ou da produção deviam ser considerados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital.

Em 15 de março de 1946, o presidente Eurico Gaspar Dutra regulamentou a cessação do trabalho através do art. 10 do Decreto Lei 9.070[12]. Conforme ensina Nelson Nery Costa, houve, portanto, o reconhecimento do direito de greve, mas disciplinado com rigor. Esse decreto era tido como inconstitucional até a promulgação da Constituição de 1946.

Foi com a Constituição de 1946, promulgada por uma Assembleia Constituinte e apresentando ideais democráticos, que o direito de greve passou a ser reconhecido, embora submetido a uma regulação por lei posterior. O art 158[13] da Carta Constitucional reconhecia o direito de greve, mas uma lei deveria regular seu exercício.

Posteriormente, a Carta Constitucional brasileira de 1967 reconhecia e permitia o movimento grevista dos trabalhadores do setor privado nos termos de seu art. 157[14], salvo nos serviços públicos e nas atividades essenciais. Ela foi promulgada no governo de Castello Branco, pelo Congresso Nacional, após a Constituição de 1946 sofrer vinte e uma emendas e quatro atos adicionais. Esse texto de 1967 sofreu alterações com a aprovação da Emenda Constitucional n°.1 de 1969. Através dessa Emenda, a Junta Militar não alterou direitos trabalhistas, mas sim questões relacionadas à ordem econômica, sendo que o seu objeto principal seria a realização do desenvolvimento econômico e da justiça social."

Na realidade, pode-se pensar essa Emenda Constitucional n°.1 como sendo responsável por uma grande reformulação na Constituição, já que nem mesmo a denominação da Constituição foi mantida; de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Constituição da República Federativa do Brasil passou para Constituição do Brasil.

Devido a essa mudança de conteúdo trazida pela referida emenda, muitos juristas acreditam se tratar de uma nova Constituição. Seria, seguindo essa linha de pensamento, a chamada Constituição de 1969.

3.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 surgiu após um período autoritário e apresenta enfoque na pessoa humana, o que é demonstrado pelos inúmeros direitos fundamentais presentes no corpo constitucional. Ela é a Constituição Cidadã, elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, que teve Ulysses Guimarães como presidente.

Essa Constituição modificou alguns aspectos relacionados ao direito do trabalho e, por sua vez, ao direito de greve.

Devido ao surgimento de novas condições de trabalho, como por exemplo a diminuição da jornada, a possibilidade de turnos ininterruptos e a diminuição de salários, a negociação coletiva foi incentivada e o direito de greve ganhou grande amplitude no ordenamento jurídico atual. Mas toda essa amplitude adquirida passou a ser pensada paralelamente com a ideia de abuso de direito, possibilitando, então, a responsabilização de quem incorreu em um eventual abuso.

Assim, tendo em vista a ineficácia dos enunciados sobre o direito de greve nas constituições passadas, a Constituição atual consagrou o direito de greve, mas de uma forma que não exista abuso de direito no seu exercício.

De uma forma geral, "a constituição brasileira de 1988 consagra expressamente o direito de greve, fixando alguns parâmetros que condicionam a lei ordinária, com reserva de posições fundamentais que impedem limitações em outros níveis normativos, para garantir uma maior amplitude em alguns pontos, mas deixando espaços abertos"[15].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A Constituição de 1988 assegura o direito de greve no seu art. 9° como um direito fundamental, em contraposição à Constituição de 1967. Ou seja, em regra o direito de greve é admitido no serviço público, desde que haja uma lei especifica e também é admitido, na forma da lei, aos que desempenham atividades essenciais.

Pode-se distinguir quatro grupos de trabalhadores elencados pela CF de 88:

O primeiro grupo pode ser pensado como sendo o dos empregados de empresas privadas, das sociedades de economia mista e das empresas públicas. Estes podem exercer o direito constitucional da greve disposto no art. 9° da carta maior, mas o exercício fica condicionado à obediência da lei 7.783 de 28 de junho de 1989.

Um segundo grupo é o dos servidores públicos, tanto da administração direta como da administração indireta. Nos termos do art. 37, inciso VII da Constituição Federal, o direito de greve pode ser exercido caso exista uma lei específica, e não mais uma lei complementar como era exigido antes da Emenda Constitucional n° 19. O artigo 37, inciso VII assim dispõe: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

Aqui é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712 definiu que a lei 7.783/89 deve ser aplica à greve dos servidores públicos, desde que não haja afronte à supremacia do interesse público. Ou seja, entre outros requisitos, é imperioso que a Administração Pública seja informada com antecedência da intenção de deflagrar o movimento. Também deve ser mantido a continuidade mínima do serviço público, impedindo graves prejuízos à sociedade.

Um terceiro grupo trata dos militares das Forças Armadas. Nos termos do art. 142, IV da Constituição da República, é proibido o direito de greve a essa categoria profissional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

O quarto grupo seria composto pelos militares dos Estados, Distrito Federal e Municípios, pertencentes a Policia Militar e ao Corpo de Bombeiros.

Dessa forma, o que é constitucionalmente proibido – ao contrário da greve do servidor público civil - tem aplicação plena e imediata e não comporta interpretação, salvo quanto aos destinatários da norma proibitiva.

O caput do art. 9° da Constituição Federal assegura o direito de greve como um direito e uma garantia fundamental, sendo que o seu §1° autoriza uma lei ordinária a limitar o exercício da greve quando se tratar de atividades tidas como essenciais.

Com isso, não se pode pensar a greve como um direito absoluto, uma vez que deve existir um equilíbrio nos atos jurídicos praticados pela sociedade. Ou seja, o direito de greve deve ser exercido de uma forma condizente com a atual estrutura social existente, sob pena de configurar abuso de direito.

Verifica-se, assim, que o direito de greve ganhou amplitude com o advento da Constituição Federal de 1988. A greve não pôde ser mais pensada como um simples fato social, uma vez que é um direito fundamental e os interesses a serem discutidos podem ser escolhidos pelos trabalhadores.

4. GREVE, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

4.1. A GREVE COMO UM DIREITO

Este tópico tem por finalidade demonstrar que a greve nem sempre foi aceita como um direito. Antigamente alguns autores não consideravam a greve como um direito; ela era pensada, no máximo, como uma certa liberdade e se encontrava dificuldade para pensá-la em consonância com a liberdade de trabalho.

Dessa forma, como já foi relatado na parte inicial deste trabalho, percebe-se que o movimento reivindicatório, o qual só depois de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

1873 passou a ser chamado de greve, percorreu um longo caminho até ser aceito como direito.

Na fase antiga não era reconhecido e depois foi tido apenas como um fato social. Passou até mesmo ser considerado ato ilícito nos termos do art. 206 do Código Penal de 1890 e ganhou amplitude e elevação jurídica quando foi considerado direito fundamental pela Constituição de 1988.

Importante ressaltar que o direito constitucional de greve existente hoje no Brasil é um direito relativo, ou seja, ele deve ser exercido em conformidade com a estrutura social brasileira sob pena de configurar-se como abuso de direito.

Dessa forma, "a greve não é feita para a manutenção das normas convencionais existentes, e não seria razoável concebê-Ia dentro dos quadros definidos pelos direitos e deveres que estão sendo observados, porque a sua finalidade é exatamente a modificação desse quadro, no qual não é possível encontrar seu fundamento". [16].

Considerando-a como um direito constitucional, a greve será analisada, a seguir, como um Direito Social pertencente à categoria dos Direitos Fundamentais.

4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM E A GREVE

Na Constituição de 1988 o direito de greve está inserido no campo dos Direitos Sociais, que por sua vez é considerado um Direito Fundamental dos trabalhadores, uma vez que é um instrumento para melhorar as condições do homem trabalhador, proporcionando-lhe uma vida digna. Está, portanto, ligado a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber: dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais enumerados em nossa Constituição são conquistas recentes e podem ser pensados como reconquistas da humanidade, uma vez que esses direitos já existiam, mas foram perdidos quando a sociedade se partiu entre proprietários e não proprietários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Antigamente havia um interesse comum, uma vez que não existia a propriedade privada. Após o surgimento dela, os novos proprietários passaram a se impor sobre os demais, surgindo as grandes opressões sociais.

Diante dessas opressões, várias declarações de direitos foram sendo elaboradas. Na Inglaterra, surgiu a Carta -Magna (1215 - 1225) como um instrumento destinado a assegurar os direitos fundamentais. É verdade que ela foi destinada aos barões e aos homens livres, mas trouxe algumas contribuições relacionadas ao aspecto democrático.

Em 1776, surgiu a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, a qual tinha um aspecto democrático e uma preocupação em limitar a arbitrariedade do poder real.

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 foi a que, segundo o professor Paulo Bonavides, externou pela 1a vez a universalidade de direitos pertencentes ao ser humano.

> "Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o genero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade."[17]

A Declaração do Povo Trabalhador e Explorado, segunrlo José Afonso da Silva, repete a ideologia da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, ou seja, ela trata os direitos do homem de uma forma universal e de modo que abranja todos os trabalhadores.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Essa carta do povo trabalhador surgiu em uma época em que o homem não era pensado dentro de um aspecto econômico e social. Ele era visto como se não fizesse parte da realidade social.

Dessa forma, essa declaração não se limitara a reconhecer direitos econômicos e sociais, dentro do regime capitalista, mas a realizar uma nova concepção de sociedade e do Estado e, também, uma nova idéia de direito, que buscasse libertar o homem, de uma vez por todas, de qualquer forma de opressão.

Assim, com a sucessão dessas declarações ao longo da história, surge a Carta Constitucional de 1988 que apresenta um título denominado Dos Direitos e Garantias Individuais, o qual engloba, dentre outros direitos, os Direitos Sociais, que por sua vez engloba o Direito de Greve.

A ideia de direitos do homem, de direitos humanos e de direitos fundamentais existe com a intenção de proteger o homem do abuso do poder estatal. O Direito de Greve, por sua vez, pode ser pensado como uma forma de proteção às arbitrariedades cometidas pelos patrões.

Verifica-se que esses três termos acima citados são usados, normalmente, como sinônimos. Para O Professor Bonavides, os autores anglo-americanos e latinos preferem os termos direitos do homem e direitos humanos enquanto os alemães optam por direitos fundamentais. Este ilustre Professor entende os direitos fundamentais como sendo pressupostos essenciais para a existência de uma vida livre e digna, sendo, portanto, aqueles direitos que o direito positivo classifica como tais.

Paulo Bonavides, a partir do que sustenta Carl Schimitt, faz uma diferenciação na caracterização dos direitos fundamentais. Sob o aspecto formal, os direitos fundamentais são aqueles garantidos e especificados na Constituição. Sob o aspecto material, os direitos fundamentais seguem as ideias de cada Estado.

Para o professor José Afonso da Silva,

> "Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento juridico, 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 de homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais."[18]

Dessa forma, para José Afonso, Direitos Fundamentais do Homem seria a expressão do termo mais adequado, uma vez que une principios norteadores do ordenamento jurídico e relaciona garantias e prerrogativas de uma vida livre e digna.

O direito de greve é, portanto, garantido e especificado na constituição e relaciona-se com o aspecto democrático do Estado, conferindo uma determinada liberdade ao trabalhador.

Por conseguinte, pode-se pensar os direitos civis e políticos como direitos fundamentais de la geração (direitos de liberdade). Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem a 2ª geração (direitos de igualdade) e são uma espécie de herança socialista, enquanto que os direitos coletivos, destinado a todos os seres humanos, são tidos como direitos de 3ª geração (direitos de solidariedade). Esses direitos sociais podem ser relativos às relações individuais (art. 7° CF) ou relativos às relações coletivas (art. 9° a 11 CF).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, a greve é, conjuntamente, direito de primeira, segunda e terceira dimensão. [19]

A primeira dimensão refere-se ao direito de liberdade, uma vez que trata de um *non facere* da atividade estatal. Ou melhor, o Estado consagra direitos e liberdades existentes, permitindo, dessa maneira, que as pessoas se reúnam para fins pacíficos.

A segunda dimensão refere-se ao direito de igualdade. Neste ponto, o direito de greve existe como um instrumento que possibilita aos empregados reivindicarem melhores condições sociais aos seus empregadores, atenuando, assim, as diferenças sociais originadas de uma desigualdade econômica surgida pela diferença de distribuição de renda em uma sociedade baseada no regime capitalista.

A terceira dimensão refere-se ao direito de fraternidade, uma vez que a greve é uma espécie de uma atitude solidária. A pessoas se solidarizam em torno de ideais de paz, desenvolvimento e progresso social.

Verifica-se, então, que a nossa Constituição estabelece normas relativas aos trabalhadores no Capitulo ll (Dos Direitos Sociais), Título ll (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Ocorre que não são todas as constituições que incluem, na sua redação, as normas referentes ao trabalho. Alguns países tratam as questões relativas aos trabalhadores somente por leis ordinárias, como o caso da Constituição dos Estados Unidos.

O direito de greve, como direito fundamental que é, tem sua eficácia e aplicabilidade condicionada ao enunciado da carta constitucional.

A regra geral é que as normas relacionadas aos direitos fundamentais são de eficácia e aplicabilidade imediata, mas é importante ressaltar que a greve, sendo um direito social, depende de legislação ulterior para ser exercida. Assim, "o direito de greve é auto-aplicável, não podendo ser restringido ou impedido pela legislação infraconstitucional. Não está vedada, porém, a possibilidade de regulamentação de seu procedimento, como, por exemplo, a exigência de determinado quorum na assembleia geral, para que ela se instale".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

O direito de greve, e por consequência o direito de reunião enumerado no art. 5° de nossa constituição democrática, não são direitos fundamentais absolutos, uma vez que encontram limitações nos outros direitos enumerados na Constituição Federal.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, "os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna".

Dessa forma, existindo conflito entre dois direitos fundamentais, deve-se harmonizá-los de modo que não haja grandes prejuízos de um em detrimento de outros. Então, os movimentos grevistas não podem ir contra os direitos dos cidadãos, ou seja, deve haver um respeito aos demais direitos fundamentados pela constituição sob pena de se configurar abuso de direito.

De acordo com o exposto, o direito de greve deve ser exercido de forma coerente com a estrutura social, evitando incômodos e prejuízos à sociedade. Além disso, o direito de greve é relativo no sentido de que se deve evitar a ofensa aos outros direitos fundamentais, ou seja, o exercício do direito de greve deve respeitar a possibilidade de exercício dos demais direitos.

Finalizando este tópico, é importante ressaltar alguns aspectos que derivam da relação existente entre o direito de greve e os direitos fundamentais.

Sendo o direito de greve pertencente ao campo dos Direitos Fundamentais, os tribunais adotam procedimentos que garantem uma determinada proteção ao exercício e à efetividade do direito de greve, que por sua vez está vinculada às atividades privadas.

No setor privado o direito de greve tem aplicação imediata enquanto que no setor público há uma dependência de lei posterior – no caso, o STF já definiu que Lei 7783/89 pode ser utilizada por analogia - ,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

sem prejuízo da máxima de que o direito de greve não pode sofrer diminuição na sua essência.

4.3 LIBERDADE DE TRABALHO E A GREVE

Inicialmente é importante ressaltar que o direito de greve se liga ao direito de igualdade, uma vez que o Estado Social não busca apenas a igualdade formal, mas sim uma igualdade real que se estenda a todos, independentemente dos grupos a que pertençam.

Antigamente o trabalho era feito pelos escravos, sendo considerado pelos gregos como um castigo. Como nessa época o trabalho era pensado dentro de um aspecto pejorativo, não se vislumbrava um contrato de trabalho nem direitos e deveres.

Na Idade Média, o senhor feudal possuía grande poder sobre os servos. As corporações de ofício Iimitavam e regulavam todos os ofícios, não permitindo que os próprios homens regulassem as suas relações de trabalho.

Com o fim das corporações de ofício, surgiu a primeira forma jurídica da relação de trabalho. Era a locação de serviços, que "consistia no respeito total à liberdade volitiva do trabalhador e do empregador que se obrigavam, um a prestar serviços e outro a pagar salários, porém sem outras implicações maiores quanto às circunstâncias em que isso se dava".

A Revolução Francesa consagrou o princípio da liberdade contratual. A lei Lê Chape/ier, de 17 de junho de 1791 propiciou uma liberdade para os indivíduos acordarem o salário e a jornada, sem intervenção das corporações de ofício. Tempos depois, "o declínio da liberdade contratual, com o intervencionismo jurídico, trouxe a figura do contrato de trabalho, revestindo-se de características de contrato de adesão".

Dessa forma, a liberdade de trabalho existente em nossa sociedade democrática é de fundamental importância para que o direito de greve seja exercido. Ou seja, esse direito relaciona-se ao fato de ser um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

instituto que pode ser usado para demonstrar a insatisfação quanto ao trabalho desempenhado e exigir melhores condições de trabalho.

Chamado de Liberdade de Trabalho por Amauri Mascaro Nascimento e Liberdade de Ação Profissional por José Afonso da Silva, esse instituto não é, segundo José Afonso, um direito social do trabalho, mas sim um direito individual, uma vez que o dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo.

A liberdade sindical, que abrange o aspecto organizacional e dinâmico, e a autonomia privada coletiva são outros fundamentos da greve. Hoje, ao contrário do que acontecia antigamente, quando o trabalho era executado de uma forma escrava e não era pensado como uma forma de desenvolvimento, a proteção do trabalho é assegurada constitucionalmente e está intimamente ligada com os direitos humanos dispostos na Constituição.

A Constituição de 1988 consagrou a ideia de greve como direito, devendo ser pensada em conjunto com o instituto do abuso de direito, uma vez que o direito de greve sofre limitações e pode ser declarado ilegal.

4.4. DIREITOS SOCIAIS E A GREVE

Inicialmente é interessante ressaltar que vivemos em uma sociedade flexível, que sofre transformações de uma forma muito rápida. Diante da necessidade de existir uma sociedade justa, os direitos sociais passaram a ser incluídos nas constituições, refletido, em parte, a ideia da justiça social.

A interpretação dos direitos sociais presentes na constituição deve ser cuidadosa e estar de acordo com o aspecto social da sociedade.

Em relação aos direitos sociais, o Professor José Afonso da Silva explica que "a ordem social, como a ordem econômica, adquiriu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

dimensão jurídica a partir do momento em- que as constituições passaram a discipliná-Ia sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira constituição a escrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores".[20]

Os direitos humanos ou individuais são uma espécie de comando negativo aos atos praticados pelo poder estatal, enquanto os direitos sociais impõem algumas ações ao Estado.

> "Enquanto os direitos individuais, modernamente denominados por renomados plubicistas de direitos humanos de primeira geração, são uma espécie de comando negativo imposto ao poder estatal, limitando a atuação deste em função das liberdades públicas asseguradas ao individuo, os direitos sociais, também chamados de direitos humanos de segunda geração, impõe ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do individuo. O conteúdo dos direitos individuais, portanto, é um dever de não fazer por parte do Estado em prol de certos interesses ou direitos, como o direito à vida, à liberdade nos seus multifários aspectos (locomoção, expressão, religião, organização de grupos), ao passo que os direitos sociais constituem um dever de fazer, de contribuir, de ajudar, por parte dos Órgãos que compõe o Poder Público"[21].

Os direitos sociais são prestações positivas prestadas pelo Estado, direta ou indiretamente, aptas a trazer melhores condições de vida aos necessitados, tudo em busca da diminuição da desigualdade social.

Conforme o sustentado pelo Professor José Afonso da Silva, podemos agrupar os direitos sociais em cinco grandes grupos:

1. Direitos Sociais relativos ao trabalhador (direito de greve);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

2. Direitos Sociais relativos à seguridade social;

3. Direitos Sociais relativos à educação e cultura;

4. Direitos Sociais relativos ao meio ambiente;

5. Direitos Sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso.

Para Alexandre de Moraes, "os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista"[22].

Os direitos sociais relativos aos trabalhadores dividem-se, conforme a Constituição Federal, em duas categorias. A primeira trata das relações individuais de trabalho (art. 7°) e a segunda refere-se aos direitos relativos coletivos dos trabalhadores (arts. 9° a 11), sendo que o direito de greve pertence a esta categoria.

A liberdade de atuação é o fator que possibilita que o sindicato realize as suas funções de uma forma autônoma, sem a intervenção do poder público na sua organização e funcionamento. Dessa forma, os sindicatos não estão mais sujeitos às vontades do Ministério do Trabalho ou de qualquer outro Órgão. Essa vinculação da greve e da liberdade de atuação fica nítida quando José Afonso da Silva aponta a greve como um instituto que se "desencadeia e se desenvolve sob a égide do poder de representação do sindicato, pois é um instrumento dos trabalhadores coletivamente organizados para a realização de melhores condições de trabalho para toda a categoria profissional envolvida".

Além disso, a greve é tida pelo Professor Jose Afonso não apenas como um simples direito fundamental. Além de fundamental, ela é um direito instrumental e está relacionada às garantias constitucionais, "porque funciona como meio posto pela Constituição a disposição dos trabalhadores, não como um bem auferível em si, mas como um recurso de última instância para a concretização de seus direitos e interesses".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Pode-se dizer, então, que a greve é garantia constitucional no sentido de ser um meio usado para fazer valer os direitos constitucionais enumerados na Constituição da República, sendo que as garantias constitucionais podem ser, segundo o professor José Afonso, individuais, coletivas, politicas e sociais. Em razão de todo o exposto, fica claro que esta última garantia é a que tem uma ligação mais intima com o direito de greve.

5. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto no presente estudo, verifica-se que a greve é um direito social, mas foge, de certa forma, à regra geral. Isto porque a greve não é propriamente uma prestação positiva do Estado, mas sim um direito-garantia, um instrumento que possibilita a reivindicação de melhores e mais dignas condições de trabalho. A greve é, portanto, um direito que permite um não fazer. Sendo um dos direitos fundamentais aplicáveis a todos os trabalhadores, a greve concretiza-se em um instrumento que contribui para a manutenção de um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, Ricardo Marcelo; GALEB, Maurício. A Greve Geral de 17 em Curitiba: Resgate da Memória Operária. Curitiba: Ibert, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A Greve Como Direito Fundamental. Curitiba: Juruá, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Adminstrativo. São Paulo: Forense. 31ª ed. 2018.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 3 ed. Rio de Janeiro Renovar, 2004.

NOTAS:

[1] SILVA, Jose Afonso. Curso de Direito Constitucional. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

[2] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

[3] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 289

[4] SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro. 3 ed. Renovar. 2004.

[5] PINTO, José Augusto Rodrigues. Direito Sindical e Coletivo Do Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 305.

[6] SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro. Renovar. P. 460-461. 2004.

[7] FONSECA, Ricardo Marcelo e GALEB, Maurício. A Greve Geral de 17 em Curitiba: Resgate da Memória Operária. Curitiba. Editora IBERT, 1996, p. 56.

[8] DIAS, Everaldo. São Paulo, 1917: A Primeira Grande Greve Brasileira. Disponível em: wvwv.histÓrianet.com.br/conteúdo/default.asp×?código=55> Acesso em 22 jun. 2018.

[9] Código Penal de 1890, art. 206: "causar ou provocar a cessação de trabalho, para impor aos operários ou patrões aumento ou diminuição do sen/iço salario. Pena - Prisão celular por um a três meses".

[10] Decreto n°. 1.162, de 12.12.1890, que deu nova redação ao art. 205 do Código Penal de 1890: "desviar os operarios ou trabalhadores por meio de ameaças, constrangimentos ou manobras fraudulentas. Pena - de prisão celular por um a três meses, e de multa de duzentos a quinhentos mil réis".

[11] Constituição Federal de 1937, art. 139: "para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional".

[12] Decreto n°. 1.162, de 15.03.1946, art. 10, caput: "a cessação do trabalho, em desatenção

aos processos e prazos conciliatórios ou decisórios previstos nesta lei, por parte de empregados em atividades acessórias e, em qualquer caso, a cessação do trabalho por parte de empregados em atividades fundamentais, considerar-se-á falta grave para fins devido e autorizará a rescisão do contrato de trabalho".

[13] Constituição Federal de 1946, art. 158: "É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará".

[14] Constituição Federal de 1967, art. 157: "A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, co base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; Il - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; § 7° - Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.

[15] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª Ed.São Paulo: Saraiva, 2014.

[16] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

[17] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31ª ed. São Paulo; Malheiros, 2016.

[18] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

[19] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A Greve Como Direito Fundamental. Curitiba: Juruá, 2000. p. 24.

[20] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

[21] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e Direitos Sociais dos Trabalhadores. São Paulo: LTr, 1997.

[22] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ESPECIFICIDADES DO PRINCÍPIO DO DEFENSOR NATURAL

SILVIA PRIMILA GARCIA RASKOVISCH: Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

1. Introdução

A Defensoria Pública é um órgão essencial à justiça, tendo por finalidade institucional prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

O princípio do defensor natural consiste em que o Defensor Público não poderá ser afastado arbitrariamente dos casos em que deva oficiar, de acordo com critérios legais estabelecidos anteriormente, de maneira que apenas os membros da Defensoria Pública que tiverem atribuições predeterminadas é que poderão atuar nos casos a que forem submetidos.

O assistido terá direito ao patrocínio de seus interesses pelo defensor natural, conforme artigo 4º-A da Lei complementar n 80/94.

> Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
>
> I – a informação sobre: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
>
> a) localização e horário de funcionamento dos órgãos da Defensoria Pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
>
> b) a tramitação dos processos e os procedimentos para a realização de exames, perícias e outras providências necessárias à defesa de seus interesses; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
>
> II – a qualidade e a eficiência do atendimento; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

> III – o direito de ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação pelo Defensor Público; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
>
> IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
>
> V – a atuação de Defensores Públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Nesta senda, segundo Sérgio Luiz Junkes[1], analogicamente ao Princípio do Promotor Natural, o Princípio do Defensor Natural veda que o Defensor Público seja afastado de casos em que, por critérios legais predeterminados, deveria oficiar. Tal como o do Promotor Natural, esse Princípio apresenta dupla garantia, uma vez que se dirige tanto aos membros da Defensoria Pública, como, para a Sociedade.

Ademais, trata-se de princípio relacionado, diretamente, com os princípios institucionais da Defensoria Pública, quais sejam, unidade, indivisibilidade e independência funcional, insculpidos no artigo 3º da Lei Complementar n 80/1994.

Nesse contexto, pretende-se avaliar, a um só tempo, o alcance do princípio do defensor natural, seja como direito dos assistidos ou, ainda, como ferramenta com vistas à consecução dos princípios a garantias da defensoria publica.

2.Da relação entre o princípio do defensor natural e as garantias da Defensoria Publica

Consagrado expressamente na LC 80/94 como um direito do usuário, o princípio do defensor natural significa que o usuário do serviço será assistido pelo defensor público que, nos termos da lei e das normas de organização interna, tem atribuição para tanto. Trata-se de princípio dirigido não só ao assistido, mas também ao defensor público, tanto que é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

decorrência da inamovibilidade, pois também garante que este não seja removido arbitrariamente do exercício de suas funções.

O mencionado princípio traz consigo tanto uma garantia para o próprio defensor público quanto para o assistido da Defensoria Pública, possuindo, portanto, uma dupla destinação subjetiva. Para o defensor público, o princípio do defensor natural, conforme já dito anteriormente, o protege contra ingerências indevidas no seu trabalho pela Administração Superior da Defensoria Pública, estando a salvo, portanto, de remoções arbitrárias decorrentes do seu modo de atuar, razão pela qual o princípio em estudo protege diretamente duas garantias dos defensores públicos: a inamovibilidade e a independência funcional.

Frise-se, ademais, que tal princípio encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante julgados abaixo colecionados.

EMENTA 01

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO DATIVO. AUSÊNCIA DE CONSULTA AO RÉU. DEFENSOR PÚBLICO NATURAL. DEFENSORIA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO AD HOC. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, config urada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.
>
> II - É direito de todo reu, mesmo revel, constituir advogado de sua preferência. A precipitada nomeação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

automática de defensor dativo, no lugar do advogado constituindo que não compareceu a audiência de instrução e julgamento, sem se tentar intimar o acusado, caracteriza nulidade, em principio, insanável (precedentes).

III - A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

IV - São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos, o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural (artigo 4º-A, IV, Lei Complementar nº 80/94).

V - No caso dos autos há violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do defensor público natural, tendo em vista a nomeação de defensor ad hoc para realizar audiência de instrução e julgamento ao invés de tentar intimar o acusado para constituir novo advogado ou preterindo o Defensor Público Estadual com atribuição para atuar no juízo coator.

Habeas corpus não conhecido. Concedo, todavia, a ordem de ofício, para para anular o processo a partir da audiência realizada no dia 16 de outubro de 2014, para que se permita ao acusado constituir novo procurador e, em caso de inércia, seja intimada a Defensoria Pública Estadual para realizar a defesa do paciente.

(STJ. HC 332895 / SC. T5 - QUINTA TURMA. Ministro FELIX FISCHER).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

EMENTA 2

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DEFENSOR PÚBLICO NATURAL. DEFENSORIA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO AD HOC. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

I - A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

II - São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos, o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural (artigo 4º-A, IV, Lei Complementar nº 80/94).

III - Os Defensores Públicos não são advogados públicos, possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição Federal.

IV - Na linha da jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal e desta eg. Corte, "O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é nulo o processo quando há nomeação de defensor dativo em comarcas em que existe Defensoria Pública estruturada, só se admitindo a designação de advogado ad hoc para atuar no feito quando não há órgão de assistência judiciária na comarca, ou se este não está devidamente organizado na localidade, havendo desproporção entre os assistidos e os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> respectivos defensores. Precedente" (HC n. 337.754/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 26/11/2015).
>
> V - No caso dos autos há violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do defensor público natural, tendo em vista a nomeação de defensor ad hoc para realizar audiência de instrução e julgamento ao invés do Defensor Público Federal que já patrocinava a causa.
>
> VI - As pessoas assistidas pela Defensoria Pública são vulneráveis e deve ser assegurado seu direito de realizar a audiência prévia, a orientação para o interrogatório e as perguntas que serão feitas para as testemunhas (realizadas pela defesa técnica) com seu DefensorPúblico natural.
>
> Recurso ordinário em habeas corpus provido.
>
> (STJ. RHC 61848 / PA. T5 - QUINTA TURMA. Ministro FELIX FISCHER).

São princípios gerais institucionais da Defensoria Pública, conforme art. 3º da Lei Complementar nº 80/94: unidade, indivisibilidade e a independência funcional.

A unidade consiste em que a Defensoria Pública é um todo orgânico, de maneira que seus membros integram um só órgão, sob uma só direção. O art. 2º da Lei Complementar 80/94 pretende passar a idéia de unidade ao prescrever que "A Defensoria Pública abrange: I - a Defensoria Pública da União; II - a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; III - as Defensorias Públicas dos Estados."

No que concerne à proteção da inamovibilidade, importante ressaltar que o princípio do defensor natural impede não apenas remoções territoriais arbitrárias, isto é, a retirada do defensor público da comarca X para a comarca Y, mas também remoções funcionais descabidas, que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

ocorreriam com a retirada do defensor público do seu ofício ou núcleo, por exemplo, de execução penal, para lotá-lo num ofício ou núcleo de atuação na área de família.

Veja-se, portanto, que a inamovibilidade não se dá apenas na localidade, estendendo-se também para o órgão funcional ocupado pelo defensor público. Para o assistido, o princípio do defensor natural age e o protege em dois momentos: no primeiro, garante que o defensor público responsável por acompanhar o seu caso foi escolhido por critérios objetivos previamente fixados, eliminando, portanto, qualquer chance de ser defendido por alguém cuja designação para atuar tenha decorrido de perseguição ou tenha natureza política. E, no segundo momento, garante que o defensor público com o qual já confidenciou os fatos e eventuais segredos sobre o caso, e com o qual já criou uma relação de confiança, não será arbitrariamente removido do processo.

Por fim, não há qualquer conflito ou incompatibilidade entre os princípios da indivisibilidade e do defensor natural. Na verdade, o princípio do defensor natural limita e condiciona o princípio da indivisibilidade, admitindo que as substituições dos membros ocorram, desde que observados os critérios legais ou de normatização interna.

3. O assistido tem direito a ser ouvido e a se manifestar previamente à substituição do defensor público que acompanha o seu caso?

Inicialmente, impende salientar que não há esse direito, já que o princípio do defensor natural limita e condiciona o princípio da indivisibilidade, proibindo somente as substituições arbitrárias do defensor natural. Neste sentido, já se posicionou o STF.

EMENTA 03

> "A Defensoria Pública é regida pelos princípios da unidade e indivisibilidade, os quais autorizam aos seus membros substituir uns aos outros no exercício de determinado processo, sendo desnecessária prévia concordância do assistido, porque a atuação da Instituição está preservada, cabendo-lhe organizar a atividade de seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

integrantes" (HC 111114, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2a Turma, julgado em 24/09/2013).

Entendimento contrário a este, além de forçar uma compreensão equivocada do princípio do defensor natural, pessoalizando de forma excessiva a relação entre defensor e assistido, ainda colocaria em risco o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5o, LXXVIII, da CF), já que qualquer afastamento do defensor natural demandaria um imenso esforço da Defensoria Pública para notificar os respectivos assistidos e lhes conferir o direito de manifestação, algo definitivamente irrealizável com a estrutura precária da grande maioria das Defensorias Públicas.

Da mesma forma que o princípio do defensor natural limita e condiciona o princípio da indivisibilidade, a recíproca também ocorre, pois o caráter indivisível da Defensoria Pública fundamenta a estruturação da carreira em categorias ou níveis de atuação dos seus membros, implicando em divisão de atribuições que, em regra, acompanham o critério de competência do órgão jurisdicional a que está vinculado.

Assim sendo, pode ocorrer de o assistido ter mais de um defensor natural na tramitação do seu processo. Um exemplo extraído da prática penal: o assistido terá o seu defensor natural que irá atuar no caso em primeira instância e, havendo a interposição de recurso de apelação contra a sentença penal condenatória, o assistido terá outro defensor natural, conforme regras prévias de distribuição, que atuará perante o Tribunal. Caso mantida a condenação e interposto eventual recurso extraordinário ou recurso especial, o assistido poderá ter um terceiro defensor natural, responsável pela atuação perante Tribunais Superiores, nada impedindo, ainda, que, transitada em julgado a condenação, o assistido tenha um quarto defensor natural, com atribuição para atuar na fase de execução da pena.

Merece atenção o art. 128, XII, da LC 80/94, pois que prevê a prerrogativa de o Defensor Público deixar de patrocinar ação, quando manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando ao Defensor Público Geral as razões do seu proceder. Se houver discordância quanto às razões apresentadas, pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

propor a ação ou designar outro Defensor Público para que o faça. Trata-se de uma prerrogativa, mas, ao mesmo tempo, é um reflexo da independência funcional.

Se o Defensor Público Geral entender que o defensor usou da independência funcional de forma equivocada, pode representá-lo na Corregedoria, mas não pode obrigar o defensor a atuar. Outro defensor tem que ser designado, que age como *longa manus* do Defensor Público Geral, consoante artigo 28 do CPP. Há autores, como Franklin Roger, que defendem que esse novo defensor designado pode se negar a atuar.

4. Conclusão

Pelo exposto, observa-se que o princípio do defensor natural encontra previsão, expressa, no artigo 4º-A, da Lei Complementar n 80/94.

Caracteriza-se, a um só tempo, como direito dos assistidos da defensoria pública e garantia de seus membros. No primeiro caso, há certeza de que os direitos dos assistidos serão defendidos pelo defensor público previamente estabelecido, em norma internas, de cunho administrativo. Na segunda hipótese, garante-se, aos defensores públicos, a observância das garantias de inamovibilidade e independência funcional, indispensáveis à atuação isenta de suas funções.

Infere-se, ademais, que o presente princípio encontra guarida na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Decorre, em verdade, das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5º, LIV e LV da Carta Maior. Caso violado o princípio do defensor natural, restará caracterizada a nulidade do processo.

Verifica-se, por fim, que o direito ao princípio do defensor natural não confere ao assistido a possibilidade de manifestação prévia à substituição entre defensores públicos – consectário do princípio da indivisibilidade – sob pena de restar inviabilizada a atuação da defensoria pública.

Nota:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

[1] JUNKES, Sérgio Luiz. Defensoria pública e o princípio da justiça social. Curitiba: Juruá, 2006.. p. 104.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

TALIDOMIDA E ZIKA: O QUE ELAS TÊM EM COMUM? UMA DISCUSSÃO NA PERSPECTIVA PREVIDENCIÁRIA

PRISCILA MACHADO DE ALMEIDA DUARTE DE SOUSA: Advogada. Formada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Possui MBA em Gestão de Pessoas pela PUC-RIO. Atualmente cursa especialização em Direito do Trabalho na PUC-MINAS e em Direito Previdenciário no Legale/SP.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo principal analisar o benefício de assistência social concedido às crianças vítimas do vírus da zika que vieram a desenvolver microcefalia. Em paralelo, analisa os benefícios concedidos às crianças vítimas da "síndrome da talidomida". Destaca o fato de ambas as doenças serem fruto de uma omissão do Estado que gerou danos permanentes e irreparáveis a essas crianças. Porém, enquanto os "filhos da zika" tiveram concessão de um benefício limitado ao prazo de 3 (três) anos, aqueles que foram vitimados pela "síndrome da talidomida", possuem de forma acertada, dentre outros direitos, um benefício vitalício, indenizatório nos moldes de pensão especial. Com relação ao benefício concedido aos "filhos da zika", disserta sobre a lei n° 13.301/2016 que condiciona o recebimento da prestação às regras da lei n° 8.742/1993 (LOAS), dessa forma, torna como critério obrigatório para a concessão do benefício, uma renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo nacional. O presente trabalho defende a necessidade de uma norma específica prevendo criação de um benefício para as crianças acometidas pela microcefalia devido à zika, em moldes similares aos benefícios concedidos as vítimas da talidomida: um benefício indenizatório, vitalício, não limitado por renda familiar a ser concedido como pensão especial.

Palavras-Chave: Zika. Microcefalia. Pensão Especial. Omissão do Estado. Síndrome da Talidomida

Abstract: The main objective of this study is to analyze the social assistance benefits granted to children who developed microcephaly as a consequence of their mothers infection by zika vírus. In parallel, it analyzes the benefits granted to children who were victims of "thalidomide syndrome". It

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

highlights the fact that both diseases are a result of an State omission that has caused permanent damage to these children. However, while the "sons of zika" were granted with a benefit limited to a period of three (3) years, those who were victims of "thalidomide syndrome" possess, among other rights, a lifetime benefit. About the benefit granted to the "sons of zika", it discusses law N° 13.301/2016 that conditions the benefit to the rules of law N°. 8.742/1993 (LOAS) thus, it is a mandatory criteria for receiving the benefit that a family can only have an income smaller than ¼ of the national minimum salary. The present work supports the need of a specific rule for the creation of a benefit for children affected by microcephaly due to zika virus, similar to the benefit granted to the victims of thalidomide syndrome: an indemnity benefit, for life, not conditioned to the family incomes, to be granted as a special pension.

Keywords: Zika. Microcephaly. Special Pension. State omission. Thalidomide Syndrome.

Sumário: Introdução. Zika Vírus e seu aspecto social. Proteção social as "mães e filho" da zika. O caso da talidomida. Conclusão.

Introdução

Desde o século XIX, o Brasil sofre com as doenças transmitidas pelo mosquito *aedes aegypti*. Naquele período, a febre amarela era a principal preocupação. À época, o Brasil iniciou uma grande campanha de erradicação do mosquito e em 1955 o país se viu livre desse inseto9.

9 TEIXEIRA, M. G.; BARRETO, M.L. "Porque Devemos, de Novo, Erradicar o Aedes Aegypti". Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, vol.1, no.1, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81231996000100122&script=sci_arttext>. Acesso em 09 de março de 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Porém, os esforços brasileiros foram vencidos pela negligência de outros países que não controlaram os focos de proliferação do mosquito em seus territórios. Assim, em 1967, constatou-se novamente a presença do *aedes aegypti* no Brasil.

Em 1981, na cidade Boa Vista, Roraima10, foi confirmada a primeira epidemia de dengue11 em território nacional. Desde então, os brasileiros continuaram a viver reféns desse mosquito. O Estado, se aquietou e negligenciou as políticas de controle do *aedes aegypti*.

A reprodução desse mosquito, é uma questão de saúde pública. A evolução da incidência das doenças provocadas pelo *aedes aegypti* no Brasil, é um caso de omissão das autoridades no combate ao mosquito: omissão na fiscalização12, omissão no tratamento dos doentes13, omissão no emprego dos mecanismos de controle (como por exemplo, o carro fumacê). Em 1955 conseguimos erradicar o *aedes aegypti* no Brasil, período em que o país não dispunha da evolução tecnológica atual.

Evidente a omissão do Estado.

10 Idem.

11 Uma das muitas doenças transmitidas pelo *aedes aegypti.*

12 Apenas em 2016 com a Lei 13.301/2016 é que os agentes públicos começaram a poder ingressar de forma forçada em imóveis públicos e particulares em situação de abandono para verificação da existência de criadouros dos mosquitos.

13 Em 2015, quando se confirmou a alta incidência dos casos de Zika e sua relação com a microcefalia, os hospitais (públicos e particulares), não dispunham de meios para diagnosticar com precisão a doença. Muitas mulheres, em idade reprodutiva, não tiveram o diagnóstico correto da doença.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Esse mosquito é um potencial transmissor de várias doenças. Era apenas uma questão de tempo, até que mazelas mais agressivas viessem a se proliferar no país usando o *aedes aegypti* como vetor.

Zika vírus e seu aspecto social

O primeiro caso de zika14 diagnosticado no Brasil data de 2015, mas estudos mostram que o vírus pode ter entrado no país em 201315. Essa doença, para além de uma virose comum, se tornou um martírio para todas as mulheres em idade reprodutiva. Em especial, as que moram na região nordeste do Brasil, região tradicionalmente esquecida pelas políticas públicas. A zika tem causado sofrimento permanente a todas as mães, que, infelizmente, foram contaminadas pelo vírus durante a gestação ou logo antes de engravidarem16. A contaminação pelo vírus da zika, causa alterações no sistema nervoso central do feto, gerando a microcefalia, o que acaba por afetar o desenvolvimento típico da criança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

14 Doença transmitida pelo *aedes aegypti.*

15 CASTRO. F. “Zika vírus chegou ao Brasil na Copa das Confederações de 2013, aponta estudo”. Jornal Estadão, São Paulo, 24 de março de 2016. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,-zika-chegou-ao-brasil-na-copa-das-confederacoes--diz-estudo,1847690>. Acesso em 16 de março de 2018.

16 Estudos divergem sobre quanto tempo depois da contaminação pelo vírus da zika seria seguro engravidar sem o risco de o feto desenvolver microcefalia. Alguns estudos chegaram a indicar que uma gestação ocorrida em até 2 anos após a contaminação pelo vírus poderia gerar riscos ao feto, outros mais recentes, indicam 6 meses e até 2 meses como limite de segurança.

Abaixo, tabela extraída do Portal do Ministério da Saúde indicando os prováveis casos de microcefalia decorrentes de zika entre meados de 2015 quando começou o controle e final de 201717:

Tabela 1 – Distribuição das notificações de casos com alterações no crescimento e desenvolvimento possivelmente relacionadas à infecção pelo vírus Zika e outras etiologias infecciosas, segundo classificação final, entre as semanas epidemiológicas 45/2015 e 52/2017, por região e Unidade da Federação, Brasil, 2017

Região/ Unidade da Federação	Casos suspeitos em monitoramento		Classificação final					
	n	%	Em investigação	Confirmado	Provável	Descartado	Inconclusivo	Excluído/ Inativado[b]
Centro-Oeste	**1.113**	**7,3**	**230**	**240**	**19**	**416**	**16**	**192**
Distrito Federal	192	1,3	42	28	4	62	3	53
Goiás	423	2,8	49	104	2	154	11	103
Mato Grosso	429	2,8	137	77	11	171	-	33
Mato Grosso do Sul	69	0,5	2	31	2	29	2	3
Nordeste	**9.263**	**60,6**	**1.360**	**2.004**	**154**	**4.095**	**196**	**1.454**
Alagoas	600	3,9	42	95	32	270	32	129
Bahia	2.487	16,3	529	513	46	589	65	745
Ceará	790	5,2	133	163	31	393	17	53
Maranhão	477	3,1	13	203	33	162	4	62
Paraíba	1.122	7,3	198	198	11	576	-	139
Pernambuco	2.572	16,8	258	438	-	1.671	76	129
Piauí	281	1,8	10	113	-	102	-	56
Rio Grande do Norte	620	4,1	123	149	1	240	2	105
Sergipe	314	2,1	54	132	-	92	-	36
Norte	**854**	**5,6**	**316**	**191**	**2**	**278**	**3**	**64**
Acre	61	0,4	13	10	-	37	-	1
Amapá	28	0,2	5	16	-	6	-	1
Amazonas	125	0,8	11	66	1	33	3	11
Pará	139	0,9	102	22	-	5	-	10
Rondônia	130	0,8	40	30	1	51	-	8
Roraima	45	0,3	10	18	-	14	-	3
Tocantins	326	2,1	135	29	-	132	-	30
Sudeste	**3.649**	**23,9**	**925**	**584**	**162**	**1.715**	**15**	**248**
Espírito Santo	358	2,3	121	60	16	152	-	9
Minas Gerais	792	5,2	270	98	31	294	1	98
Rio de Janeiro	1.123	7,3	343	271	18	417	1	73
São Paulo	1.376	9,0	191	155	97	852	13	68
Sul	**419**	**2,7**	**38**	**52**	**2**	**286**	**-**	**41**
Paraná	65	0,4	1	6	-	53	-	5
Rio Grande do Sul	322	2,1	37	31	-	221	-	33
Santa Catarina	32	0,2	-	15	2	12	-	3
Brasil	**15.298**	**100**	**2.869**	**3.071**	**339**	**6.790**	**230**	**1.999**

Fonte: Registro de Eventos em Saúde Pública (RESP-Microcefalia). Dados extraídos em 10/01/2018 às 10h (horário de Brasília).

17 Boletim Epidemiológico – Volume 9, n° 6 – 2018 - Secretaria de Vigilância em Saúde − Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/fevereiro/20/2018-003-Final.pdf>. Acesso em 17 de março de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Importante destacar que dos 15.298 casos investigados até a publicação do relatório, 9.263 são da região nordeste (ou seja, pouco mais de 60%). Se analisarmos apenas os casos já confirmados (3.071 no total), esse índice chega a mais de 65% (2.004 casos já confirmados na região nordeste no período).

Assim, aferimos que as mais atingidas pela epidemia são as mulheres e crianças nordestinas, em sua maioria pobres[18]. Elas ocupam essa posição de destaque não apenas pelo clima da região nordeste, mas também pela falta de informação, pela falta de condições de arcar com as custas do repelente[19] e por viverem em áreas com ausência de políticas públicas de saneamento e falta de fiscalização do Estado para coibir os criadouros do mosquito.

Segundo o ex-Procurador Geral da República Rodrigo Janot: "É notório que as maiores vítimas da negligência estatal na prevenção e no combate à epidemia são mulheres pobres e nordestinas."[20]

A falta de saneamento básico é um importante fator na proliferação do mosquito, e por isso, aqueles que vivem em regiões mais pobres, estão mais expostos a infecção.

18 BRITO. D. "Documentário Mulheres do Zika". vencedor do 38° Prêmio Vladimir Herzog de Jornalismo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nG3lBsxJrY0&index=4&list=PLvMXkb8tWg0j1t7MmCErc3z8ESdcRc1so>. Acesso em 01 de março de 2018

19 Hoje, precariamente fornecido nos postos de saúde para mulheres grávidas.

20 BRASIL. Procuradoria-Geral da República, Parecer do PGR Rodrigo Janot Monteiro de Barros na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581. Brasília (DF), 6 de setembro de 2016. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df/>. Acesso em 09 de março de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Importante destacar a posição do médico Antônio Bandeira, um dos primeiros médicos a identificar o zika vírus no Brasil: *"Se em uma palavra a gente pudesse tentar resumir onde o vírus Zika poderia ser melhor controlado, eu diria no saneamento básico. Hoje, esse mosquito consegue se reproduzir em águas sujas, então, a forma de você trabalhar isso é você melhorar as condições de vida, é você ter esgotamento sanitário em 100% do país"*[21].

Após o susto inicial (2015/2016), de fato os casos da doença reduziram (2017), como demostra o boletim do Ministério da Saúde com dados atualizados até 10/01/2018[22]:

Tabela 2 – Distribuição das notificações de casos com alterações no crescimento e desenvolvimento possivelmente relacionadas à infecção pelo vírus Zika e outras etiologias infecciosas, segundo classificação final, por ano de notificação, até a Semana Epidemiológica 52/2017, 2015-2017

Classificação	Ano de notificação					
	2015		2016		2017	
	n	%	n	%	n	%
Em investigação	254	6,2	1.365	15,9	1.250	48,5
Confirmado	967	23,5	1.869	21,7	235	9,1
Provável	47	1,1	152	1,8	140	5,4
Descartado	2.276	55,2	3.856	44,8	658	25,5
Inconclusivo	95	2,3	120	1,4	15	0,6
Excluído	481	11,7	1.237	14,4	281	10,9
Total	**4.120**	**100**	**8.599**	**100**	**2.579**	**100**

Fonte: Registro de Eventos em Saúde Pública (RESP-Microcefalia). Dados extraídos em 10/01/2018 às 10h (horário de Brasília).

Essa discussão inicial é importante para entendermos que a proliferação do *aedes aegypti*, assim como o aumento do número de crianças nascendo com microcefalia, decorre diretamente de uma omissão

21 BRITO, D. "Epidemia de zika reforçou combate ao Aedes, mas saneamento ainda é problema". EBC. Campina Grande, 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/epidemia-de-zika-reforcou-combate-ao-aedes-mas-saneamento-ainda-e-problema>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

22 Boletim Epidemiológico – Volume 9, n° 6 – 2018 - Secretaria de Vigilância em Saúde − Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/fevereiro/20/2018-003-Final.pdf>. Acesso em 17 de março de 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

do Estado em realizar dentre outros, seu dever de promover o saneamento básico e a saúde.

Percebendo a existência da omissão do Estado, não podemos afastar o dever de indenizar. Importante o direito caminhar no sentido de tentar atenuar as mazelas sociais, para que de alguma forma, busque amenizar a dor e sofrimento dos cidadãos que são vítimas diárias da omissão do Estado em suas mais variadas formas.

Diante disso, importante, compreendermos, mesmo que singelamente, o que vem ocorrendo com as "mães e filhos da zika".

Essas mães, em sua maioria mulheres pobres e nordestinas, desde a contaminação pelo vírus da zika, foram obrigadas a viver suas vidas em perspectivas diferentes. Muitas reportagens jornalísticas já se dispuseram a falar sobre a vida dessas mulheres e dessas crianças.[23] Essas mães têm sido abandonadas à própria sorte. Os relatos chocam.

Muitas relatam que tiveram que parar de trabalhar para se dedicar aos cuidados da criança acometida pela microcefalia, passando a enfrentar uma rotina exaustiva em busca de tratamento, muitas vezes sem sucesso.

A omissão do Estado no controle de um mosquito causou tudo isso.

Diversos princípios e preceitos constitucionais foram feridos, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia e preceitos como o direito à prevenção de doenças, proteção à infância e maternidade, dentre outros.

23 BRITO. D. "Documentário Mulheres do Zika". vencedor do 38° Prêmio Vladimir Herzog de Jornalismo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nG3lBsxJrY0&index=4&list=PLvMXkb8tWg0j1t7MmCErc3z8ESdcRc1so>. Acesso em 01 de março de 2018

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Importante destacar trecho de reportagem publicado pela Empresa Brasil de Comunicação: "*Em Pernambuco, estado mais afetado, dados da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social corroboram a impressão inicial. Até outubro de 2016, dos 392 casos confirmados de bebês com microcefalia no estado, 223 são filhos de famílias vinculadas ao Cadastro Único de benefícios sociais. Ou seja, 57,3% deles são filhos de famílias que ganham até R$ 85 por mês e recebem o Bolsa Família. Cerca de 70% das mães dessas crianças são jovens de 14 a 29 anos, 77% são negras e 89% estariam aptas a receber o Benefício de Prestação Continuada (BPC), concedido pelo INSS a idosos ou pessoas portadoras de alguma deficiência e que ganham menos de um quarto do salário-mínimo por mês, o que equivalente a R$ 220".24*

Inicialmente, pode não parecer, mas estamos diante de uma briga necessária na esfera previdenciária.

Proteção social às "mães e filhos" da zika

Desde que a epidemia pelo zika vírus chegou ao Brasil, a preocupação com as famílias que tiveram seus filhos acometidos com a microcefalia começou.

Era evidente que, de alguma forma, o Estado precisava auxiliar financeiramente essas famílias.

24 EBC. "Um ano de zika: as mulheres no centro da epidemia". Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/o-zika-e-mulheres>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em 27 de junho de 2016, a lei n°13.301/2016 foi publicada prevendo em seu art. 18, p.3° a dilação do prazo de licença maternidade (ampliando para 180 dias) para as mães que tiveram filhos com microcefalia devido a contaminação pelo vírus da zika, garantido o recebimento do salário maternidade nesse período.

O art. 18 da lei n°13.301/2016 também dispõe sobre benefício a ser concedido pelo prazo de 3 (três) anos para a criança vítima de microcefalia. Importante destacar, que esse artigo se refere a concessão de benefício previsto no art. 20 do LOAS (lei n°8.742/1993).

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 203, V, garante o direito ao recebimento do valor de um salário mínimo mensal ao idoso e à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover seu próprio sustento nem de tê-lo provida por sua família.

Em 1993, a lei n° 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) foi publicada para definir os parâmetro para a concessão do benefício previsto no art. 203,V, da CF/1988. O LOAS passou por substancias alterações ao longo dos anos. Atualmente, para a concessão do benefício de prestação continuada, o LOAS entende como idoso aquele com idade mínima de 65 anos25 e como pessoa com deficiência "aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições

25 Conforme o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

com as demais pessoas"26, considerando impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos por mais de 2 (dois) anos.

A lei n° 8.742/1993 (LOAS) não traz critério de idade para que a pessoa com deficiência venha a receber o benefício de prestação continuada, logo, até mesmo o recém-nascido, enquadrado nos critérios para concessão do benefício, pode requerer.

A Constituição Federal indica outro critério para o recebimento do benefício, que é a falta de condição de prover o próprio sustento ou tê-lo provido por sua família (art. 203, V, da CF/1988). O LOAS, define no art. 20, p. 3° que: "Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo". Para além da discussão da constitucionalidade ou não da renda per capita trazida pela lei n° 8.742/1993 como critério para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, fato é, que o INSS adota qual requisito como parâmetro para a análise da concessão do benefício.

Assim, quando a lei n° 13.301/2016 em seu art. 18 concede benefício de prestação continuada às vítimas de microcefalia causadas pelo zika vírus nos moldes do art. 20 da lei n° 8.742/1993, ela está limitando a concessão do benefício apenas às famílias com renda per capita de 1/4 de salário mínimo.

Tal prestação é equivocada, por vários motivos: por limitar o valor do benefício a um salário mínimo, restringir seu prazo a 3 (três) anos e por ter como requisito a renda per capita familiar de 1/4 do salário mínimo.

26 Redação atual do Art. 20, p.2°, da Lei 8.742/93 dada pela Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com deficiência)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A limitação de três anos para a concessão do benefício previsto na lei n° 13.301/2016 parece incoerente, visto que, a microcefalia, se enquadra nos casos de deficiência previstos no art. 20, p.2°, da lei n° 8.742/1993 e no art. 2° da lei n° 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com deficiência), assim, com base nesse critério, seu benefício não deveria ter o limitador de três anos, deveria na verdade, perdurar enquanto a situação de miserabilidade e deficiência persistissem, como ocorre com os demais benefícios concedidos com base na lei n° 8.742/1993.

O veto presidencial ao p.1° do art. 18 da lei n° 13.301/2016, expressou que, o critério de miserabilidade previsto nesse artigo, deveria ser o mesmo da lei n°8.742/1993 e ainda reconheceu que as crianças com microcefalia, tem direito ao benefício de prestação continuada nos moldes dessa mesma lei, porém, deixou de vetar o prazo limitador de 3 anos, previsto no caput desse artigo[27].

O risco maior, é essas crianças terem o benefício cessado pelo decurso do prazo de 3 anos, nos moldes da lei n° 13.301/2016, quando na verdade, existe condição mais favorável na lei n° 8.742/1993.

A lei n° 13.301/2016 é um dos objetos da ADI 5.581 impetrada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP). Na ADI, dentre outras coisas, é questionada a exigência de comprovação de miserabilidade para a concessão do benefício. A ADI está conclusa ao Relator desde julho de 2017[28].

27 BRASIL. MENSAGEM Nº 353, DE 27 DE JUNHO DE 2016. Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-353.htm>. Acesso em 18 de março de 2018.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5581 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Disponível em: <

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A ADI 5.581 presume inconstitucional a previsão do art. 18, p.2° da lei n° 13.301/16 que aponta que o benefício assistencial não deverá ser concedido durante a licença maternidade.

Acertada essa posição, uma vez que tanto a natureza, quanto o destinatário dos benefícios são diversos. Enquanto o salário maternidade tem a mãe como beneficiária e visa suprir o não recebimento de salário no período de afastamento do trabalho, o benefício previsto no art. 18 tem como destinatário a criança acometida com microcefalia e deveria ter natureza indenizatória.

Para além disso, a previsão do Art. 18, p. 2°, da lei n° 13.301/2016 viola diversos princípios constitucionais como a promoção e integração à vida comunitária da pessoa com deficiência (art. 203, IV, CF/88); a dignidade dessas crianças e a proteção da criança e da família (203, I, CF/88).

Importante também destacar a inconstitucionalidade da exigência de renda per capita de 1/4 do salário mínimo para a concessão do benefício, visto que, assim como nos casos de concessão do benefício da síndrome da talidomida, esse também deveria ser um benefício indenizatório sem limitador de renda familiar, uma vez que, muitas dessas crianças podem vir a não conseguir desenvolver economia própria.

A vulnerabilidade financeira das famílias com crianças acometidas pela microcefalia é notória, onde os cuidados especiais que essas crianças necessitam, acaba por forçar um cuidado fora do comum da família, o que por vezes, faz que um de seus membros, em geral as mulheres, parem de laborar, para se dedicar aos cuidados do filho.

---

http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5037704 >. Acesso em 01 de março de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Atualmente, alguns projetos de lei, estão tramitando no sentido de conceder benefícios de pensão mensal às pessoas diagnosticadas com microcefalia causada pelo vírus da zika, como por exemplo, o PL do Senado n° 452/2017; PL do Senado n° 255/2016[29] e PL do Senado n° 88/2016[30].

O PL 452/2017[31], por exemplo, busca conceder benefício vitalício, mensal e indenizatório em valor a ser calculado em função da gravidade da doença. Esse projeto de lei que tramita no senado, está aguardando análise pela Comissão de Assuntos Econômicos afim de verificar o impacto financeiro da implementação dessa lei[32].

Na justificativa do PL 452/2017, o autor deixa claro o caráter indenizatório do benefício devido a ineficiência do Estado no combate ao mosquito *Aedes aegypti*. O projeto prevê que o recebimento dessa pensão especial, não irá prejudicar o recebimento de outros benefícios assistenciais ou previdenciários[33]. O PL designa que caberá ao INSS o processamento, manutenção e pagamento do benefício. Já seu custeio, virá do Tesouro

29 BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 255, de 2016. Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126198>. Acesso em 12 de março de 2018.

30 BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 88, de 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125099>. Acesso em 14 de março de 2018.

31 BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 452,2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7291673&disposition=inline>. Acesso em 01 de março de 2018.

32 BRASIL. Senado. Requerimento da Comissão de Assuntos Econômicos n° 13, de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132634>. Acesso em 14 de março de 2018.

33 BRASIL. Senado. "Projeto concede pensão vitalícia a vítimas de microcefalia causada pelo vírus zika". Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/12/27/projeto-concede-pensao-vitalicia-a-vitimas-de-microcefalia-causada-pelo-virus-zika>. Acesso em 14 de março de 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Nacional em conta orçamentária específica do Ministério do Desenvolvimento Social.

A proposta, porém, peca em prever a limitação de renda familiar para a concessão do benefício.

O caso da talidomida

A legislação brasileira prevê alguns benefícios atípicos, administrados pelo INSS, como exemplo, a pensão concedida aos ex-combatentes, aos seringueiros, as vítimas fatais de hepatite tóxica, aos anistiados, aos afetados pela síndrome da talidomida etc34.

Destacamos aqui o caso da síndrome da talidomida devido às semelhanças com os casos de microcefalia causadas pelo vírus da zika.

A talidomida é um medicamento que era consumido por grávidas na década de 60 para evitar os enjoos típicos da gravidez.

O medicamento foi desenvolvido na Alemanha em 1954. Em 1960 foram descobertos os efeitos na malformação do feto causados pelo uso do remédio, o medicamento ocasionava o encurtamento dos seus membros[35].

O Brasil, porém, proibiu a comercialização do remédio de forma tardia, por volta de 1965[36]. A demora do Estado em proibir a circulação do

34 Santos, M. F. "Direito Previdenciário Esquematizado". Coordenador Pedro Lenza. 6° Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

35 IBRAHIM, F.Z. Curso de direito previdenciário. 20°ed. Rio de Janeiro, Editora Impectus. 2015.

36 A.B.P.S.T. "O que é talidomida". Disponível em: <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em 01 de março de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

medicamento em território nacional, propiciou que mulheres gestantes fizessem uso do medicamento, causando essa malformação em seus filhos.

Em 1982, as crianças que nasceram com malformação congênita em decorrência do uso da talidomida por suas genitoras passaram a ter direito a uma pensão especial vitalícia (lei n° 7.070/82). O benefício tem natureza indenizatória, podendo assim ser cumulado com outros benefícios previdenciários, exceto aqueles decorrentes da mesma lesão. Também devido a sua natureza, sobre o benefício não incide imposto de renda[37].

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim: *"Dada a natureza indenizatória, a Pensão Especial aos Deficientes Físicos da Síndrome da Talidomida é inacumulável com qualquer rendimento, com indenização por danos físicos, com os benefícios assistenciais da LOAS ou com renda mensal vitalícia que, a qualquer título, venha a ser paga pela União; é acumulável, porém, com outro benefício do RGPS ou de qualquer outro regime".38*

A pensão vitalícia variava de meio a quatro salários mínimos de acordo com o grau de deformação gerado pela talidomida e pelo grau de dificuldades enfrentadas por essas pessoas: alimentação, higiene, deambulação e incapacidade para o trabalho[39]. Posteriormente, a lei n° 10.877/2004 vem regular hipótese de majoração do benefício à depender da idade, sexo e tempo de contribuição[40].

37 Santos, M. F. "Direito Previdenciário Esquematizado". Coordenador Pedro Lenza. 6° Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

38 IBRAHIM, F.Z. Curso de direito previdenciário. 20°ed. Rio de Janeiro, Editora Impectus. 2015.

39 Idem.

40 Idem.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A MP n° 2.187-13/2001 em seu art. 13, acrescenta o p. 2° no art. 3° da lei n° 7.070/1982, visando tutelar o direito à majoração de 25% para aquele que, afetado pela síndrome da talidomida, tenha mais de 35 anos e necessite de assistência permanente.

Diversas foram as ações contra o Estado pleiteando indenizações por danos morais para as vítimas da talidomida devido a negligência do Estado em suspender o uso do medicamento no Brasil. As constantes perdas na esfera judicial, fizeram com que em 2010 fosse aprovada uma lei prevendo uma indenização por danos morais às pessoas afetadas pela síndrome (lei n° 12.190/10)[41]. O valor da indenização é fixo em R$ 50.000 multiplicado pelos pontos indicadores da doença e o grau de dependência que resulta da deformidade física.

A pensão vitalícia da talidomida é paga pela União, tendo como gestor o INSS.

Conclusão

Evidente a semelhança entre os casos de malformação congênita devido a síndrome da talidomida e a microcefalia causada pelo vírus da zika. Em ambos os casos, estamos diante de uma negligência do Estado que gerou consequências graves para muitas famílias brasileiras.

A omissão do Estado em adotar medidas necessárias para evitar danos à população é suficiente para gerar o dever de indenizar. Não pode o Estado se escusar de sua responsabilidade. Nas duas situações, não estamos falando de dano causado mediante a uma impossibilidade estatal

41 Santos, M. F. “Direito Previdenciário Esquematizado”. Coordenador Pedro Lenza. 6° Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

de atuação, muito pelo contrário, em ambos estamos diante de casos de negligência.

Como corretamente exposto na justificação do PL n° 452/2017: "Ocorre que a erradicação deste mosquito, o Aedes aegypti, já era devida pelo Estado à cidadania há muitos anos, em razão das suas consequências danosas à saúde pública, principalmente em razão da dengue. Não se tratava e nem se trata, nem à época nem hoje, de obrigação para cujo cumprimento o Estado não disponha dos meios necessários. E mesmo que a cidadania possa ser chamada a dividir a responsabilidade com o Estado (por não fazer a parte "privada" do combate à proliferação do mosquito Aedes aegypti), ainda assim este deverá arcar com alguma responsabilidade."[42]

O legislador não pode se abster de sua responsabilidade de zelar pela reparação dos dados causados às crianças que contraíram zika devido à omissão do Estado, devendo propor benefícios mais próximos à pensão especial da síndrome da talidomida. Em ambos os casos, as crianças que sofreram os efeitos de tais negligências tiveram danos permanentes. Porém, enquanto temos acertadamente para os afetados pela síndrome da talidomida uma pensão vitalícia, para os que sofrem de microcefalia foi concedido apenas um benefício assistencial de 3 (três) anos. Essas crianças necessitam de um suporte financeiro vitalício para garantir sua dignidade.

Importante destacar, que mesmo que os afetados pela microcefalia façam jus a uma pensão sem prazo pré-determinado através do LOAS, os critérios para a concessão desse benefício, como a renda familiar per capita

42 BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 452,2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7291673&disposition=inline>. Acesso em 01 de março de 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de 1/4 do salário mínimo não deveriam ser aplicados aos "filhos da zika". Em muitos casos, à depender do grau de dano causado pela doença, essas crianças não conseguirão se inserir no mercado de trabalho e não terão a oportunidade de desenvolver economia própria. Para além disso, muitas mães, em sua maioria pobres e nordestinas, tiveram que deixar seus empregos para se dedicar aos cuidados exigidos pelo menor. Evidente o impacto na renda familiar.

A Lei n° 7.070/1982, que dispõe sobre a pensão especial para os acometidos pela síndrome da talidomida, não requer nenhum requisito de renda familiar para a concessão do benefício, tal condição também não deveria ser aplicada às crianças que sofreram de microcefalia em decorrência da zika.

Parece mais razoável, que para os afetados pela microcefalia devido ao vírus da zika, seja criada uma regulamentação específica para definir um benefício vitalício, indenizatório, concedido como pensão especial em valor a ser determinado de acordo com o grau de deficiência, nos mesmos moldes da pensão especial da síndrome da talidomida.

Ao pensarmos nos benefícios que devem ser disponibilizados aos "filhos da zika", é necessário fazermos um paralelo com os concedidos aos afetados pela síndrome da talidomida, pois ambos os benefícios decorrem de um único e mesmo motivo: danos permanentes devido a negligência do Estado que atingem fundamentalmente o feto. Assim, importante levar em conta a experiência sobre as necessidades desse menor, em parte, já aprendidas nos casos da talidomida.

Referências:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

A.B.P.S.T. "O que é talidomida". Disponível em: <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em 01 de março de 2018.

BRASIL. "Entenda mais sobre o zika: vírus é novo no Brasil e se espalhou rapidamente". Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/02/entenda-mais-sobre-o-zika-virus-e-novo-no-brasil-e-se-espalhou-rapidamente>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República, Parecer do PGR Rodrigo Janot Monteiro de Barros na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581. Brasília (DF), 6 de setembro de 2016. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df/>. Acesso em 09 de março de 2018.

BRASIL. Senado. Requerimento da Comissão de Assuntos Econômicos n° 13, de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132634>. Acesso em 14 de março de 2018.

BRASIL. Senado. "Projeto concede pensão vitalícia a vítimas de microcefalia causada pelo vírus zika". Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/12/27/projeto-concede-pensao-vitalicia-a-vitimas-de-microcefalia-causada-pelo-virus-zika>. Acesso em 14 de março de 2018.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 452,2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7291673&disposition=inline>. Acesso em 01 de março de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória n° 712, de 2016 (- Zika Vírus -). Disponível em: < https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/124652>. Acesso em 01 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5581 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5037704 >. Acesso em 01 de março de 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 255, de 2016. Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126198>. Acesso em 12 de março de 2018.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 88, de 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125099>. Acesso em 14 de março de 2018.

BRASIL. MENSAGEM Nº 353, DE 27 DE JUNHO DE 2016. Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-353.htm>. Acesso em 18 de março de 2018.

Boletim Epidemiológico – Volume 9, n° 6 – 2018 - Secretaria de Vigilância em Saúde – Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/fevereiro/20/2018-003-Final.pdf>. Acesso em 17 de março de 2018.

BRITO, D. "Epidemia de zika reforçou combate ao Aedes, mas saneamento ainda é problema". EBC. Campina Grande, 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/epidemia-de-zika-reforcou-combate-ao-aedes-mas-saneamento-ainda-e-problema>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

BRITO. D. "Documentário Mulheres do Zika". vencedor do 38° Prêmio Vladimir Herzog de Jornalismo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nG3lBsxJrY0&index=4&list=PLvMXkb8tWg0j1t7MmCErc3z8ESdcRc1so>. Acesso em 01 de março de 2018

CASTRO. F. "Zika vírus chegou ao Brasil na Copa das Confederações de 2013, aponta estudo". Jornal Estadão, São Paulo, 24 de março de 2016. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,-zika-chegou-ao-brasil-na-copa-das-confederacoes--diz-estudo,1847690>. Acesso em 16 de março de 2018.

EBC. "Um ano de zika: as mulheres no centro da epidemia". Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/o-zika-e-mulheres>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

GERAQUE, E. "Estudos veem relação entre chegada do zika e torneios realizados no país". Folha de S. Paulo, São Paulo, 13 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1718430-estudo-ve-relacao-entre-chegada-do-zika-e-eventos-no-pais.shtml>. Acesso em 03 de março de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

IBRAHIM, F.Z. Curso de direito previdenciário. 20°ed. Rio de Janeiro, Editora Impectus. 2015.

KERTZMAN, I. Curso prático de direito previdenciário. 16°ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Editora JusPodivm, 2018.

MATOSO. F. "Governo diz que pagará bolsa mensal a famílias de bebês com microcefalia". Disponível em: < http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/01/governo-diz-que-pagara-bolsa-mensal-familias-de-bebes-com-microcefalia.html>. Acesso em 18 de março de 2018.

MENEZES, Maíra. "Pesquisa revela prováveis origens do Aedes no Brasil". Portal FIOCRUZ. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ioc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2250&sid=32> Acesso em 23 de março de 2018.

PORTAL G1. "Só metade da verba para prevenção de dengue foi usada no ano passado: Brasil registra 220 novos casos de dengue por hora. Governo Federal tem dinheiro específico para programas de prevenção e combate." Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/04/so-metade-da-verba-para-prevencao-de-dengue-foi-usada-no-ano-passado.html> Acesso em: 23 de março de 2018.

PORTO, E. "Benefício pelo zika vírus". Jornal Diário do Grande ABC, 2016. Disponível em: <https://elisabeteporto.jusbrasil.com.br/artigos/372610054/beneficio-pelo-zika-virus>. Acesso em 25 de fevereiro de 2018.

PUSTIGLIONE, M. "Medicina do Trabalho e doenças emergentes, reemergentes e negligenciadas: a conduta no caso das febres da dengue, do Chikungunya e do Zika vírus". Revista Brasileira de Medicina do Trabalho, 2016;14(1):1-12. Disponível em: < http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/rbmt_volume_14_n%C2%BA_1_2842016151247055475.pdf>. Acesso em 03 de março de 2018.

SANTOS, M. F. "Direito Previdenciário Esquematizado". Coordenador Pedro Lenza. 6° Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, M. G.; BARRETO, M.L. "Porque Devemos, de Novo, Erradicar o Aedes Aegypti". Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, vol.1, no.1, 1996. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81231996000100122&script=sci_arttext>. Acesso em 09 de março de 2018.

VITTOR, A. Y. "De onde vem o Zika e por que ele é um problema no Brasil". EXAME. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/ciencia/de-onde-vem-o-zika-e-por-que-ele-e-um-problema-no-brasil/>. Acesso em 25 de fevereiro de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 874 de 06/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591325

www.conteudojuridico.com.br

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

TÚLIO JOSÉ ROCHA DE VARGAS

A LEI 8.429/92 E SUA APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS: UM ESTUDO CRÍTICO-ANALÍTICO, DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

CAMPINA GRANDE, PB
2011

www.conteudojuridico.com.br

TÚLIO JOSÉ ROCHA DE VARGAS

A Lei 8.429/92 e sua aplicação aos agentes políticos: um estudo crítico-analítico, doutrinário e jurisprudencial

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas, orientado pela Profª Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira.

CAMPINA GRANDE, PB
2011

www.conteudojuridico.com.br

Ficha catalográfica AQUI

A ficha catalográfica deve ser solicitada através do site da UEPB na seguinte página eletrônica: http://200.129.73.148/bc/component/option,com_chronocontact/chronoformname,trabalhoacademico/ . Será atendida em até 48horas úteis. Se impressa a ficha, figura no verso da folha de rosto.

www.conteudojuridico.com.br

TÚLIO JOSÉ ROCHA DE VARGAS

A LEI 8.429/92 E SUA APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS: UM ESTUDO CRÍTICO-ANALÍTICO, DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

BANCA EXAMINADORA

_____

Profª Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira / UEPB
Orientadora

_____

Profª Paula Christiane da Costa Newton / UEPB
Examinador

_____

Profº Demetrius Almeida Leão / UEPB
Examinador

CAMPINA GRANDE, PB
2011

www.conteudojuridico.com.br

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Marly Rocha Medeiros de Vargas, sobretudo pelo incentivo e apoio, DEDICO.

www.conteudojuridico.com.br

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Marly Rocha Medeiros de Vargas, além do incentivo, pela dedicação e pelo companheirismo e amizade;

À professora Flávia de Paiva, pelo incentivo durante o processo de tão competente e decisivas orientações;

Ao meu pai, Jayme Renato Pinto de Vargas, pelo seu empenho e exemplo dado ao longo de sua vida como profissional e pai;

Ao meu irmão, Luís Theófilo Rocha de Vargas, pela amizade, apoio e pelo companheirismo;

www.conteudojuridico.com.br

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/92 – aos agentes políticos, face ao controle da probidade administrativa. Neste sentido, aborda os aspectos relativos à atuação da sociedade e dos órgãos fiscalizadores, a exemplo do Ministério Público, em intentar a Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa, segundo análise feita aos posicionamentos contrários e favoráveis a sua aplicação aos agentes políticos. Configura, ainda, o resgate do cenário legal em tema de improbidade administrativa, tomando por base a legislação anterior à referida Lei, bem como a jurisprudência atual e a doutrina majoritária, considerando o panorama sociopolítico predominante no mundo atual, nesse evidenciando o ordenamento jurídico nacional e internacionalmente vigente. Trata-se de ressaltar a relevância dessa Lei frente ao fenômeno da corrupção, possibilitando discussões, reflexões e análises acerca de sua pertinência e consequente legitimidade, enquanto instrumento de sanção de caráter civil e político-administrativo. O interesse pelo estudo em pauta surgiu da necessidade de se aprofundar o tema à luz dos conhecimentos adquiridos ao longo da graduação, bem como das leituras e pesquisas de documentos oficiais, como a jurisprudência do STJ e do STF, além de outras publicações, como revistas jurídicas artigos científicos. Desse modo, o estudo se caracteriza como uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório e analítico-descritivo, tendo como foco a polêmica instalada, pela edição da Lei e sua consequente aplicabilidade, face às prerrogativas e imunidades de que dispõem os agentes políticos. Com este estudo propõe-se contribuir com aqueles que se interessam pela mesma temática, servindo de fonte de leitura acadêmica e aplicando as fontes de pesquisa para os profissionais do Direito e/ou áreas afins.

Palavras-chave: Lei 8.429/92. Aplicabilidade. Agentes políticos. Improbidade administrativa.

www.conteudojuridico.com.br

ABSTRACT

The present work aims to study the applicability of the Law of Administrative Improbity - law number 8429/92 - to the political agents due to the administrative probity control. In this sense, it approaches the aspects relative to the action of the society and de supervising organs, such as the Public Ministry, in undertaking the Public Civil Action due to the act of Administrative Improbity according to the analysis of the opposite and favorable positions in relation to its applicability against the political agents. It still configures the rescue of the legal scenario within which the administrative improbity is inserted, having as its foundation the legislation preceding the referred law as well as the current jurisprudence and the majority doctrine considering the socio-political scenario of the present world, highlighting the juridical ordainment nationally and internationally in force. It deals with emphasizing the relevance of this law in relation to the corruption phenomenon, making possible discussions, considerations and analysis about its pertinence and consequent legitimacy as an instrument of a politic-administrative and civil sanction. The interest in the present study arose from the need to deepen the issue in the light of the knowledge obtained through the under-graduation course as well as the readings and researches on official documents, such as the STJ (Superior Court of Justice) and the STF (Superior Federal Court), besides other publications such as law magazines and scientific articles. Hence, the study is characterized as a bibliographical research of exploratory and descriptive- analytical character having as its focus the polemic arisen by the edition of this law and its consequent applicability in relation to the prerogatives and immunities which the political agents afford. With this study, we propose to contribute with those who are interested in the same theme, serving as a source of academic reading and applying the research sources to the professionals of Law and/or to the relative areas. The relevance of this theme is due to the present discussion at the STF, through the reclamation number 2138, which debates the applicability of the infra-constitutional dispositive to the political agents.

Key-words: Law number 8429/92. Applicability. Political agents. Administrative Improbity.

www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO 13

2.1 RAÍZES HISTÓRICAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 15

2.2 ACEPÇÕES DE AGENTES POLÍTICOS 22

3. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O COMBATE À CORRUPÇÃO 25

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 25

3.2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO 26

3.3 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO 27

3.4 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE 27

3.5 PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA LEALDADE 28

3.6 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE 28

3.7 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 29

3.8 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA 29

3.9 PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA 30

www.conteudojuridico.com.br

3.10 PRINCÍPIO DA ISONOMIA/IGUALDADE 31

4 ANÁLISE DAS MODALIDADES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ESTUDO JURISPRUDENCIAL 32

4.1 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO 33

4.2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO 35

4.3 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 37

4.4 COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ APLICADA AOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 3

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 47

REFERÊNCIAS 49

www.conteudojuridico.com.br

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, a conduta dos agentes políticos tem sido alvo de observações e questionamentos, no que respeita ao desempenho de suas atribuições funcionais junto à Coisa Pública. Nesse sentido, já se registram, no Brasil, algumas denúncias de mal versação de recursos públicos por parte desse contingente populacional, daí derivando a prática da corrupção e a ineficiência no uso da administração desses recursos. Para combater essa prática, foi criada a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8429/92, traduzida como principal instrumento jurídico de combate ao fenômeno da corrupção, à desonestidade e à má-fé – na área da gestão pública.

Por extensão, a improbidade administrativa, exercida por agentes políticos, reflete-se no atual panorama mundial, no qual se insere o Brasil que, apesar de possuir um aparato legal capaz de combater as reiteradas práticas de corrupção em seu território, ainda age de uma forma tímida e ineficaz em alguns casos que envolvem, principalmente, a aplicação da legislação vigente, consubstanciada na Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8429/92.

Neste sentido, advoga-se a tese de que tal panorama nacional pode e deve ser modificado, pois o Brasil, um país que se encontra em pleno desenvolvimento científico, cultural, social e principalmente político-econômico, necessita administrar melhor seus recursos materiais e imateriais, valorizando o que existe de mais importante no seio de uma sociedade: a ética e a moralidade no meio político e na Administração Pública.

Embora seja uma causa de difícil alcance e que requer um esforço múltiplo e coletivo, esse objetivo traduz-se num passo fundamental ao crescimento do país, pois com a diminuição do fenômeno da corrupção e da improbidade na Administração Pública, medidas de maior alcance social podem ser implementadas. Foi editada, com esse propósito, a Lei de Improbidade Administrativa, vindo essa a regulamentar o Art. 37 §4º da Constituição Federal, proporcionando, à população, defesa aos direitos à probidade administrativa, a uma boa gestão pública e à proteção dos direitos à moralidade no trato com a Coisa Pública. O gestor público, representado pelo agente político, seja estadual, municipal ou federal, atua mediante legítimo interesse popular, que se manifesta através de ações que visem ao bem-estar e à tutela dos direitos coletivos.

Nessa perspectiva, ressalte-se que a defesa do patrimônio público, indubitavelmente, representa ponto marcante do controle a que se sujeita a Administração Pública, especialmente quando o agente público incorre em atos de improbidade administrativa que

www.conteudojuridico.com.br

causem dano ou lesão ao erário. É o que nos diz a Constituição Federal, na previsão de seu Art. 37, segundo o qual "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

Ante o exposto, fez-se necessária a análise do ponto de vista ético e moral dos princípios da Administração Pública brasileira e o estudo do entendimento da nossa Corte Suprema, acerca da aplicação da legislação existente. A finalidade da Lei de Improbidade Administrativa é a responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos (em sentido amplo), pelos atos que atingem diretamente o interesse público e ferem os princípios consagrados na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Trata-se de importante inovação legislativa consagrando a ética e a moralidade como pressupostos intrínsecos à conduta dos agentes das três esferas de Poder, possibilitando a punição baseada no princípio da isonomia, consagrado no *caput* do art. 5° da Carta Magna de 1988. Tais medidas emergiram como forma de corrigir possíveis condutas ímprobas, no cenário de ineficiências e desonestidades na gestão pública brasileira, a fim de garantir o combate de mazelas que vêm acometendo e maculando o Estado e as Instituições públicas.

Com base no exposto, este estudo nasceu do interesse em ampliar os conhecimentos de um tema ora em extrema evidência, como decorrência das necessidades e imposições do atual momento sócio-histórico, cultural, político e econômico brasileiro. É a tentativa de contribuir com os estudos já realizados, bem como provocar outros estudos, como forma de acrescer valor a quantos se afinam com o tema na área do Direito. Desse modo, preenche requisitos acadêmicos, pessoais e profissionais, na medida em que concorre para agregar valor às aquisições feitas ao longo do curso, por meio das leituras e estudos realizados.

Assim sendo, o estudo se dispõe em quatro capítulos, incluindo a Introdução, além das Considerações Finais (conclusão), momento em que se procedeu a uma retrospectiva dos caminhos empreendidos na elaboração da monografia.

No primeiro capítulo, aborda-se a conduta dos agentes públicos sob a ótica do direito comparado. Na medida em que se faz um levantamento doutrinário a nível mundial do que se entende por improbidade administrativa e ineficiência na gestão pública, remete-se de forma comparativa ao cenário nacional enquanto Estado que procura assimilar os anseios sociais e políticos, segundo a realidade normativa brasileira ante os estudos e observações empreendidos a nível global.

www.conteudojuridico.com.br

Ainda no primeiro capítulo, resgata-se o aspecto histórico da lei de improbidade administrativa, reafirmando sua importância e legitimidade em nosso ordenamento jurídico, através de um levantamento da legislação anterior à sua promulgação. Mediante análise e comentários das leis que antecederam o atual Código Geral de Conduta dos agentes públicos, fez-se uma releitura das leis que foram pioneiras em nosso ordenamento jurídico – essas revogadas –, além das leis que ainda permanecem em vigência, leis essas inspiradoras do atual mecanismo de combate legal da improbidade administrativa, concretizado na Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

Na sequência, faz-se um estudo das acepções do termo agente político, suscitando uma gama de significados e empregos do termo que hoje se insere a outros agentes públicos no estudo da lei de improbidade administrativa. Requer, na acepção do termo agentes políticos, inseri-los sob o prisma do Direito e da Lei de Improbidade Administrativa, analisando a acepção jurídica do termo e o alcance da Lei 8.429/92 frente a esses agentes públicos.

No segundo capítulo, faz-se um estudo dos princípios que norteiam o combate à corrupção em nosso território nacional, analisando de forma sucinta e objetiva cada princípio e sua função na busca por uma administração mais ética e proba da Coisa Pública. Através da análise, reitera-se a legitimidade da Lei de Improbidade Administrativa.

Já o terceiro capítulo retoma os casos de improbidade administrativa presentes na história de nosso país, analisando-se o que a jurisprudência pátria entende a respeito dos temas mais polêmicos em sede da Lei de Improbidade Administrativa, o que requer a análise dos tipos de improbidade administrativa e os sujeitos ativos e passivos que realizam e sofrem com tal prática.

O quarto capítulo, configurado como Considerações Finais, constitui-se num fecho do trabalho, através do qual se realiza uma retomada dos conceitos estudados na pesquisa, bem como reitera-se o desejo pelo aperfeiçoamento e aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa como instrumento legal de maior importância em nosso Direito Pátrio com a finalidade de combater a improbidade na administração pública.

Para elaborar a pesquisa fez-se uso da leitura de estudiosos da área do Direito Administrativo e de áreas afins, como Marino Pazzaglini Filho (2011); Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003); Fernando da Fonseca Gajardoni *et al* (2010), Hely Lopes Meirelles (2008), Fábio Medina Osório (2011), dentre outros que, com estes, mantêm relação de pertinência temática. Outros teóricos igualmente foram citados, em resposta às leituras e estudos

www.conteudojuridico.com.br

realizados ao longo do curso, fazendo-se uso inclusive de outros recursos metodológicos, a exemplo de fichamentos, resumos e resenhas de obras.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Empreender um estudo a respeito da improbidade administrativa em nível mundial significa tratá-lo e observá-lo de diferentes formas e em diversos contextos ao redor do mundo. Conforme se verifica sob a ótica do direito comparado, a expressão *improbidade administrativa*, num contexto internacional, possui uma série de significados, manifestando-se como má gestão pública, ineficiência pública, corrupção pública, desonestidade funcional, entre outras.

Neste sentido, proceder à revisão do trajeto sócio-histórico da instituição e institucionalização da lei de Improbidade Administrativa no cenário brasileiro significa retomar seu percurso ao longo da história sociopolítica brasileira, segundo os objetivos gerais e específicos que condicionaram e determinaram esta Lei em âmbito nacional.

Primeiramente, cabe remontar ao fenômeno da corrupção e tentar correlacioná-lo à improbidade administrativa num contexto global, entendendo as causas, origem histórica e fatores que forjam e suscitam a incidência mundial deste fenômeno em todas as nações ao redor do mundo.

O direito, nos dias atuais, é uma ciência que se constitui em constante transformação, pois é sabido que, historicamente, o ordenamento jurídico é uma construção que incorpora no seu próprio texto legal influências, tendências e até mesmo absorve uma variada gama de ideias e teorias que se constituem como parâmetros morais e éticos predeterminados por reflexões e análises oriundas de diferentes momentos políticos e sociais.

Desse modo, conforme apregoa Fábio Medina Osório, a respeito do cenário internacional que repercute o tema improbidade administrativa:

> “O cenário internacional oferece uma visão acerca do alcance da expressão ‘improbidade administrativa’. Com uma visão enriquecida pelas experiências comparadas, torna-se viável defender soluções tecnicamente melhor embasadas, justas, objetivas e razoáveis.” (OSÓRIO, 2011, p. 63)

www.conteudojuridico.com.br

A partir desta visão internacional da expressão improbidade administrativa, defende o autor que possamos aprimorar ou aperfeiçoar nosso estudo, analisando-se o termo improbidade administrativa e o seu alcance no direito internacional.

Numa primeira visão do direito comparado, observa-se que o Código Internacional de Conduta sustenta, com relação aos titulares de cargos públicos, que:

> "Os titulares de cargos públicos serão, de acordo com os padrões do Código Internacional, diligentes, justos e imparciais no desempenho de suas funções e, em particular, em suas relações com o público. Em nenhum momento darão preferência indevida nem discriminarão impropriamente a nenhum grupo ou indivíduo, nem abusarão de outro modo do poder e da autoridade que lhes foram conferidos. Trata-se de reconhecer um *modus operandi* imperativo aos agentes públicos em geral, sob uma perspectiva ética, no âmbito internacional, circunstância digna de destaque positivo" (OSÓRIO, 2011, p. 64).

Enumera o autor uma série de características ou qualificações dos agentes públicos ou titulares de cargos públicos, explicitando condutas essenciais ao exercício funcional dentro de suas atribuições como agentes públicos.

Nesse sentido, o que se percebe diante do cenário internacional e com base no que prevê a normativa internacional, conforme doutrina o supracitado:

> "O tratamento dispensado pela normativa internacional ao problema da má gestão pública apresenta tendência em sintonia com o desenvolvimento dos institutos e ferramentas jurídicas nacionais. A LGIA está em sintonia com as diretrizes internacionais, na medida em que consagra mecanismos de repressão aos atos culposos e dolosos, integrando-os numa visão sistêmica, coerente e harmônica, permitindo um escalonamento equilibrado e coerente de ilícitos, atentando ao postulado da proporcionalidade" (OSÓRIO, 2011, p. 65).

Na esteira deste raciocínio, observa-se que o ordenamento jurídico pátrio está em consonância com os ditames e normas oriundas da normativa internacional, o que significa uma maior possibilidade de se promover uma proteção aos direitos a uma boa gestão pública e à probidade administrativa.

Numa referência aos países europeus que primam pelo combate à corrupção e à improbidade na esfera administrativa, observa-se que, em relação ao fenômeno da improbidade administrativa:

www.conteudojuridico.com.br

> "A noção de má gestão pública, portanto, já na perspectiva do direito comunitário europeu, não pode limitar-se às desonestidades, mas sim deve alcançar casos de ineficiências. O comitê fala, além disso, de uma noção central de normas mínimas vinculando os titulares de cargos públicos e acrescenta a idéia de negligência grave. Não deixa o comitê de referir, ademais, que os deveres podem aparecer de modo implícito ou imanente ao sistema, não sendo necessário que estejam expressamente previstos nas normas" (OSÓRIO, 2011, p. 65).

Neste sentido, o autor traduz-se que o alcance de má gestão pública não se limite à simplesmente desonestidade, mas atinge de forma objetiva alguns casos de ineficiências. Isto revela um maior rigor com o qual se tratam a conduta dos titulares de cargos públicos e explica as condutas destes em relação ao trato com a Coisa Pública. Neste sentido, assinala o supracitado autor que:

> "Uma vez mais, percebemos que a tendência é o franco agrupamento das patologias da desonestidade e da ineficiência debaixo do rótulo da má gestão pública. Aliado a isto, verificamos que a idéia de normas mínimas ou centrais ocupa importante posição na configuração dos ilícitos, denotando a essencialidade de iniciativas de reconhecimento desse núcleo normativo". Osório (2011, p. 65-66):

Assim, faz-se importante assinalar que as condutas desonestas e ineficientes estão rotuladas como má gestão pública, conforme se infere da normativa do direito comunitário europeu, explicitado pelo estudo do direito comparado.

2.1 RAÍZES HISTÓRICAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa introduzida pela primeira vez em nossa Constituição republicana de 1988 instituiu uma série de normas que regulam ou orientam a ação dos agentes públicos no âmbito de seu exercício funcional, estabelecendo mecanismos de repressão e sanção a atos que causem transtorno ou atinjam a moral e a probidade administrativa.

A Lei 8.429/92 constituiu-se à época de sua edição uma importante inovação em nosso direito, porém desde o seu nascimento constitui-se como uma Lei tema de grande polêmica e calorosas discussões acerca de sua aplicabilidade, especialmente no que tange aos agentes políticos, o que mais adiante será debatido e discutido neste trabalho.

www.conteudojuridico.com.br

2.1.1 ORIGENS SÓCIO-HISTÓRICAS DAS CONDUTAS ÍMPROBAS

No contexto brasileiro, nota-se que desde os primórdios de nossa história, o termo político esteve sempre atrelado à ideia de corrupção. Nos capítulos da história do Brasil, o fenômeno da corrupção marca presença em vários momentos e começa quando do Brasil - Colônia, com a chegada de Portugal e a exploração indiscriminada de nossos recursos naturais. Assim, com a miscigenação dos povos que ocupavam o território brasileiro junto aos portugueses e aos negros oriundos do continente africano, presenciamos a absorção da cultura europeia e de sua religião, atrelada aos componentes culturais indígenas e à cultura africana.

Esta sociedade formada por diversos povos, costumes, religiões e marcada por uma diversidade étnico-social dá origem a uma nação que se traduz num intenso emaranhado de interesses políticos, explicitados em políticas de troca de favores, clientelismo, nepotismo, entre tantas outras práticas que apenas refletiam a flagrante segregação social, cultural e política entre as camadas da população.

Diante disso, a população oprimida por tais práticas foi sucumbindo aos interesses individuais de certos grupos políticos, que se constituíam em oligarquias e que se perpetuavam no poder. Com a primeira constituição de 1824, os agentes políticos tiveram uma maior responsabilização por atos cometidos contra os interesses coletivos e contrários à probidade administrativa.

Entretanto, apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988, a Administração Pública e os agentes políticos começaram a ser sistematicamente supervisionados por toda a população, em atendimento a um dos requisitos impostos pelo Estado, quanto à máxima eficiência a ser dispensada às ações dirigidas à população, tendo como consequência a satisfação do interesse público. Tal controle, conforme fora visto, é uma faculdade que está assegurada em nossa Constituição Federal, a qual confere, ao povo, o legítimo poder de se manifestar livremente acerca da atuação estatal e dos seus representantes.

Na verdade, o agente político está, hierarquicamente, numa posição elevada, no que concerne à Administração Pública, o que lhe confere uma série de vantagens e benefícios em razão do cargo que ocupam; isto significa que eles gozam de diversas prerrogativas carregando/assumindo, por outro lado, uma gama de responsabilidades e atribuições. Em meio a essas prerrogativas e imunidades, esses agentes políticos se traduzem como legítimos representantes da população, devendo, pois, agir em função dos anseios desta.

Todavia, é sabido que nem todos desenvolvem uma conduta ilibada no exercício de suas atribuições, responsabilidades e funções utilizando-se, em grande maioria, de sua posição para agir de forma errônea/distorcida no trato com a Coisa Pública. Eis que aí se questiona: como intervir na administração pública, conforme apregoa o dispositivo contido na Lei da Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429? Que mecanismos legais são conferidos à população, no que tange à faculdade de intervir na Administração Pública? Não lhe cabem e cumprem a legitimidade e a titularidade de participar diretamente de toda e qualquer decisão ou ação que envolva o interesse da sociedade? Salvo maior juízo, é o que apregoa a Constituição Federal, em seu Art. 1º, parágrafo único, do qual consta: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Nesse contexto, o povo se traduz como um agente imprescindível ao controle da Administração Pública, ante a insatisfatória e ineficiente atuação do Estado.

Nesse sentido lhe é conferida legitimidade de denunciar qualquer ato contrário à moralidade administrativa, através de ação popular, previsto no Inciso LXXIII do Art. 5º da Constituição Federal: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

A Ação Civil Pública também se constitui num importante instrumento de combate à improbidade administrativa, garantindo-se a efetiva proteção dos direitos coletivos da sociedade. Tal instrumento é cabível de ser utilizado por parte do Ministério Público, uma vez que se insere numa das funções inerentes à atuação deste, conforme prescreve o Art. 129, I e III, da Constituição Federal.

Com relação à Administração Pública, a Constituição Federal prevê no seu art. 37 que "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". Nesse sentido, a atuação da Administração Pública está submetida à observância dos princípios administrativos supracitados, sujeitando-se ao controle por parte da população ou dos órgãos competentes.

Além desses princípios explícitos no texto constitucional, há outros que não se encontram taxativamente no texto legal; entretanto verificam-se implícitos e, de modo similar aos princípios supracitados, merecem destaque no âmbito da Administração Pública, uma vez que são eles imprescindíveis à população como mecanismo de verificação e defesa de seus

www.conteudojuridico.com.br

interesses, obrigando o Ente Estatal a promover o tão propalado bem-comum e tomar iniciativas que visem à tutela dos interesses coletivos.

Na contramão dos princípios que, indiscutivelmente, servem de sustentáculo e de amparo à nossa Constituição e que norteiam a Administração Pública, deparamo-nos muitas vezes com posturas antiéticas por parte de organismos e agentes políticos que compõem a administração pública, utilizando-se de má-fé para que seus objetivos escusos sejam alcançados. Em face dessas atuações inescrupulosas, que visam simplesmente a um objetivo pessoal, senão a interesse de certos grupos é que se procurou elencar uma série de condutas consideradas ímprobas, compilando-as na Lei de Improbidade Administrativa. A Lei supracitada tem como principal beneficiário a Administração Pública e por consequência a população, pois visa à proteção dos recursos que se destinam a saúde, educação, moradia, ao patrimônio público, e que muitas vezes é financiado pela população através de contribuições devidas à Fazenda Pública, o que muitas vezes não é considerado pelo contingente político – a exemplo de prefeitos, vereadores, senadores, governadores e vices –, aos quais compete a função de propiciar que os recursos sejam aplicados em prol da população, através de obras, projetos e incentivo ao crescimento e desenvolvimento do país. Contrariamente, alguns agentes políticos deixam de executar suas funções de forma honesta, alterando o caminho pelo qual deve percorrer tal verba, sendo a mesma destinada à utilização irregular ou desviada dos cofres públicos.

Sobre tais atitudes, que muitas vezes lesam o patrimônio público, configurando-se como ameaça ao cidadão e ao erário público, é que devem atuar os órgãos competentes, de modo a fazer valer o poder do Estado em face dessas irregularidades, em respeito à sociedade como um todo, uma vez que o administrador público deve sempre atuar com vistas ao interesse público. Reiterando o que já foi dito, eis que a nossa Constituição Federal oferece, à população, diversos meios de combate a essas irregularidades, de forma a viabilizar mecanismos mais eficazes de combate à corrupção, inibindo a atuação de agentes políticos que estejam filiados à improbidade e à desonestidade no trato com a coisa pública.

Na verdade, o problema envolvendo a corrupção no Brasil não se constitui num fenômeno recente, pois desde a época do Império, onde Portugal ainda detinha o comando do nosso país, já se observavam atos de corrupção na esfera política. Tal prática tornou-se corriqueira ao longo dos anos em razão da impunidade que imperava no âmbito político-administrativo, concorrendo para que o Brasil continuasse a sofrer com o desvio de recursos

www.conteudojuridico.com.br

públicos e a prática de atos que corrompem preceitos morais e éticos que norteiam a Administração Pública.

Desde então, nossa história é marcada por graves problemas com relação à gestão dos recursos públicos, o que de certo modo tem explicação no modelo de governo adotado pelo Brasil, na época em que ainda era colônia de Portugal e se submetia a uma exploração desenfreada de seus recursos para que a metrópole fosse beneficiada. Por conseguinte, aponta-se na história do Brasil, desde essa época, um grave problema que repercutia seriamente no crescimento e desenvolvimento do país: a corrupção, fenômeno esse que vem, desde os séculos passados, tomando uma grande proporção na esfera política nacional.

Desse modo, com a maior adesão de agentes políticos à prática da improbidade, e a omissão por parte das autoridades e órgãos públicos incumbidos de fiscalizar e punir tais condutas houve uma escalada significativa do fenômeno da corrupção em nosso país, o que culminou com a perda, dos cofres públicos, de um enorme montante em dinheiro, gasto com os desvios de verbas públicas oriundos da conduta ímproba, imoral e ilegal de agentes políticos que se enriqueceram ilicitamente através do mau uso dos recursos públicos. No entanto, na medida em que tal fenômeno atingia escalas maiores no Estado e dentro das Instituições Públicas, surgiam, diante deste estado de extrema corrupção e dilapidação do patrimônio público, iniciativas no nosso ordenamento jurídico de ao menos buscar amenizar ou até mesmo empreender um controle dos atos de improbidade, provocando o Poder Legislativo a intensificar medidas mais enérgicas através de leis que pudessem tornar mais eficazes a atuação do Ministério Público em relação ao combate à corrupção. Os órgãos incumbidos de realizar o controle dos atos administrativos, entre eles o Tribunal de Contas da União (TCU), o Ministério Público e o próprio Legislativo, intensificaram sua atuação, apurando os gastos realizados com o dinheiro público, o que de certa forma inibe, num primeiro momento, a prática de condutas ilícitas.

Assim, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, no seu art. 71, o Tribunal de Contas da União (TCU) se constitui em órgão auxiliar ao Poder Legislativo, realizando atividade eminentemente administrativa de vertente fiscalizatória, atuando no controle externo dos atos administrativos. No caso do Poder Legislativo, o que nos remete aos parlamentares do Congresso Nacional, compete-lhes fiscalizar e controlar diretamente ou por meio de suas casas, os atos do Poder Executivo. No entanto, no que concerne ao controle interno que empreende o Congresso Nacional, este meio de controle não vem sendo exercido de maneira ampla devido à ausência de procedimentos formais de controle, tornando-se ineficaz. Neste

www.conteudojuridico.com.br

sentido, o Estado ainda se ressente acerca de condutas inapropriadas e desviadas da finalidade do administrador público, e muitas vezes a população como um todo se sente refém do que se entende por improbidade administrativa.

Os países da América do Sul, entre os quais o Brasil, não possui de fato uma política de repreensão ostensiva acerca da corrupção que assola países ainda em desenvolvimento. Percebe-se, não apenas no Continente Americano, o impacto que a corrupção exerce diante das finanças públicas e do bem-estar da sociedade. Nos países subdesenvolvidos que ainda possuem instituições precárias de defesa dos interesses populares, compreendidos principalmente no continente africano e nos países em que houve recentes guerras civis, com processos de impeachment, observa-se que a corrupção é um problema presente e de fácil percepção; entretanto, como existem outros problemas como a miséria, a fome, o desemprego, a violência, analfabetismo e a precariedade na saúde, relega-se a corrupção a um segundo plano. De fato, países com problemas estruturais graves e que não possuem uma organização sociopolítica adequada a oferecer condições mínimas de subsistência à sua população, devem a princípio reconstruir e reestruturar suas Instituições, com o intuito de promover o fornecimento de serviços adequados à sua população.

Até à promulgação da Constituição da República de 1988, vivia-se um período turbulento em nosso país. Conforme descrito na história, o período da Ditadura Militar representou uma estagnação político-econômica e uma série de repressões à população, proibindo-se o direito à expressão das suas ideias, ao exercício do voto, a censura aos órgãos de comunicação como a imprensa escrita e falada. Assim, ocorreu um retrocesso neste período em que houve intensas mobilizações sociais contrárias à gestão governamental e às práticas de tortura e prisões arbitrárias, apenas por perseguição e por motivo de prender aqueles revoltosos contrários ao governo.

Até que no ano de 1992, durante o período de governo do Presidente Collor, em meio à corrupção que então assolava o Brasil, bem como em meio a um possível *impeachment* do Presidente como medida de urgência, houve a regulamentação do art. 37, parágrafo quarto da Constituição da República. A Lei de improbidade administrativa veio a ser um instrumento específico de combate às condutas ímprobas, constituindo-se por meio da Ação Civil Pública num importante meio de tipificar condutas ilícitas e responsabilizar civilmente os administradores públicos. Até os dias atuais, em que a LIA está próxima de completar 20 anos de existência, há certa incerteza e discussão acerca de sua aplicabilidade, gerando calorosas

www.conteudojuridico.com.br

polêmicas e divergências em torno de sua efetividade aos sujeitos ativos, proporcionando rica jurisprudência.

Tal divergência, que acompanha desde a edição da referida Lei sua existência, percorre uma série de questões polêmicas acerca de sua utilização e remonta à origem histórica, social e principalmente ao contexto político por que passava nosso país, em que no início da década de 90, no ano de 1992, em meio a uma série de denúncias de corrupção, crises políticas, movimentos sociais e políticos e a população clamando por justiça e moralidade na administração pública, resolveu-se regulamentar o art. 37 §4º da Constituição Federal tendo em vista minimizar e afastar a onda de corrupção que assolou o país no mandato do Presidente Fernando Collor de Melo.

Entende-se atualmente que a Lei em comento confere ao Ministério Público um amplo espectro de atuação, o que de certo modo provoca certo receio em relação a sua aplicabilidade aos agentes políticos. Estes agentes, por ocuparem um alto escalão na esfera administrativa, possuem grande responsabilidade diante de suas ações. Pelo fato de possuírem tal encargo, acabam sendo os principais alvos de Ações Civis Públicas por Improbidade Administrativa.

Traduz-se o agente político, no contexto histórico-social, como aquele sujeito que está mais suscetível a ter suas condutas revisadas e fiscalizadas pelos órgãos públicos que são os responsáveis por fiscalizar e denunciar quaisquer ações ilícitas na esfera política. Decorre tal vigilância do alto grau de hierarquia pelo qual ocupam os agentes políticos, e que por consequência demanda de certa forma uma maior responsabilidade em razão da função que exercem e do grau de liberdade e independência que possuem para realizar suas atividades.

2.1.2 DA EVOLUÇÃO DO DIREITO POSITIVO APLICADO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Improbidade administrativa é uma expressão que surgiu pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, como se pode observar nos arts. 15, V, e 37, § 4º. Entretanto, antes da Carta Constitucional de 1988, houve notoriamente institutos jurídicos que precederam a atual Lei de Improbidade Administrativa. Estas Leis, de uma maneira geral, não possuíam o alcance e a amplitude da atual lei, pecando por algumas lacunas ou omissões em seus textos.

Conforme Pazzaglini Filho (2011, p. 4) “Esse diploma legal conceituou de forma bem mais ampla os atos que implicam improbidade administrativa, não se limitando apenas ao

www.conteudojuridico.com.br

enriquecimento ilícito". Ao passo que as Leis que antecederam o atual diploma legal, notadamente as Leis nº 3.164, de 01/06/1957 e 3.502, de 21/12/1958, versavam de forma reduzida a respeito dos atos de improbidade administrativa.

Historicamente, a Lei nº 3.164/57, conhecida por Lei Pitombo-Godói Ilha, conforme acentua Pazzaglini Filho (2011, p. 5):

> "Dispôs sobre o seqüestro e o perdimento de bens de servidor público no caso de enriquecimento ilícito, isto é, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que ele tenha ocorrido".

Como se percebe, a Lei Pitombo-Godói Ilha dispunha sobre o perdimento de bens em função de enriquecimento ilícito, na hipótese em que os servidores públicos se utilizavam de influência ou abuso de cargo. Ademais, a Lei nº 3.502/58, também conhecida por Lei Bilac Pinto, na lição de Pazzaglini Filho (2011, p. 5) "completando aquela, regrou o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo função".

Vale registrar que houve o Decreto-Lei nº 3.420, de 08/05/1941, dispondo sobre o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultasse prejuízo para a Fazenda Pública. Desse modo, as normas que antecederam o atual diploma legal em estudo cuidavam apenas das hipóteses atinentes ao enriquecimento ilícito, na medida em que se evidenciava o locupletamento ilícito por parte dos agentes públicos, em função do cargo em que esses ocupavam. Já no que leciona a Lei de Improbidade Administrativa, o enriquecimento ilícito é apenas mais uma espécie ou modalidade dos atos de improbidade administrativa, compreendendo, além desta modalidade, mais duas outras relativas aos atos de improbidade lesivos ao Erário e atentatórios aos princípios da Administração Pública.

Grosso modo, houve uma preocupação no momento em que se instituiu a Lei de Improbidade Administrativa, em possibilitar um maior leque de hipóteses de atos de improbidade, o que se constituiu num importante advento ao regime geral de combate à corrupção na esfera administrativa. Corroborando o que se dispôs na Constituição de 1988, a Lei de Improbidade Administrativa procurou alavancar o direito à tutela dos interesses coletivos, buscando a proteção de bens jurídicos perdidos na conjuntura político-social por que passa nosso país, elevando o princípio da moralidade, da probidade, eficiência, bem como

www.conteudojuridico.com.br

a ética e a boa conduta dos administradores públicos como deveres inerentes à Administração Pública.

Conforme se verifica da evolução histórica no direito positivo brasileiro da improbidade administrativa:

> "Veja-se, por essa evolução do direito positivo, que a expressão *ato de improbidade administrativa*, aplicável às infrações praticadas por servidores públicos em geral, só foi introduzida pela Constituição de 1988, não sendo utilizada nas Constituições anteriores a não ser para designar as infrações de natureza política. E seu significado só foi definido pela Lei nº 8.429/92, de forma mais ampla do que a anterior fórmula do enriquecimento ilícito". (DI PIETRO, 2003, p. 676)

Portanto, nosso direito positivo, a partir da Constituição republicana de 1988, propôs de forma mais ampla a tratar do tema improbidade administrativa, não apenas restringindo-o a esfera dos crimes de responsabilidade, conforme se preceitua a Lei nº 1.079/50, mas abrangendo de forma *lato sensu* todo e qualquer ato de improbidade administrativa. Faz-se menção a esta retrospectiva histórica, segundo dispõe a autora:

> "No entanto, a lesão à probidade administrativa sempre foi prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, desde a primeira Constituição da República de 1891 (art. 54, item 6º), sendo mantida nas Constituições de 1934 (art. 57, f), 1937 (art. 85, d), 1946 (art. 89, V), 1967 (art. 84, V, que passou a 82, V, com a Emenda Constitucional nº 1/69) e 1988 (art. 85, V)" (DI PIETRO, 2003, p. 676).

Conforme já analisado, coube à Lei 8.429/92 ampliar e aperfeiçoar as Leis que tratavam da improbidade administrativa de uma forma mais limitada.

Na verdade a Lei de Improbidade Administrativa propicia a análise de uma série de elementos sociais, históricos, políticos, sociológicos e culturais que são inerentes aos períodos marcados na história de nosso país. Assim, o entendimento da Lei que hoje se apresenta com o fim de combater a corrupção nos moldes em que se manifesta, deriva de uma série de eventos/fenômenos sociopolíticos que fizeram parte da história de nosso país. Neste sentido, devemos entender as particularidades de cada sistema de governo, as questões envolvendo o tipo de sociedade, o nível de desenvolvimento cultural e educacional inerente ao momento por que passava nosso país, a conjuntura político-econômica a nível mundial e local, a questão estrutural de nosso país e as influências internas e externas que condicionaram as questões inerentes à corrupção e à improbidade administrativa em nossa nação.

www.conteudojuridico.com.br

2.2 ACEPÇÕES DE AGENTES POLÍTICOS

O vocábulo *política* denomina arte ou ciência da organização, direção e administração de nações ou Estados; aplicação desta arte aos negócios internos da nação (política interna) ou aos negócios externos (política externa). Nos regimes democráticos, como o brasileiro, a ciência política é a atividade do cidadão que se ocupa dos assuntos públicos com seu voto ou com sua militância.

A origem da palavra "política" remonta aos tempos em que os gregos estavam em cidades-estado, chamadas "polis", nome do qual se derivaram palavras como "politike" (política em geral) e "politikos" (dos cidadãos, pertencente aos cidadãos), que se estenderam ao latim "politicus" e chegaram às línguas européias modernas através do francês "politique", que, em 1265 já era definida nesse idioma como "ciência do governo dos Estados".

Derivado do grego antigo, "política" indicava todos os procedimentos relativos a *polis*, ou Cidades-Estado. Por extensão, poderia significar tanto Cidade-Estado quanto sociedade, comunidade, coletividade e outras definições referentes à vida urbana.

Nesse contexto, a acepção de agentes políticos possui um vínculo histórico com o termo política, oriundo da Grécia Antiga, o qual se denomina período clássico ou civilização clássica que se situou no período do nascimento da cultura ocidental e que se notabilizou pela aparição de pensadores e filósofos como Aristóteles e Platão. Outros filósofos e cientistas políticos procuraram estudar o conceito de política e aplicá-lo à época em que viviam, como Thomas Hobbes, Nicolau Maquiavel, entre outros, cada um procurando definir a sua concepção o que entendia por política e sua finalidade.

Primeiramente, cabe destacar o conceito de agente público, para que adiante se possa traçar um paralelo com o termo agente político. Na lição de Osório (2011, p.175):

> "Agentes públicos são todas as pessoas que desempenham função pública em todos os seus níveis e hierarquias, em forma permanente ou transitória, por eleição popular, designação direta, por concurso ou por qualquer outro meio legal. Estende-se essa definição a todos os magistrados, membros do Ministério Público, parlamentares, governantes e outros análogos, o que implica considerar nesta categoria também os chamados agentes políticos, sem dúvida alguma".

www.conteudojuridico.com.br

Neste sentido, agente público possui uma definição ampla que abrange a categoria agentes políticos, que possuem uma função de maior responsabilidade e na mais alta hierarquia da Administração Pública. Portanto, deve-se entender que agentes políticos atuam com maior discricionariedade e liberdade funcional para que possam realizar sua função política.

Para Meirelles (2008, p. 77), agentes políticos "são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais".

Segundo o autor, tais agentes gozam de plena liberdade no exercício de suas atribuições, dispondo de prerrogativas e responsabilidades próprias, determinadas na Constituição e em legislação especial. De fato, estes agentes têm uma gama de particularidades que lhes permitem atuar de forma mais autônoma e independente, além de ocuparem, na hierarquia funcional, um alto patamar.

Ainda segundo Meirelles (2008, p. 78), "os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência". Nota-se a importância do cargo ocupado por estes agentes, na medida em que atuam de modo a cumprir com todas as responsabilidades inerentes ao cargo que ocupam, o que implica na tomada de decisões. Esta aptidão inerente aos agentes políticos, como foi brilhantemente realçado na definição do autor, confere uma maior liberdade funcional.

Já Alexandrino (2008, p. 124) define, juridicamente, agentes políticos, como "os integrantes dos mais altos escalões do Poder Público, aos quais incumbe a elaboração das diretrizes de atuação governamental, e as funções de direção, orientação e supervisão geral da Administração Pública". O autor ainda acentua (2008, p. 125) que "os agentes políticos possuem certas prerrogativas, hauridas diretamente da Constituição, que os distinguem dos demais agentes público". No entendimento do autor, enquadram-se como agentes políticos "os Chefes do executivo (Presidentes da República, governadores e prefeitos), seus auxiliares imediatos (ministros, secretários estaduais e municipais) e os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores)".

Nesse sentido, apreende-se do conceito de agentes políticos, num contexto amplo, o cidadão ou agente ao qual é incumbido um ofício ou função que, apesar de não carregar uma nítida competência técnica, exige desse uma série de competências ou pré-requisitos para que

www.conteudojuridico.com.br

possa exercer de forma digna, imparcial, honesta e eficiente suas funções ou atribuições naquilo que lhe compete, atuando como um verdadeiro representante dos anseios populares.

3. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O COMBATE À CORRUPÇÃO

Os agentes políticos, em princípio, possuem uma série de responsabilidades e deveres para com seus administrados, e, para que haja total cumprimento dessas tarefas, faz-se imprescindível que sua atuação não contrarie princípios gerais de direito. Princípios como a boa-fé, a honestidade, imparcialidade, dentre outros, constituem-se na base que sustenta toda a atuação e funcionamento da Administração Pública.

A priori, os agentes políticos devem obedecer à legalidade. Entretanto, a Administração Pública como um todo e os agentes políticos dispõem de um pressuposto que lhes confere atuar com certa liberdade ou discricionariedade, proporcionando ao agente julgar qual decisão ou ato lhe parecer mais razoável, de acordo com a conveniência e a oportunidade.

Esse poder de que dispõe os integrantes da administração possui limites dentro da lei e, sobretudo, ao que impõe os princípios jurídico-administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade (ALEXANDRINO, 2008, p. 223). Portanto, deve o agente político realizar atos ou condutas razoáveis e proporcionais ao que a norma e a lei impõem, respeitando os princípios jurídico-administrativos, de forma a não incorrer em arbitrariedades.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Tal princípio é direito fundamental do indivíduo, cuja liberdade de atuação só poder ser contida pela norma jurídica, consoante enfatiza o art. 5º, inciso II, da C.F: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Pontua Pazzaglini Filho que:

> “Por conseqüência, a legalidade é a base e a matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as

www.conteudojuridico.com.br

> atividades administrativas. Os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade" (PAZZAGLINI FILHO, 2008, p. 17).

Filia-se à legalidade o princípio jurídico-administrativo da indisponibilidade do interesse público, pois compete à administração pública atuar mediante os interesses da coletividade, sob pena de macular seus atos de desvio de finalidade ou falta de motivação, o que vai de encontro ao que dispõe à lei.

3.2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

No que tange ao princípio da motivação, sob a perspectiva do combate à improbidade e à corrupção na esfera administrativa, aponta o citado autor que:

> "A motivação explícita e clara é obrigatória em todas as ações, atos e contratos administrativos. Constitui garantia de transparência e legalidade da atuação do agente público. É necessária para a constatação da existência ou veracidade do motivo de fatos invocados; para averiguar-se, no exercício da função administrativa, a presença de um motivo de interesse público amparado por norma jurídica; e, além disso, para a análise da adequação entre os motivos e os resultados previstos em lei e os efetivamente alcançados pelo atuar administrativo" (PAZZAGLINI FILHO, 2008, p. 36).

Neste sentido, o agente político possui certa autonomia para julgar as condutas mais adequadas para o caso concreto, compatibilizando sua atuação dentro dos limites legais e buscando atender ao máximo a supremacia do interesse público. Entretanto, a falta de motivação se constitui num vício ou defeito do ato administrativo, que pode contaminar todo o ato e macular a atuação da administração pública, assim caracterizando uma conduta ímproba e desviada de sua finalidade pública.

Assim, acentua Pazzaglini Filho (2011, p. 23):

> "Ora, o exercício do direito de prestação jurisdicional, em relação à atividade da Administração Pública, está diretamente relacionado com a motivação da sua prestação. A ausência de motivação frustra ou enfraquece o direito do controle jurisdicional".

Portanto, incorrer em falta ao princípio da motivação não apenas fere o direito a uma boa administração e à gestão pública proba e justa, mas principalmente agride o direito ao

www.conteudojuridico.com.br

controle dos atos administrativos, pois a falta de motivação impossibilita uma justa, correta e imprescindível atuação da fiscalização sobre os atos administrativos.

Neste caso, a Administração Pública deve sempre respeitar a motivação dos atos administrativos, e adequá-los ao interesse público. Daí surge a importante disciplina do princípio da supremacia do interesse público, que deve nortear toda atuação da Administração Pública e guiá-la em função do que a sociedade como beneficiária da atividade estatal e os bens que ela pretende obter, aprimorar e preservar (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 20).

3.3 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Relevante destacar a análise do citado autor acerca do princípio da supremacia do interesse público:

> "Esse princípio constitucional, imanente a toda a agregação social politicamente organizada e condição do progresso, até mesmo da sobrevivência pacífica, do Estado, não é conteúdo de uma norma constitucional específica, mas, dada a sua importância, é a essência de várias disposições constitucionais, tais como: art. 3º, IV (promover o bem de todos); art. 5º, XXIII (a propriedade atenderá a sua função social), XXV (requisição da propriedade particular no caso de iminente perigo público); art. 184 (desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel rural)" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 21).

Desse modo, a conduta daqueles que compõem a Administração Pública baseia-se no que estabelece os princípios constitucionais de forma explícita, expressos no Art. 37, quais sejam, moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Além dos princípios elencados no Art. 37 da C.F, preconiza nossa Constituição Federal, de forma implícita ou não expressa, que a Administração Pública deve velar pelos princípios da supremacia do interesse público e pela indisponibilidade do interesse público, o que requer atuar de acordo com a probidade administrativa.

3.4 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

www.conteudojuridico.com.br

Há de se atentar, de modo a atender a uma conduta justa, honesta e correta, que os atos administrativos norteados pela legalidade, como princípio explícito constitucional, constituam-se implicitamente em atos razoáveis e proporcionais. Esta razoabilidade e proporcionalidade é característica intrínseca à atuação administrativa, uma vez que o administrador público precisa aplicar a norma dentro daquilo que se estabelece como mais justo e correto nas circunstâncias em que se exige.

Na lição do Ministro Gilmar Mendes Apud Pazzaglini Filho (2011, p.25)

> "O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico" (MENDES, 2007, p. 113).

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade busca reiterar valores como a razão e a justa medida. Traduz-se como princípio que norteia todo o ordenamento jurídico e que se faz presente no exercício funcional dos administradores públicos. Isto é, a proporcionalidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar (DI PIETRO, 2003, p. 81). Tal proporcionalidade consubstancia-se diante de medidas que possam se conformar ao caso concreto, tomando como base os padrões comuns da sociedade em que se vive.

3.5 PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA LEALDADE

Posto tal entendimento, vale contextualizar, na esfera dos princípios constitucionais implícitos, a lealdade e a boa-fé, que trazem em si enorme carga do princípio da moralidade, pois inserem, na esfera da função do agente público, a primazia e a imprescindibilidade de atuar mediante preceitos éticos e morais.

Sobre a análise dos princípios da boa-fé e da lealdade, afirma Celso Antonio Bandeira de Mello Apud Pazzaglini Filho (2011, p. 26):

> "Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos" (MELLO, 1997, p. 73).

www.conteudojuridico.com.br

3.6 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O modo pelo qual atua a administração pública, portanto, está passível indubitavelmente à observância de toda a população e de seus próprios órgãos componentes, externos ou internos, e agentes públicos, que podem atuar como verdadeiros fiscais da lei, assim como o Ministério Público, denunciando, propondo reclamações, cobrando uma melhor atuação e sempre procurando implementar ações que visem promover transparência, responsabilidade e compromisso do Ente Público para com os interesses dos seus administrados.

Nesse ponto, nota-se que todo e qualquer ato da administração pública deve ser dotado de publicidade, impessoalidade, motivo, finalidade, carregando o interesse público e sempre protegendo a indisponibilidade desses interesses, pois a própria Constituição protege o direito do cidadão a uma gestão pública democrática, justa, honesta, participativa e principalmente que respeite os princípios constitucionais. A publicidade confere o caráter de transparência às ações e à gestão da coisa pública, transmitindo à população maior segurança e confiabilidade no trato com a coisa pública e possibilitando o controle por parte dos órgãos competentes.

Consoante lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha Apud Pazzaglini Filho (2011, p. 18), a publicidade na Administração:

> "Confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambigüidade diante das práticas administrativas conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança que o cidadão tem que depositar no Estado" (ROCHA, 1994, p. 240).

3.7 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Cabe contextualizar o princípio da eficiência, como um dos mais importantes no combate à ineficiência funcional dos agentes e gestores públicos, vindo assim a traduzir uma real e verdadeira tutela ao princípio da boa administração pública. Tal princípio possui estreita ligação com o objetivo ou a finalidade da Administração Pública, que é vinculado à produção de resultados satisfatórios e, dentro da expectativa social e política, atuando de forma diligente e atingindo patamares concretos de eficácia.

Nesse sentido, assinala Odete Medauar Apud Pazzaglini Filho (2011, p. 19 - 20) que:

www.conteudojuridico.com.br

> "Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções" (MEDAUAR, 2000, p. 152).

Desse modo, trata-se de um princípio primordial ao bom trato da Coisa Pública, traduzindo-se, inclusive, como princípio que deve nortear a função exercida por agentes públicos, dentre os quais agentes políticos. Estes, principalmente, como detentores de cargos eletivos – aos quais se submetem sistematicamente a avaliação de seus eleitores – devem atuar de forma eficiente e que denote presteza, perfeição, e rendimento funcional, o que requer destes agentes competência e agilidade para solucionar problemas.

3.8 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O estudo acerca dos princípios que norteiam o combate à corrupção evoca uma análise a respeito do princípio da moralidade administrativa, proporcionando ao presente trabalho realçar o significado do termo moralidade no âmbito jurídico e principalmente na esfera político-administrativa, como um princípio que orienta e traduz de forma simples e objetiva como se devem comportar aqueles agentes políticos que detêm um cargo de alto escalão e que devem em respeito aos atributos e atribuições dessa função política procurar seguir uma conduta pautada especialmente pela moralidade e ética funcional.

Neste sentido, "com o advento da Constituição de 1988, a moralidade foi consagrada como um dos princípios constitucionais básicos e, assim, de observância universal no exercício de toda a atividade estatal" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 16).

Aduz o supracitado autor que:

> "A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre, v. g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito" (PAZZAGLINI FILHO, 2008, p. 19).

www.conteudojuridico.com.br

No que atine ao meio social em que se vive, especialmente em termos do nosso país, na lição de Pazzaglini Filho (2011, p. 17):

> "A sociedade brasileira, nos termos dos parâmetros sociais atuais prevalentes, reputa atentados contra o princípio da moralidade administrativa a corrupção e a impunidade dos corruptos; o enriquecimento ilícito dos agentes públicos; a exigência (ou solicitação) e o recebimento de propinas para o atendimento dos pleitos legítimos dos particulares junto à Administração; o tráfico de influências; o sectarismo da conduta de agentes públicos, privilegiando interesses pessoais no trato da coisa pública (v. g., nomeação de parentes em cargos de comissão ou perseguição de desafetos); o malbaratamento do dinheiro público, aplicado seja em mordomias abusivas, seja em propaganda institucional inútil ou de proselitismo pessoal ou partidário".

3.9 PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Convém anotar que o conceito de *probidade* (administrativa) deriva do vocábulo latino *probitas*, este significando tudo aquilo que seja justo, honesto, digno, ou, literalmente, "probo", a qualidade que detém aquele que atua conforme postura moral, ética, justa e honesta, respeitando as condutas padronizadas pela sociedade como os valores supracitados.

No tocante a esse conceito, ouve-se falar muito sobre a confusão semântica que **o** mesmo exerce diante de sua comparação com o termo moralidade, com o qual, de certa forma, mantém afinidade, principalmente se contextualizados na esfera jurídica. Procedendo a uma análise jurídica do termo, verifica-se que o princípio constitucional da probidade propõe uma conduta proba, honesta dos agentes públicos em geral. Portanto, faz-se importante salientar que sua transgressão (improbidade) consiste numa afronta a um princípio constitucional basilar, que acarreta uma série de consequências, culminando com o desvirtuamento da função pública devido à conduta desonesta, ou de má-fé, do agente público.

3.10 PRINCÍPIO DA ISONOMIA/IGUALDADE

Sob a ótica da C.F de 1988, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

www.conteudojuridico.com.br

No parecer de Pazzaglini Filho (2011, p. 22):

> "Claro que a igualdade perante a lei não afasta a desigualdade, normal, de tratamento desigual, administrativo e jurisdicional, em face da singularidade das situações. O que não é possível é a disparidade na elaboração legislativa para conjunturas análogas e a diversidade de aplicação ou interpretação da mesma lei, seja pela Administração Pública, seja pelo próprio Judiciário, dadas as idênticas situações concretas em certo momento histórico".

De modo similar, anota Mello (1999, p. 18) que:

> "Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimentos as para os atingidos".

Desse modo, tema de atual relevância e que gera discussões é a questão acerca da aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos. A probidade administrativa, expressão aplicada à boa gestão pública, ao bom trato com a coisa pública e à boa administração dos recursos públicos, ainda suscita uma gama de indagações as quais são postas em evidência no momento em que se discute a polêmica questão quanto à aplicabilidade das sanções dispostas na Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

Reiterando o objetivo principal deste estudo, é nesse sentido que caminham as discussões então propostas, tendo como parâmetro os argumentos favoráveis e desfavoráveis, à luz dos princípios que defendem a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos e aqueles que impõem barreira ou implicam desgaste à utilização da Lei de Improbidade Administrativa, procurando salientar que se constitui num tema de vital importância à sociedade que clama pelo combate à corrupção.

4 ANÁLISE DAS MODALIDADES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ESTUDO JURISPRUDENCIAL

www.conteudojuridico.com.br

Dados publicados revelam a preocupante realidade brasileira, em que a corrupção alcançou índices extremamente alarmantes, o que suscita em nossa sociedade o temor de que tais práticas continuem impunes e sem a devida cautela, atenção e punição, a que merecem ser submetidas.

A constatação veio através de um Relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, expondo que ultrapassam de 3.000 (três mil) as ações civis que resultaram em condenações de servidores públicos, empresários e agentes políticos por atos de improbidade administrativa nas modalidades "enriquecimento ilícito", "lesão ao erário" e "violação dos princípios administrativos". Este panorama de total disseminação do fenômeno da corrupção, principalmente na esfera política, reafirma e reforça o que cientistas políticos, estudantes do direito, operadores do direito, bem como órgãos públicos e todos os defensores da moralidade e da probidade administrativa defendem: a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos.

Segundo o banco de dados do CNJ, criado em 2007, pela Resolução nº 44 constante do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa as sanções aplicadas pela Lei de Improbidade Administrativa, num contexto que revela índices absurdos e abusivos de corrupção – conforme se nos apresenta – vão desde a perda do cargo e suspensão dos direitos políticos até o dever de ressarcimento dos danos ao erário, num total de mais de R$ 200 milhões, bem como interdições para contratações com o poder público, no caso de empresários.

Tal estudo revela também a maior transparência na administração pública, possibilitando a utilização de instrumentos legais com o intuito de frear a improbidade na administração pública. O banco de dados versa exclusivamente sobre condenações com base na Lei nº 8.429/92, objeto de estudo do trabalho ora apresentado. Visa à aplicação das sanções previstas no art. 37 § 4º da Constituição Federal: suspensão dos direitos políticos, perda do cargo público, restituição dos valores ao erário, perda de bens e multa. A Lei de Improbidade Administrativa não possui caráter ou índole criminal, o que não impossibilita a persecução dos envolvido com base em crimes resultantes dos atos de improbidade.

Os dados ora em análise inserem o Brasil no ranking dos países mais corruptos em nível mundial, refletindo a falta de uma política preventiva e de um efetivo combate à corrupção, além de revelar mazelas sociopolíticas que perduram há séculos e que se anunciam, no momento em que não se oferece ao cidadão o direito a uma administração

www.conteudojuridico.com.br

pública pautada pela legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade, transparência e eficiência.

Assim, o patamar alcançado pelos níveis de corrupção na administração pública brasileira denuncia a total falta de zelo e desrespeito com a coisa pública e o menosprezo, desprezo e indiferença com que alguns agentes políticos tratam este fenômeno, justamente porque no cenário nacional o sentimento de impunidade e abandono das causas sociais e que tutelam o interesse coletivo ainda se sobressaem à proteção à probidade e à moralidade administrativa.

Na contramão dessa realidade há uma maior ampliação da transparência no âmbito da administração pública, o que possibilita minimizar os índices de corrupção no poder público de forma acentuada, propiciando a atuação mais efetiva dos mecanismos de controle e combate à corrupção. Os agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais na organização política do país. Suas atribuições são fixadas na Constituição Federal e em leis complementares, uma vez que tais pessoas não guardam vínculo empregatício com o Estado. Podem ser eleitos, nomeados mediante concurso público ou simplesmente exercentes de cargos de confiança. Por exemplo, os parlamentares, os juízes de direito, os membros do Ministério Público, os ministros e secretários de Estado, os membros das cortes de contas e os auxiliares diretos do Poder Executivo, embora alguma classificação os compreenda na categoria de agentes autônomos.

4.1 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

O art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, que trata de uma das modalidades em que o agente público incorre em atos ímprobos, leciona que: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:”.

Tal modalidade, na lição de Pazzaglini Filho, (2011, p. 43), dispõe o seguinte:

> “Trata-se da modalidade mais grave e ignóbil de improbidade administrativa, pois contempla o comportamento torpe do agente público

www.conteudojuridico.com.br

> que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p.43).

Os atos de improbidade administrativa, na lição de Mauro Pazzaglini Filho, que importam em enriquecimento ilícito, exigem para sua caracterização, a ocorrência dos seguintes requisitos mínimos:

> "Recebimento de vantagem econômica indevida por agente público, acarretando, ou não, dano ao Erário ou ao patrimônio de entidades públicas ou de entidades privadas de interesse público (no caso de verbas públicas por estas recebidas); vantagem patrimonial decorrente de comportamento ilegal do agente público; ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial pretendida e obtida; e conexão entre o exercício funcional abusivo do agente público nas entidades indicadas no art. 1º da LIA e a vantagem econômica indevida por ele alcançada para si ou para outrem" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 44).

Salienta o mencionado autor que a configuração de tal modalidade de improbidade administrativa lastreia-se num ato doloso do autor ou agente que concorreu para a realização do ato ímprobo, importando assim que ele tenha plena consciência, convicção e queira realizar, agindo com a intenção de provocar o ato. Logo, na opinião do autor mencionado "Não há que se falar em enriquecimento ilícito involuntário ou culposo" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 45).

Tal entendimento, aliás, já foi externado:

> "Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata" (PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1999. P. 63).

Assim, resta cristalino e transparente o entendimento de que os atos que importam em enriquecimento ilícito possuam nítida intenção por parte do agente ímprobo em cometê-los. Entretanto, não só nesta modalidade tal requisito se demonstra claro e presente, visto que nas demais modalidades também ocorrem o elemento doloso do ato.

www.conteudojuridico.com.br

Apreende-se, portanto, da análise feita, na lição de PAZZAGLINI FILHO (2011, P. 45) que o agente esteja em pleno exercício funcional de suas atividades e com a intenção de se exceder a ela, recorrendo a abusos e afrontando normas que regem a atuação do administrador público, em especial as relativas à moral, lealdade e probidade administrativa.

4.2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

Outra modalidade ora se apresenta na LIA; denomina-se "Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário" (art. 10), segundo o qual "Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente".

O Erário, na definição de Pazzaglini Filho é:

> "A parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto. Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao Tesouro Público" (PAZZAGLINI FILHO, 2011. p. 62).

Assim, entende-se por Improbidade Administrativa Lesiva ao Erário:

> "A conduta ilegal do agente público, ativa ou omissiva, coadjuvada pela má-fé (dolosa ou culposa), no exercício de função pública (mandato, cargo, função, emprego ou atividade), que causa prejuízo financeiro efetivo ao patrimônio público (perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos)" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 62).

Saliente-se que a conduta ilegal do agente público é condição imprescindível à caracterização do ato de improbidade em exame. Conforme apregoa Pazzaglini Filho (2011, p. 63), "é mister que sua ação ou omissão seja antijurídica, viole o Direito por excesso de poder ou desvio de finalidade (transgressão do conteúdo da norma)". Nesse sentido, o autor propõe que tal modalidade seja configurada por uma conduta que traduza uma atitude arbitrária e antijurídica do agente, possibilitando qualificá-lo como agente de ato lesivo ao

www.conteudojuridico.com.br

Erário, quando se predispõe a transgredir a norma, pois uma ação ou omissão que se norteie pelo conteúdo da norma, mesmo que cause prejuízo ao Erário, não configura tal modalidade.

O dano causado ao Erário deve ser concreto e efetivo, tornando-se inconteste e cristalino que realmente houve dano material aos cofres públicos. Assim é o pensamento de Pedro da Silva Dinamarco, citado por Pazzaglini Filho (2011, p. 63):

> "Ato lesivo é todo aquele portador de dano efetivo e concreto ao patrimônio de alguém. É preciso examinar o ato tal como ocorrido, tratando em seguida de saber se dele decorreu dano. Para se ter um ato como lesivo, e, portanto indenizável, é necessário que ele já tenha causado dano. Logo, há que se deixar de lado exercício de futurologia" (DINAMARCO, 2001, p. 291).

Nessa linha, assevera a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Apud Pazzaglini Filho (2011, p. 63): [...] O ressarcimento somente é exigível, por ato de improbidade administrativa, com a ocorrência de dano real (e não hipotético) de natureza econômica, com o efetivo desfalque ao Erário (Apelação nº 395.216.5/1-00/Leme, Rel. Des. Francisco Vicente Rossi, DJ 7-5-07).

No caso de efetivo dano material, o texto da lei adotou a forma ilustrativa "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos". Tais lesões aos cofres públicos se inserem, conforme acentua PAZZAGLINI FILHO:

> "Dentro do contexto da norma, perda patrimonial quer dizer decréscimo, privação, desfalque de bens e haveres públicos. Desvio significa descaminho, desvirtuamento do destino legal de coisa pública. Apropriação consiste no assenhoramento, tomar como própria (apoderar-se de) coisa pública. Malbaratamento expressa a dissipação, a venda por preço irrisório de bem público. Dilapidação é desperdício, esbanjamento, desbarate de recursos públicos" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 64).

Além disso, configura-se imprescindível para a caracterização de conduta lesiva ao Erário que o agente tenha agido à revelia dos princípios e padrões morais éticos devidos à atuação da Administração Pública e dos seus administradores. Nessa vertente assinala Pazzaglini Filho que:

> "Além dos requisitos da ilegalidade e da lesividade efetiva, é indispensável, para configuração do tipo de ato de improbidade *in comento*, que a conduta (ação ou omissão funcional) do agente público decorra de má-fé, de desonestidade, de falta de probidade no desempenho da função pública, na forma de dolo ou de culpa" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 64).

www.conteudojuridico.com.br

Neste norte, conforme já se manifestou a jurisprudência pátria, através de posição assentada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do eminente Ministro Luiz Fux Apud Pazzaglini Filho (2011, p. 64):

> "A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido" (STJ – 1ª T. – Resp 841.421 – Rel. Luiz Fux – *DJ* 4-10-2007).

Neste sentido, a lesão ao Erário requer a obediência aos requisitos examinados e contemplados no Art. 10 da Lei 8.429/92, quais sejam: ação ou omissão ilegal do agente público no exercício de função pública; derivada de má-fé, desonestidade (dolosa ou culposa) e, causadora de lesão efetiva ao Erário.

No primeiro item, o agente causador de dano ou lesão ao Erário deve ter uma postura ou comportamento que realmente transpareça uma agressão às normas de direito e possibilite vincular sua atuação funcional à perda ou desvio de verbas dos cofres públicos, possibilitando estabelecer um nexo de causalidade. Já o segundo item expressa uma condição *sine qua non* de todo e qualquer ato de improbidade administrativa, qual seja, a conduta, deve de forma explícita transgredir os preceitos morais e éticos, especialmente os princípios que fundamentam e norteiam a Administração Pública, incorrendo o agente em atitude de má-fé, desonestidade e aberrante excesso e desvio de conduta, traduzindo-se numa postura de extrema agressão à boa-fé, moralidade e probidade administrativas.

O terceiro requisito, e talvez aquele mais importante para a configuração do ato que causa lesão ao Erário constitui-se na real dimensão e aferição do dano material impelido pelo agente aos cofres públicos, pois através da comprovação da efetiva lesão ao Erário é que podem os órgãos competentes requerer o ressarcimento dos cofres públicos.

4.3 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceira e última modalidade de atos de improbidade administrativa prevista na Lei 8.429/92, denominada "Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os

www.conteudojuridico.com.br

princípios da administração pública" prevê, conforme art. 11, que "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente".

Da análise do art. 11 da Lei 8.429/92, anota Pazzaglini Filho que:

> "É intuitivo, também, que o agente público, ao praticar ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito (art. 9º), ou que causa lesão ao Erário (art. 10), transgride, sempre, o princípio constitucional da legalidade e, em geral, outros princípios constitucionais explícitos ou implícitos, relativos aos conteúdos de sua conduta ímproba" (PAZZAGLINI FILHO, 2011. p. 100).

Neste sentido, conforme preleciona o autor: "Daí se conclui que a norma em exame é residual em relação às que tratam das duas outras modalidades de atos de improbidade, pois a afronta à legalidade faz parte de sua contextura". (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 100).

Da leitura do art. 11 da Lei 8.429/92, percebemos que a afronta aos princípios constitucionais e administrativos está inserida na noção das modalidades anteriores estudadas, quais sejam atos que importem em enriquecimento ilícito e atos que causem lesão ao Erário.

Desse modo, conforme a interpretação da norma, o autor Pazzaglini Filho conclui de forma a entender que:

> "Assim, se do ato violador de princípio constitucional administrativo resultar enriquecimento ilícito do agente público que o praticou, há absorção da regra do art. 11 (subsidiária), contida no art. 9º (principal), por esta. E, da mesma forma, se da afronta a princípio constitucional decorrer lesão ao Erário, configura-se somente ato ímprobo de lesividade ao patrimônio público que, em face do princípio da subsidiariedade, absorve aquela (Lex primaria derogat legi subsidiariae)" (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 100).

Na esteira deste raciocínio, conforme aponta o autor:

> "Logo, a figura da improbidade administrativa por transgressão a princípio constitucional que a Administração Pública está contida nas normas principais que definem tipos mais graves de improbidade (arts. 9º e 10º). E, por isso, sua aplicação subordina-se à não aplicação daquelas." (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 100).

Outro ponto a ser destacado com relação à norma do art. 11 da Lei 8.429/92, é: toda violação da legalidade configura improbidade administrativa?

www.conteudojuridico.com.br

Na opinião de Pazzaglini Filho, tal indagação possui resposta negativa:

> "Claro que não, pois se tal premissa fosse verdadeira, qualquer ação ou omissão do agente público contrária à lei seria alçada à categoria de improbidade administrativa, independentemente de sua natureza, gravidade ou disposição de espírito que levou o agente público a praticá-la. Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa" (PAZZAGLINI FILHO, 2011 p. 101).

Nessa linha, as modalidades ou categorias de improbidade administrativa possuem como ponto comum ou similaridade que suas condutas sejam originárias de uma desonestidade ou má-fé, ou seja, além de caracterizarem uma ilegalidade também seja comprovada uma afronta aos princípios constitucionais e que norteiam o combate à improbidade administrativa.

Por tal motivo, a conduta ilícita do agente público, conforme lição de Pazzaglini Filho (2011, p. 101) "deve ter esse traço comum e característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública".

Conforme bem se doutrina Francisco Octávio de Almeida Prado Apud Pazzaglini Filho (2011, p. 101):

> "Probidade significa honradez, honestidade. "Improbidade" é desonestidade, ausência de honradez. O termo de que o Constituinte se serviu para designar a categoria de ilícitos e quis instituir tem carga significativa acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexo subjetivo que une o agente ao resultado. A improbidade pressupõe sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico – este, tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados" (PRADO, 2001, p. 72).

4.4 COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ APLICADA À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

www.conteudojuridico.com.br

A questão da inserção de agentes políticos na Lei de Improbidade, ou seja, a viabilidade de que sejam condenados por atos de improbidade administrativa encontra-se assentada no STJ, como se vê na ementa do AgRg no Ag 1338058/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 05/04/2011.

> "1. Esta Corte Superior tem posicionamento pacífico no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os agentes políticos – incluindo os magistrados – da possibilidade de figurar como parte legítima no pólo passivo de ações de improbidade administrativa" (AgRg no REsp 1127541/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11/11/2010). No mesmo sentido, dentre outros: EDcl no AgRg na AIA 26/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Corte Especial, DJe 01/07/2009; REsp 1127182/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/10/2010.

Igualmente, esse é o posicionamento do STJ, o que se impende a submissão dos agentes políticos à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, senão vejamos:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. SECRETÁRIOS DE ESTADO. COMPETÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. COMPETÊNCIAS IMPLÍCITAS COMPLEMENTARES. REMESSA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL.
> 1. Trata-se de Ação Civil Pública contra os recorridos em razão da prática de atos de improbidade administrativa, descritos como dispensa indevida de licitação, desvio de verbas públicas, autorização de despesas não previstas em lei e desvio de finalidade na implementação do "Programa do Leite", com prejuízo aos cofres públicos no valor de aproximadamente R$ 10 milhões.
> 2. Após sentença de procedência, o acórdão acolheu a alegação de inaplicabilidade de Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos e, em relação aos demais, anulou a sentença por cerceamento de defesa. O Recurso Especial pugna pela reforma do acórdão nesses dois pontos.
> 3. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela submissão dos agentes políticos à Lei de Improbidade Administrativa (Rcl 2.790/SC, Corte Especial, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 4.3.2010).
> 4. Todavia, o mesmo precedente estabelece privilégio de foro aos agentes políticos em ações de improbidade - com base em construção amparada em julgado do STF -, na relevância do cargo de determinados sujeitos, no interesse público ao seu bom e independente exercício e na idéia de competências implícitas complementares.
> 5. A Constituição do Estado do Rio Grande do Norte prevê prerrogativa de Foro a Secretários de Estado.
> 6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos recorridos, agentes políticos, com remessa, de ofício, dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte para que julgue a demanda em competência originária.

www.conteudojuridico.com.br

> Acórdão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Diante do exposto na jurisprudência relativa à aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, observa-se que, neste caso, julgou-se coerente e viável a oportunidade de que Secretários de Estado do RN fossem responsabilizados por suas condutas ímprobas, enquadrando-os no regime que prevê a Lei 8.429/92 a todos os agentes públicos. Entretanto, determinado trecho da jurisprudência cita os agentes políticos como detentores de privilégio de foro em função do cargo que ocupam – o qual confere, a quem o exerce, uma maior responsabilidade no trato com a Coisa Pública, bem como gozar de uma maior liberdade e autonomia funcional. Isto, no entendimento do STJ, não exclui a responsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa.

Do exposto supracitado, podemos verificar mais uma jurisprudência que corrobora aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, independentemente da prerrogativa de foro gozado por esses. Senão vejamos:

> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRERROGATIVA DE FORO. ARESTO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIA. APLICABILIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE.
> 1. A ausência de prequestionamento impede o exame da suposta ofensa aos arts. 57, I e XX; 259, IV, da LC 75/93. Aplicação da Súmula 282/STF.
> 2. No que concerne aos arts. 18, II, b, e 240, V, a, b e c, da LC 75/93, o recurso também não ultrapassa as barreiras da admissibilidade, pois a questão acerca da prerrogativa de foro foi apreciada com fundamento na Constituição Federal (art. 105, I, a, da CF). Por outro lado, a ausência de interposição de recurso extraordinário, quanto a esse ponto, torna sem utilidade o apelo especial, uma vez que a fundamentação com base na Constituição da República seria suficiente para manter a higidez do acórdão recorrido. Incidência da Súmula 126/STJ.
> 3. As questões apontadas pelo recorrente como omissas foram efetivamente enfrentadas pelo Tribunal a quo, não havendo violação do art. 535 do CPC.
> 4. A decisão que recebe a inicial da ação de improbidade deve conter fundamentação, ainda que de maneira concisa. Nessa fase processual, prevalece o princípio do in dubio pro societate, não se exigindo do magistrado uma cognição exauriente. Precedentes.

www.conteudojuridico.com.br

> 5. No caso, embora a decisão de Primeiro Grau não esteja minudentemente fundamentada, houve menção aos termos expostos na inicial, tendo ainda a matéria suscitada na manifestação preliminar sido submetida ao Tribunal por meio de agravo de instrumento. Com efeito, os obstáculos aduzidos pelo recorrente para o processamento do feito - a exemplo do foro por prerrogativa de função, da aplicabilidade da LIA, das provas obtidas por interceptação telefônica - foram rebatidos pelo Tribunal a quo, operando-se o efeito substitutivo sobre a decisão de piso. Nesse contexto, não houve prejuízo para a defesa, devendo prevalecer a instrumentalidade do processo.
> 6. A Lei 1.079/50 (arts. 40 e 40-A), que não admite interpretação extensiva, faz referência aos crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República e dos membros do Ministério Público da União no exercício de função de chefia nas respectivas unidades regionais e locais, o que significa que os demais membros do Parquet não enquadrados nos citados dispositivos estão exclusivamente submetidos à LIA.
> 7. Ademais, consoante a jurisprudência do STJ, ressalvada a hipótese dos atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República, aos quais se aplica o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna, os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF.
> 8. Em relação às provas obtidas por interceptação telefônica, não há ilegalidade na utilização desses elementos na ação de improbidade, quando resultarem de provas emprestadas de processos criminais. Matéria pacificada no STJ.
> 9. Recurso especial não provido.

Neste sentido conclui-se, pelo entendimento do STJ, que os agentes políticos – sejam membros do Governo, sejam detentores de mandatos eletivos – podem ser submetidos ao Regime que estabelece a Lei 8.429/92, comprovando-se o ato que configurou uma prática desonesta no âmbito de seu exercício funcional.

Desse modo, mediante análise da jurisprudência pátria, que trata da responsabilização dos agentes políticos pelos atos de improbidade administrativa, torna-se cristalino e inconteste que não se eximem os agentes políticos da responsabilização por atos de improbidade administrativa. Nessa linha de raciocínio, verifica-se mais uma vez a adoção de medidas protetivas à probidade na administração pública e que respaldam a aplicabilidade da Lei 8.429/92, o que reiteradamente se defende nos tribunais pátrios, senão vejamos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTEMPESTIVO. FATOS FIXADOS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA INSUSCETÍVEIS DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGENTES POLÍTICOS. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
> 1. Os fatos processuais alegados pelos recorrentes não são reconhecidos pelo Tribunal de origem, o qual fundamenta que ainda que o prazo recursal começasse a fluir na data de retorno dos autos ao cartório, em 18.8.2008,

www.conteudojuridico.com.br

> mesmo assim o agravo de instrumento seria intempestivo, pois sua interposição se deu em 5.9.2008.
> 2. Os fatos fixados pelo acórdão recorrido são insuscetíveis de revisão, sob pena de malferimento do enunciado 7 da Súmula desta Corte Superior.
> 3. A Segunda Turma tem sedimentado entendimento no sentido da aplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos. Precedente: (REsp 1.127.182/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.9.2010, DJe 15.10.2010). Agravo regimental improvido.

Eis que nossa Corte Suprema posicionou-se, num primeiro momento, a partir da Reclamação nº 2138, contrária à tese que defende a aplicação da Lei 8.429/92, o que gerou diversas discussões e o descontentamento de todos aqueles que aguardam um posicionamento racional e coerente com a defesa da probidade na Administração Pública. Neste trabalho, com vistas a uma maior elucidação do tema, reproduz-se na íntegra a Reclamação em comento:

> Brasil (STF, 13.06.2007). Rcl 2138/DF, Tribunal Pleno. Rel Min. Nelson Jobim, relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade Administrativa. Crime de responsabilidade. Agentes Políticos. I. Preliminares. Questões de ordem. I. 1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. Mérito. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei 1.079/50, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes público. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º. (regulado pela Lei 8.429/92) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/50). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de

> Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei 1.079/50), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. Reclamação julgada procedente.

Primeiramente, requer analisar as razões pelas quais o STF julgou a Reclamação nº 2.138/02, dando parecer que o Ministro em questão não deveria ser enquadrado no regime que estabelece a Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei 1.079/50, que definiu os chamados crimes de responsabilidade, praticados por agentes políticos, traz no seu texto algumas sanções cabíveis àqueles agentes políticos que praticarem atos de improbidade, o que suscita indagações a respeito da aplicação na esfera político-administrativa deste diploma legal, e, simultaneamente, a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa ao agente político.

O entendimento do STF acerca dessa questão veio a tona, por ocasião do julgamento sobre liminar da Reclamação nº 2.138/02, proposta pela União contra a decisão de um juiz federal do Distrito Federal que condenou o Ministro do Estado da Ciência e Tecnologia, Ronaldo Mota Sardemberg, com base na aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa. A decisão prolatada pelo juiz federal redundou numa condenação ao Ministro Sardemberg a ressarcir ao Tesouro Nacional, condenando a perda de seus direitos políticos por oito anos, em razão do uso indevido de um jato da Força Aérea Brasileira (FAB) para realizar viagens particulares.

Tal decisão culminou numa série de controvérsias acerca da punição imposta, pois de acordo com os Ministros do STF os agentes políticos seriam submetidos apenas à esfera político-administrativa da Lei 1.079/50 – anterior à Lei de Improbidade Administrativa – e que, por se tratar de uma Lei restrita aos agentes políticos, deveria ser utilizada excluindo-se a responsabilização desses pela Lei de Improbidade Administrativa.

www.conteudojuridico.com.br

Dessa forma, o STF entendeu que o Art. 37 §4º da Constituição Federal, regulado pela Lei 8.429/92 seria uma norma de caráter geral, que contempla todos os agentes públicos (inclusive, diga-se de passagem, os agentes políticos) e que a Lei 1.079/50, por se constituir de uma norma anterior e de caráter específico aos agentes políticos (presidente da república, governadores, senadores, deputados federais e estaduais, ministros e secretários de estado) seria a norma adequada a se aplicar no caso do Ministro Sardemberg; consequentemente, a partir desse entendimento, a norma aplicada aos agentes políticos seria apenas aquela atinente aos crimes de responsabilidade, afastando-se a tutela à probidade administrativa resguardada pela Lei 8.429/92. Além da Lei 1.079/50, entende também o Supremo Tribunal Federal (STF) que seria aplicável aos agentes políticos a Lei 7.106/83, direcionada a governador e secretários do Distrito Federal, e o Decreto-Lei 201/67, destinado a vereadores e prefeitos.

Portanto, tal entendimento não se estende a todos os agentes políticos, pois o Supremo Tribunal Federal (STF) dispôs sobre a não aplicação da Lei 8.429/92 aos Ministros de Estado e a suspensão de seus direitos políticos, o que não prejudica a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos demais agentes políticos, inclusive aos prefeitos e ex-prefeitos de municípios, conforme se verifica na jurisprudência:

> "EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. APLICABILIDADE DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS.** CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES. - Os agentes políticos estão sob a égide da Lei 8.429/92. A expressão agente público, constante do art. 37, § 4º, da CF, é gênero do qual são espécie os **agentes políticos**. Ademais, o art. 1º da Lei 8.429/92 refere agente público de qualquer dos Poderes, isto é, abrange os próprios integrantes. - A decisão do STF na Reclamação nº 2138-6 versou tão-só a respeito da competência para suspender direitos políticos de Ministro de Estado, isso tendo em conta o disposto no art. 102, I, c, da CF. Não tem, pois, repercussão alguma que não relativamente a processos em que figurem Ministros de Estado e as demais pessoas enumeradas no dispositivo Constitucional. Relativamente a tais, se, no âmbito das infrações penais e dos crimes de responsabilidade, a competência para tanto é privativa do STF, por lógica também o é à suspensão dos direitos **políticos** prevista na Lei de **Improbidade Administrativa**. Por isso mesmo é dito que eles não se submetem ao modelo de competência da Lei 8.429/92."
>
> (AC nº 2010.015588-7, **2ª Câmara Cível**, Relator: Juiz Convocado Nilson Cavalcanti; julgado em 17.05.2011) [DESTAQUEI]

www.conteudojuridico.com.br

A partir da Reclamação, originou-se o entendimento, por parte do STF de que, através do critério da especialidade, foi afastada a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Na verdade, com base no referido critério, seria pertinente apenas que uma norma de alcance específico fosse aplicada aos agentes políticos, tendo o condão de excluir a norma de caráter genérico, ou seja, a legislação geral em sede de improbidade administrativa, o que representa uma perda no que se refere ao combate à improbidade, à corrupção na esfera político-administrativa, e um retrocesso no que se refere à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Ademais, a Lei 8.429/92 inaugurou e proporcionou uma legislação ímpar e fundamental à tutela dos interesses coletivos, proporcionando a defesa de princípios constitucionais imprescindíveis a uma boa gestão pública. Portanto, a tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que vem limitar a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, recai sobre todos os agentes públicos, exceto aos políticos, assim agredindo e ferindo direitos tutelados em nossa Constituição Federal. O que é mais grave, é que tal conduta estaria transgredindo princípios, como a igualdade de tratamento e aplicação de normas, a isonomia entre agentes públicos e agentes políticos, e, principalmente, desencadeando uma séria violação à defesa da moralidade administrativa.

Insta frisar que os defensores da inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos levantam a tese de que, se duas normas forem aplicadas ao mesmo agente político, se estaria violando a regra do *bis in idem*. No entanto, a Lei de Improbidade Administrativa não fere a regra alegada, pois tal legislação atinge apenas a esfera civil e não a criminal, além do que abrange uma gama mais ampla de atos que se configuram nos crimes de responsabilidade, inexistindo qualquer conflito entre leis.

Neste sentido, o que se está permitindo aos agentes políticos é que continuem a ser julgados na esfera político-administrativa e penal e que sejam isentados de qualquer responsabilização prevista na Lei de Improbidade Administrativa, eximindo-os de qualquer possibilidade de imposição de sanções aplicadas à Lei citada, o que se configura numa extrema incompatibilidade com aquilo que dispõe a nossa Constituição Federal e os princípios constitucionais.

A aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos garante à população uma maior segurança acerca da responsabilização por danos causados ao erário público e consequentemente a possibilidade de reparação do dano, através do ressarcimento ao erário. A

www.conteudojuridico.com.br

inaplicabilidade de determinada Lei, aos agentes políticos, representa um nítido retrocesso no que tange ao combate à corrupção.

Entretanto, como fora enfatizado acerca da jurisprudência do caso referente ao Ministro Sardemberg, há uma corrente que defende a aplicação desta Lei aos agentes políticos, e outra que se posiciona contrária à aplicação da Lei a esses agentes.

Um ponto a se destacar é que com o advento da Lei 8.429/92 o Ministério Público tornou-se mais efetivo e atuante no combate aos agentes ímprobos. De fato, a utilização deste meio legal de combate à corrupção mostrou-se cada vez mais usual e corriqueiro no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando um cenário político impregnado de esquemas de corrupção e denúncias envolvendo o trato com a coisa pública. Essa conduta, por parte dos órgãos responsáveis pelo controle da improbidade administrativa, revela-se positiva, na medida em que concorre para uma maior conscientização e repúdio às práticas dos agentes políticos que buscam utilizar-se de sua função política para obter vantagem indevida e proceder a atitudes que exponham a falta de moralidade e zelo com a coisa pública.

Assim, tem-se apresentado à sociedade civil e aos órgãos de defesa da sociedade uma medida mais dura, firme e eficiente de se pleitear uma justa responsabilização aos agentes políticos, frente aos desmandos que acometem a intrincada e complexa conjuntura sociopolítica de nosso país, buscando-se, ao menos, resgatar o espírito de justiça, respeito, dignidade e principalmente moralidade que há muito foi esquecido, em razão das condutas inconsequentes e arbitrárias daqueles que são os responsáveis por administrar e definir os destinos políticos de nossa nação, mas que muitas vezes ignoram ou atuam apenas em proveito próprio ou de terceiros.

5 CONSIDERAÇÕE FINAIS

www.conteudojuridico.com.br

A improbidade administrativa manifestada pelos desmandos, excessos e abusos praticados pelos agentes políticos no mundo atual tem provocado na sociedade civil organizada um extremo descontentamento e indignação, pois não é de hoje que o problema atinge o cotidiano de milhões de pessoas ao redor do mundo, as quais clamam por uma gestão pública mais ética, justa, e responsável.

O problema, que se não é perceptível num plano concreto, mas atinge diretamente a vida de milhares de pessoas, na medida em que o reflexo de uma má gestão pública é visto no âmbito social, político e econômico, constitui-se numa das mazelas mais antigas e de difícil reparação, diagnóstico e controle que se manifesta em nossa sociedade.

Em razão disso, o homem ao longo da história, propôs-se a combater, com base primeiramente no senso comum e sem o devido amparo legal, práticas corruptas que se manifestavam nas sociedades primitivas. Em função dos primeiros indícios e sinais de corrupção e má gestão no âmbito das Instituições públicas foi-se desenvolvendo ao longo dos tempos uma maior conscientização da sociedade a respeito do que se entende por corrupção e que tal fenômeno pode ser diagnosticado e combatido através de medidas preventivas e sancionatórias.

Nota-se que, nos dias atuais, os reflexos e repercussões que tal mazela apresenta são diretamente proporcionais ao nível de indignação, insatisfação e preocupação com as questões que afetam a probidade na Administração Pública. O advento da Lei 8.429/92 apresentou-se como mecanismo mais eficaz de se combater as condutas desviadas dos fins e interesses públicos, além de atender de forma concreta aos anseios daqueles que defendem uma boa gestão pública. Por meio da Constituição da República de 1988, que inseriu o Art. 37, §4º, houve uma maior preocupação com a moralidade na Administração Pública.

Propõe-se a tese de que os agentes políticos, assim como os agentes públicos de uma maneira geral, possam sofrer as sanções que se aplicam a todos os agentes públicos, o que seria uma medida mais justa e razoável, tendo em vista que a Lei 8.429/92 foi elaborada com o fim de coibir e manter a probidade em todas as suas escalas e patamares sejam eles simples servidores públicos ou aqueles detentores de cargos públicos do alto escalão.

Acontece que, como foi dito e reiterado ao longo do trabalho, tal questão não possui um entendimento claro e pacífico, inclusive com relação aos doutrinadores que tratam do assunto, pois há aqueles que se posicionam contrários à tese defendida neste trabalho e outros que defendem a aplicabilidade da Lei 8.429/92.

www.conteudojuridico.com.br

Nos tribunais pátrios também há uma série de interpretações que tanto revelam a possibilidade de responsabilização dos agentes políticos aos atos de improbidade administrativa quanto alguns casos em que se estabelece uma exclusão destes agentes às sanções que tratam da improbidade na Administração Pública.

Sabe-se que ambas as teses possuem argumentos minimamente plausíveis e que explicitam o entendimento daqueles que julgam aplicáveis, ou não, a Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Apresentam-se, no presente trabalho, teses e argumentos que defendem efetivamente a aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos. Entretanto, faz-se imprescindível que as pessoas que integram e defendem esta corrente possam, em princípio, vislumbrar uma aplicação imparcial, razoável e proporcional dessa Lei aos agentes políticos, e que efetivamente sejam protegidos o patrimônio público não só em seu sentido explícito e literal – quais sejam os recursos públicos – mas igual e principalmente seja manifestamente defendido o patrimônio moral, a ética e a boa gestão pública e, acima de tudo, o direito de o cidadão gozar da prerrogativa de obtenção de resposta aos desmandos que afetam a Administração Pública.

Portanto, conclui-se diante do exposto, em consonância com os objetivos propostos por este estudo, que, não obstante alguns autores e juristas defendam a tese de que os agentes políticos não podem, nem devem ser contemplados pelas sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, a corrente doutrinária, o entendimento jurisprudencial e os princípios constitucionais vêm legitimar e corroborar a tese de que tais agentes sujeitam-se – assim como seus subordinados – ao regime previsto na referida lei, ou seja, Lei 8.429/92. Isto, indubitavelmente, vem minimizar e reduzir de forma nítida, e em larga escala, práticas desonestas, ao mesmo tempo possibilitando o fortalecimento da democracia, do princípio da isonomia, da moralidade e principalmente da probidade administrativa.

www.conteudojuridico.com.br

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16ª Ed. São Paulo, Editora Método: 2008.

BRASIL, **Lei 1.079/50**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm. Acesso em: 08 nov. 2011.

_____, **Lei 8.429/92**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em 10 nov. 2011.

_____, **Decreto-Lei 201/67**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm. Acesso em 09 nov. 2011.

BUGALHO, Gustavo Russignoli. **Improbidade administrativa:** comentário à Lei nº 8.429/92. Leme, Editora J.H. Mizuno, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa** – Lei 8.429/92, de 02 de junho de 1992. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiro Editores: 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa:** má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa.** 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=6&tpClasse=J. Acesso em: 15 de novembro de 2011, às 12:15.

Brasil (STF, 13.06.2007). Rcl 2138/DF, Tribunal Pleno. Rel Min. Nelson Jobim, relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Reclamação. Disponível em: www.**stf**.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=521649. Acesso em: 15 de novembro de 2011, às 12:30.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.